

LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL¹

M.^a LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN
Profesora Contratada-Doctora II
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

- I. Consideraciones preliminares
- II. La especificidad de la Constitución refuerza la tesis del positivismo jurídico moderado de la interpretación como actividad híbrida.
- III. La interpretación del Derecho constitucional

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UN CONCEPTO CONCRETO DE DERECHO SE TRADUCE EN UNA PRAXIS JURÍDICA CONCRETA.

Ciertamente, cuando uno lee un título como éste que rubrica las siguientes líneas (*La aplicación judicial del Derecho constitucional*) no tiene claro a qué se puede estar refiriendo su autor, pues, en efecto, el mismo da pie para abordar diferentes cuestiones que, aunque interconectadas entre sí, revisten, cada una de ellas, su propio contenido. Así, por ejemplo, con esta rubrica es posible pensar que el autor pretende efectuar un análisis del uso que realizan —o deben realizar— los órganos judiciales de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento jurídico para garantizar la aplicación judicial y la consiguiente vigencia del texto constitucional. Sin embargo, este mismo título también puede encabezar un estudio, más general, sobre la interpretación del Derecho cons-

¹ El presente trabajo se presentó como comunicación a las *Jornadas sobre Orientación y Método del Derecho Constitucional* organizadas por la revista *Teoría y Realidad Constitucional* el 16 de noviembre de 2007

titucional, o, más precisamente, sobre alguno o algunos de los aspectos de la interpretación del Derecho constitucional.

En concreto, esta última es la cuestión que abordo en este texto, si bien creo conveniente advertir, ya desde este mismo preciso momento, que lo que sigue a continuación no son —y así deben de ser tomadas en cuenta— sino unas primeras reflexiones sobre este complejísimo tema de la interpretación constitucional; con toda seguridad el núcleo central de la Teoría de la Constitución y que requiere, por consiguiente, una mínima atención por parte de todos y de cada uno de los que nos dedicamos o pretendemos dedicarnos al estudio y a la enseñanza del Derecho constitucional. A continuación, por tanto, solamente pretendo exponer una serie de ideas sobre qué entiendo por Derecho, en general, y por Derecho constitucional, en particular, y qué consecuencias provoca dicho entendimiento sobre el ámbito de la actividad interpretativa que del mismo realizan nuestros jueces y tribunales, y, en especial, nuestro Tribunal Constitucional.

El punto de partida de este trabajo requiere, por tanto y en primer lugar, asumir que un entendimiento concreto del Derecho conlleva una forma concreta de entender su aplicación judicial.

En este sentido, por ejemplo, el triunfo de la cultura jurídica positivista en el siglo XIX² provocó una determinada comprensión de la labor del aplicador judicial en el ordenamiento jurídico, que debía limitarse a realizar una descripción exegética del Derecho dado.

En efecto, esta concepción positivista del Derecho, que se caracteriza por una rehabilitación voluntarista donde el poder del Estado, como representación o sustitución de la voluntad de los gobernados, desplaza o se impone sobre las prescripciones de un Derecho racional de orden superior que ahora se rechaza frente a un concepto de Derecho integrado, exclusivamente, por leyes positivas o *puestas* por voluntad de los hombres, nos ofrece una comprensión del ordenamiento jurídico como un todo completo y coherente en el que no es posible vislumbrar la existencia de lagunas ni antinomias y que resulta capaz, por tanto, de aportar la unidad de solución correcta al caso concreto. En este contexto, el juez, a través del mecanismo de la subsunción silogista, extraía de la premisa mayor (el supuesto de hecho contemplado en la norma) y de la premisa menor (el hecho o conducta antijurídica) la consecuencia jurídica³. Con la Revo-

2 Recordemos que el paradigma epistemológico del iusnaturalismo racionalista se extiende sobre todo entre los siglos XVII y XVIII y que impregna los momentos iniciales del constitucionalismo, tanto americano como europeo. Por su parte, el positivismo jurídico del siglo XIX, en el que destacan las doctrinas de la *escuela de la exégesis francesa* y de la *jurisprudencia de conceptos alemana*, aparece como un modelo de rectificación del iusnaturalismo racionalista, aunque también es cierto que la conexión entre iusnaturalismo y positivismo se produce en diversos niveles; véase, al respecto, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Sobre el contexto histórico-intelectual del positivismo jurídico», *REP*, noviembre-diciembre 1985, págs. 148-150.

3 Las palabras de Beccaria son una manifestación de esta concepción. El juez debe hacer en todo delito el silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no a la ley; la consecuencia, la libertad o la pena, porque «no hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley»; BECCARIA, C., *De los delitos*

lución francesa, por tanto, se admite el principio de la voluntad en lo legislativo y se niega en lo judicial; en estos momentos sólo el legislador puede tener iniciativa y ante esa voluntad legislativa, de la que se presume un valor racional por responder a las expectativas de generalidad y abstracción, el juez debe acallar el eco de su propia voluntad o sus razones particulares. El juez debe ser la boca que pronuncia las palabras de la ley. En definitiva, la dogmática jurídica positivista permitía «considerar al juez casi como un autómatas, un sujeto que, pertrechado sólo de la lógica y del Derecho hacía realidad las prescripciones legales sin poner nada de su parte»⁴.

Este entendimiento del Derecho por parte de la cultura jurídica de la codificación del siglo XIX, y su consiguiente comprensión de la labor judicial en términos puramente cognoscitivistas, comienza a desbaratarse cuando aparecen, a partir del último tercio de ese mismo siglo, toda una serie de corrientes antiformalistas cuestionando los dogmas del positivismo jurídico precedente (la completitud y coherencia del ordenamiento jurídico y la interpretación lógico-deductiva de las normas, y, en definitiva, la figura del juez exegeta). En concreto, los antiformalistas sostienen que el acto de aplicación del Derecho no aparece predeterminado en todos sus extremos y que el juez, ante el deber inexcusable de resolver en todo caso, introduce elementos volitivos externos al propio ordenamiento jurídico, si bien es cierto que la mayoría de las tesis de la llamada «revuelta contra el formalismo» —con alguna excepción, como la protagonizada por el movimiento del *Derecho libre* que se desarrolla en Alemania en los años treinta del siglo XX⁵; o por el movimiento del *realismo jurídico ame-*

y de las penas (1794), ed. de F. Tomás y Valiente, Madrid 1974, pág. 76. En cualquier caso, frente al modelo judicial mecanicista tan ampliamente extendido en la época destaca, por excepcional, la posición precedente de Rousseau, el cual sostiene la naturaleza en cierta medida creadora de la actividad judicial y reclama, por ello, un alto grado de precisión legislativa que no permita interpretaciones aberrantes y unos jueces que en el marco estrecho de la Ley practiquen el sentido común; GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, ed. Alfons el Magnànim, Diputación Provincial, Valencia 1997, págs. 81-86. Y, ya en la época decimonónica propiamente dicha, perspectivas más realistas mostraban la imposibilidad de renunciar a márgenes de discrecionalidad en la labor de aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, el Proyecto de Código civil español de 1821 establecía, de forma contundente. «(...) dígame lo que se quiera sobre los vicios y abusos de la interpretación de las leyes, lo cierto es que existe y existirá donde haya leyes (...); citado por MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, CEPC, Madrid 1999, pág. 96.

4 PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, ed. Dykinson, Madrid 1998, pág. 62.

5 El movimiento del *Derecho libre* formula una tesis antiformalista radical. Algunos de sus autores, como FUCHS, KANTOROWICZ y REICHEL, considerando que resulta hipócrita reconocer que el juez se puede apartar excepcionalmente de la ley, defienden su libertad para buscar el Derecho situado fuera o más allá de las fuentes del legalismo precedente. KANTOROWICZ, por ejemplo, sostiene que el juez, si considera que la ley no es clara, o si «con arreglo a su libre y concienzuda convicción» opina que no es adecuada al caso, puede y debe prescindir de ella, dictando la sentencia según piense que el legislador hubiera decretado si hubiera estado pensando en el caso particular en el momento de elaborarla. Y si no fuera capaz de formarse esa convicción, se habrá de inspirar en el Derecho libre o incluso resolver arbitrariamente; KANTOROWICZ, H., «La lucha por la ciencia del Derecho» (1906), en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ, *La ciencia del Derecho*, trad. de W. Goldschmidt, ed. Losada, Buenos Aires 1949, pág. 364.

ricano, de la misma época⁶— no desacreditan completamente la ley, por cuanto se limitan a recomendar el recurso puntual o excepcional a elementos jurídicos extra-sistemáticos.

Probablemente, si algo tenemos que destacar de toda esta crítica contra el formalismo del siglo XIX es que su existencia generó la sucesión de todo un aluvión de tesis positivistas moderadas durante la primera mitad del siglo XX (el normativismo de KELSEN, la aproximación normativista-realista del Derecho de ROSS, la visión del Derecho como práctica normativa y social compleja de HART...). Estas últimas, aunque se mantuvieron fieles al postulado de la separación conceptual entre Derecho y moral, rechazaron, sin embargo, frente al positivismo primigenio, los dogmas de la completitud y la coherencia del orden normativo y de la unidad de la solución correcta, y acuñaron, en consecuencia, la tesis de la discrecionalidad judicial, esto es, la tesis según la cual el juez realiza, al menos en los casos difíciles⁷, una actividad normativa o de creación del Derecho durante el acto aplicativo del mismo. En cualquier caso, este nuevo normativismo moderado, frente a las corrientes antiformalistas más extremas, no prescindió de un modelo teórico que presentaba el razonamiento judicial como una actividad sometida —en mayor o menor medida— a normas preexistentes, y cuya legitimidad, por consiguiente, reposaba en la vinculación de sus decisiones a esas normas. Se reconocía, por tanto, que el acto aplicativo del Derecho presentaba una naturaleza híbrida —descriptiva y normativa— y que, en consecuencia, sólo resultaban factibles aquellas tesis intermedias o eclécticas sobre el razonamiento jurídico con componentes tanto descriptivos (reconociendo valor a los métodos clásicos de la interpretación jurídica) como prescriptivos (formulando pautas dirigidas a introducir la racionalidad de la argumentación en el ámbito de la discrecionalidad judicial).

⁶ Luis PRIETO SANCHÍS apunta que el *realismo jurídico norteamericano* es una teoría pero — estrictamente hablando— no una teoría de la interpretación, sino más bien una teoría sociológica acerca del comportamiento de los tribunales; en *Apuntes de Teoría del Derecho*, ed. Trotta, Madrid 2005, págs. 243-245. Según esta teoría, sólo tienen valor de verdad las proposiciones jurídicas aplicativas y su valor de verdad no depende de lo que establezcan determinadas normas generales, sino de lo que establecen determinadas decisiones judiciales (normas individuales). El Derecho, por tanto, se define como el conjunto de normas individuales (decisiones judiciales) que establecen los derechos y deberes de los ciudadanos. Las proposiciones jurídicas —también la Constitución— sólo son predicciones antes de la decisión judicial; propósitos de futuro acerca de las decisiones que tomarán los jueces (el auténtico Derecho). FRANK es el máximo exponente de esta tesis, pero también podemos citar a K.N. LLEWELYN y TWINING; sobre todo ello véase MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid 1997, pág. 206-208. Este mismo autor nos habla de los autores del movimiento *Critical Legal Studies*, los cuales constatan, primero, una *indeterminación radical* según la cual nunca es posible asignar significado a las reglas generales, y, segundo, afirman, consecuentemente, que el Derecho siempre es creado por los jueces (o tal vez, los órganos de ejecución del Derecho) al asignar derechos y obligaciones de manera individual. La Constitución, en el sentido semántico, no existe para ellos; ibídem, págs. 211-212.

⁷ Aunque en mi opinión, siguiendo a PRIETO SANCHÍS, la interpretación no se puede circunscribir sólo a los casos difíciles porque *siempre* hay interpretación; PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, ed. Trotta, Madrid 2005, págs. 228-229.

En resumidas cuentas, las tres grandes corrientes del pensamiento jurídico de los dos últimos siglos (formalismo puro, antiformalismo puro, y positivismo moderado —este último tanto con componentes formalistas como antiformalistas—) nos permiten referirnos a tres grandes tesis sobre la interpretación judicial: a) la tesis *objetivista o cognoscitiva*, en virtud de la cual la interpretación consiste, una vez que se reconoce la unidad de solución correcta, en descubrir o declarar el significado de las disposiciones normativas a través del empleo de los métodos clásicos de la interpretación jurídica; b) la tesis *subjetivista o escéptica* propia de las corrientes antiformalistas más extremas que, ante la incompletitud e incoherencia del ordenamiento jurídico, y su imposibilidad, por tanto, de identificar la unidad de respuesta correcta, consideran que la interpretación consiste en la adopción por parte del intérprete de una decisión, subjetiva e ideológicamente condicionada, sobre el significado de un texto normativo. El significado del texto normativo no preexiste, por tanto, al proceso de interpretación; antes bien, la norma es realmente el producto de dicho proceso; c) y la tesis *intermedia o ecléctica* que considera que interpretar es una actividad mixta con componentes de lógica-deductiva (en tanto en cuanto la decisión del juez aparece determinada por el Derecho existente y el juez la descubre) pero también normativos o de creación de Derecho propiamente dicho (en tanto en cuanto la decisión del juez no aparece *completamente* determinada por el Derecho existente). En concreto, esta tesis intermedia desemboca en una concepción constructivista moderada de la actividad hermenéutica, o, dicho de otra forma, en una concepción *modestamente* objetiva de la interpretación del Derecho y aún más *modestamente* objetiva —seguidamente analizaremos las razones— de la interpretación del Derecho constitucional⁸. Precisamente, esta última posición positivista moderada es la dominante en la literatura jurídica contemporánea —en mi opinión, también es la más convincente pues resulta evidente que el Derecho ni es completo, ni es coherente y que deja parcelas abiertas (por mínimas que éstas sean) a la subjetividad del intérprete⁹—. Todo ello a pesar de la existencia de ciertas reformulaciones recientes de la tesis de la respuesta correcta¹⁰.

8 Este constructivismo moderado es el que profesa el profesor MORESO, siguiendo a su vez al profesor HART, quien formula la teoría intermedia más acreditada y con los desarrollos más sofisticados polemizando tanto con los realistas norteamericanos como con la tesis de DWORKIN. HART contempla la teoría del Derecho norteamericana situada entre dos extremos inaceptables (el realismo —entendido aquí como objetivismo— y el escepticismo). En concreto, este autor afirma: «He retratado la teoría del Derecho norteamericana como acosada por dos extremos, la Pesadilla y el Noble Sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el Derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto según el cual nunca los jueces crean Derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra»; HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983, pág. 144, citado por MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la...*, ob. cit., pág. 185.

9 Nos encontramos ante un sistema de decisión judicial racional y legal que, frente a las ideologías de la decisión judicial vinculada de los sistemas positivistas, en los que el operador no apor-

II. LA ESPECIFICIDAD DE LA CONSTITUCIÓN REFUERZA LA TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO DE LA INTERPRETACIÓN COMO ACTIVIDAD HÍBRIDA.

Posiblemente no erramos si afirmamos que el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo xx ha afianzado la tesis del positivismo jurídico moderado sobre la discrecionalidad judicial y la consiguiente manera de comprender el quehacer de los juristas prácticos. Son varias, en concreto, las razones que nos hablan de la especificidad de la norma constitucional y que explican por qué su margen de indeterminación es notable complicando, de esta forma, la labor de interpretación de la misma.

Primera: La *validez* del texto constitucional se desprende de su legitimidad (de su naturaleza democrática); su validez no deriva, por tanto y frente a lo que ocurre con el resto de normas del ordenamiento jurídico, de una norma superior de la que sea su lógico desarrollo y a la cual no pueda contradecir. Es decir, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico que no puede ser interpretada conforme a otra superior, sencillamente, porque ésta no existe. Esta situación complica, evidentemente, la cuestión relativa a su interpretación.

Segunda: Las Constituciones son normas con una *estructura abierta*. En la Constitución, más que en ninguna otra norma, se acentúa lo que HART ha llamado la «textura abierta del Derecho»¹¹, una característica ésta de la norma constitucional que responde a diversos motivos. Así, si en ciertas ocasiones dicha condición deriva de la falta de consenso con respecto a determinadas cuestiones, en otras, es fruto de una decisión constituyente deliberada que busca garantizar la validez del texto constitucional hacia el futuro¹². Por otra

ta nada, y de la decisión judicial libre que se produce a través de la revuelta antiformalista contra el pensamiento legal positivista, implica el reconocimiento de la discrecionalidad judicial y, en definitiva, de la necesidad de que los contenidos jurisdiccionales respeten ciertas condiciones de justificación y racionalidad; WROBLEWSKY, J., «Theoretical and ideological problems of judicial independence», *Los jueces en una sociedad democrática*, coord. Juan Igartua Salaverría, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1987, pág. 32.

10 Estas reformulaciones, empleando una teoría propiamente iusnaturalista del razonamiento jurídico, desprenden la completitud y la coherencia del Derecho de los dictados de la moralidad (el *realismo metafísico* de autores como O. Brink, H. Hurd y, sobre todo, M. Moore; o *la concepción interpretativa del Derecho de R. Dworkin*). Su análisis, y crítica correspondiente, la podemos encontrar en la obra del profesor MORESO, J.J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la...*, ob. cit., págs. 188-206.

11 HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires 1961, págs. 159 y 168. «Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una `textura abierta`».

12 Sobre este último motivo véase NIETO, A., «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *RAP*, núms. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, pág. 393.

parte, parece claro que la Constitución no puede regular todo el contenido sobre un asunto de naturaleza constitucional¹³, aunque también es cierto que el texto constitucional no puede dejar abiertas todas las cuestiones, y que, en este sentido, debe contener de forma clara los fundamentos —el mínimo común denominador básico— de la comunidad¹⁴.

Tercera: La Constitución es una norma específica también por sus *contenidos*.

El Derecho, como sistema normativo coactivo institucionalizado, busca asegurar el establecimiento de un orden preciso para garantizar la paz social, una finalidad ésta que no constituye un valor añadido de forma contingente a un ordenamiento jurídico determinado sino un rasgo conceptual y constitutivo del propio concepto de Derecho, que aparece así como un instrumento que el ser humano crea para garantizar la certeza en las relaciones sociales haciendo posible de esta forma la coexistencia pacífica de la sociedad, la pacificación social mediante la aplicación de determinadas pautas normativas coactivas¹⁵. Pero el Derecho, si bien puede, no debe ser sólo un instrumento de fuerza y de coacción dirigido a satisfacer la certeza en las relaciones sociales, sino que también debe satisfacer, para poder ser considerado legítimo, un determinado nivel de justicia. Es decir, un conjunto normativo limitado a garantizar la paz social, aunque posible, no es, en mi opinión, legítimo¹⁶.

Creo, por tanto, que una conexión entre Derecho y Moral no es, ni conceptualmente necesaria (pues el Derecho puede tener cualquier contenido)¹⁷,

13 «La Constitución no codifica sino que únicamente regula —y muchas veces sólo de forma puntual y a grandes rasgos— aquello que parece importante y que necesita determinación»; HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón, CEC, Madrid 1983, pág. 18.

14 HESSE, K., *Escritos de Derecho...*, ob. cit., pág. 18. «La amplitud e indeterminación de la Constitución no supone, sin embargo, su disolución en una absoluta dinámica en virtud de la cual la Constitución se viera incapacitada para encauzar la vida de la Comunidad. La Constitución no se limita a dejar abierto sino que establece, con carácter vinculante, lo que no debe quedar abierto»; ibídem, págs. 19-20.

15 En este sentido, Kelsen define el Derecho como «un orden establecido para promover la paz»; en *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, págs. 24-25.

16 «El Derecho no es una pura estructura formal, sino una estructura dotada de un sentido necesario. Todo Derecho pretende ser justo». Esa «pretensión de validez (justicia) del Derecho es la proyección en este plano de la pretensión de legitimidad del poder, aunque los fundamentos del poder y del orden sean distintos, como en el conocido análisis weberiano. La obsesión positiva por excluir el problema de la legitimidad del ámbito de lo jurídico conduce por eso, inevitablemente, a una mutilación»; RUBIO LORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia constitucional. Introducción», *REDC*, núm. 31, 1991, págs. 16-17.

17 Frente a este aserto, ALEXY, que critica la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la Moral, defiende, primero, la existencia de una conexión conceptualmente necesaria entre Derecho y Moral, y, segundo, afirma que hay razones normativas que hablan a favor de la inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho (argumentos normativos o reflexiones de funcionalidad como son que con esta vinculación se pueden solucionar mejor los problemas de la injusticia legal); ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, ed. Gedisa, estudios alemanes, Barcelona 1994, págs. 26-29. Posteriormente, el autor concreta su tesis, pues considera

ni conceptualmente imposible (pues el hecho de mantener la tesis positivista de la separación entre Derecho y Moral afirmando que el Derecho puede tener cualquier contenido no significa negar que el derecho positivo —puesto por voluntad de los hombres— pueda tomar en cuenta determinados contenidos procedentes de la moral; que pueda, en definitiva, asumir determinados estándares de moralidad).

El Estado constitucional, que tiene un carácter histórico y contingente, es un buen ejemplo de ello, pues, en efecto, aunque en principio no hay una conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral, sí que existe esa conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral en el Estado constitucional; al menos en el Estado constitucional auténtico. La Constitución es, precisamente, el instrumento que aporta legitimidad a un determinado conjunto normativo convirtiéndolo en un ordenamiento jurídico justo, primero, porque con la Constitución el pueblo determina de forma democrática la estructura básica del Estado, que no deriva así de una imposición externa al propio pueblo y que además va a funcionar democráticamente, y, segundo, porque en la Constitución no se recoge cualquier estructura básica del Estado, sino sólo aquella capaz de garantizar la libertad del ciudadano a través del reconocimiento y protección de sus derechos y de la limitación del poder —separación de poderes y principio de legalidad—. Es decir, la Constitución es primera y principalmente norma jurídica democrática cuyo elemento teleológico consiste en garantizar la libertad de los ciudadanos¹⁸, y, por ello, no parece un error afirmar que la Constitución no se identifica tanto atendiendo a las materias que regula —que también— cuanto a la función que irremediablemente está llamada a desempeñar.

que la tesis de la vinculación entre Derecho y Moral sólo adquiere funcionalidad (es correcta) desde la perspectiva interna o del participante y únicamente cuando se aplica a normas aisladas, pero no al sistema jurídico en su conjunto. Es decir, ALEXY asume el argumento de la injusticia de GUSTAV RADBRUCH, en virtud del cual «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aún cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto «derecho injusto», tenga que ceder ante la justicia»; *ibídem*, pág. 26 y ss. En definitiva, este autor se muestra a favor de un concepto de Derecho no positivista que niega carácter jurídico a las normas individualmente consideradas —no al sistema jurídico en su conjunto— sólo en los casos de extrema injusticia (en estos casos concretos, en su opinión, se puede obviar el Derecho recurriendo a la Moral).

18 La misión de la Constitución consiste en «organizar, en el marco del Estado-Nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad», HAURIOU, A., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, trad. de José Antonio González Casanova, ed. Ariel, Barcelona 1971, pág. 36. Este autor fundamenta su definición en la conciliación de dos visiones, en un principio opuestas, sobre la disciplina; la del profesor PRÉLOT, que entiende el Derecho Constitucional como una «técnica de la autoridad» (véase su obra *Introducción al estudio del Derecho Constitucional*, publicada en 1953), y la del profesor MIRKINE-GUETZEVITCH, que defiende la misma materia como una «técnica de la libertad» (véase su obra *Las nuevas tendencias del Derecho Constitucional*, publicada en el periodo de entreguerras). Para LÖWENSTEIN, K., uno de los elementos que forma contenido irrenunciable de un texto constitucional consiste en el reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual —los derechos individuales y libertades fundamentales-, y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder; en *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfrégo Gallego Anabitarte, ed. Ariel, Barcelona 1982, pág. 153.

En definitiva, la Constitución no puede ser definida únicamente desde un punto de vista formal como la fuente suprema del ordenamiento jurídico de la que éste deriva su validez; como norma *de* producción jurídica y norma *sobre* la producción jurídica. La Constitución auténtica se caracteriza por su configuración como Derecho supremo que dota de unidad, coherencia y validez al ordenamiento jurídico concreto al que precede; pero también por su naturaleza democrática y por la finalidad que pretende: la protección de la libertad del individuo, que implicará, en cuanto a su contenido, el reconocimiento de derechos y su protección y el establecimiento de una serie de instrumentos de limitación del poder —separación de poderes y principio de legalidad—. Ni la vertiente formal, ni la vertiente material resultan, por sí solas, suficientes para identificar un texto constitucional de otro que no lo es, siendo preciso, por consiguiente, atender a un concepto integrador de la Constitución en sentido formal y material¹⁹. Y, en definitiva, si la validez de las normas jurídicas con el constitucionalismo no sólo depende de requisitos formales (que se cumplen o no y que dejan poco margen a la interpretación), sino también de requisitos sustantivos (que dejan más margen a la interpretación), también con el constitucionalismo se hace más evidente que nunca que la actividad hermenéutica presenta una naturaleza compleja y que, así, aparece integrada tanto por elementos descriptivos como por elementos normativos o de creación de Derecho. Más aún, los elementos normativos o de creación de Derecho toman fuerza en lo que hace a la interpretación de los textos constitucionales.

Además, la Constitución es una norma con un *contenido fundamentalmente principial* (tendencialmente contradictorio pero relacionado por el principio de la igualdad jerárquica) en tanto en cuanto muchos de los enunciados constitucionales —particularmente los que se refieren a los derechos fundamentales— aparecen configurados como normas de principio, esto es, *mandatos de optimización* dirigidos al poder público para que realice algo, en mayor o en menor medida, en función de las posibilidades reales y jurídicas existentes para ello. Pues bien, aunque los sectores más formalistas consideran que la incorporación a las Constituciones actuales de un elevado número de valores y principios constituye una intoxicación del sistema normativo con elementos no deseables que implican indeterminación, y, con ello, inseguridad jurídica²⁰, hoy, sin embargo, está generalizada la afirmación contraria, es decir,

19 Sobre la indisoluble unidad de forma y contenido en la Constitución racional-normativa véase GARCÍA PELAYO, M., voz «Derecho Constitucional», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. I, Barcelona 1950, pág. 382. Parece, por tanto, razonable afirmar que aquellas tesis que definen el texto constitucional obviando algunos de estos elementos —formal o material— se articulan sobre otra cosa, pero no sobre una auténtica Constitución.

20 FORSTHOFF en Alemania —*Statu di Diritto in trasformazione*, Giuffrè editore, Milano 1973, pág. 195 y ss.— y DE OTTO en España —*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, ed. Ariel, Barcelona 1995, pág. 46. Las tesis del profesor FORSTHOFF han sido objeto de análisis por parte de la doctrina constitucional española que se ha dedicado al tema de la interpretación constitucional. Según estos autores, el profesor FORSTHOFF sigue pensando en la interpretación —también en la interpretación constitucional— como una técnica de subsunción o de exclusiva aplicación de reglas lógico-formales que no se compeadece bien con la complejidad de nuestro ordenamiento jurídico;

que el Derecho —y muy especialmente el Derecho constitucional— no puede reducirse a reglas, esto es, a normas que contengan un mandato preciso y claro sobre lo que puede o no puede hacerse, sin que ello, evidentemente, quiera decir que los autores que defienden la existencia de dicho contenido principal (valores y principios) en el texto constitucional puedan ser considerados defensores de un nuevo iusnaturalismo²¹.

Todas estas razones (origen de su validez, estructura abierta y contenidos sustantivos fundamentalmente principales y tendencialmente contradictorios aunque relacionados por el principio de la igualdad jerárquica) conducen, en definitiva, a que el intérprete del texto constitucional disponga de un mayor margen de discrecionalidad cuando intenta dotar de significado al mismo. Como ha señalado el profesor Prieto Sanchís, «si toda norma ofrece un núcleo de certeza y una zona de penumbra, las de naturaleza constitucional parecen ampliar esta última en detrimento de aquél»²²; precisamente por ello la concreción de su significado exige «una intervención mediadora del intérprete de indudable relieve y de significado constructivista»²³ que ya no se puede producir —o no se puede producir sólo— a través de la utilización de los métodos clásicos de la interpretación jurídica²⁴.

III. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: UNA ACTIVIDAD VALORATIVA PERO OBJETIVABLE. LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD EN LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES Y SU SUPUESTA CONVIVENCIA CON LA CLÁUSULA DEL CONTENIDO ESENCIAL.

No hace falta insistir más en las razones por las que creo que un planteamiento puramente formalista resulta insuficiente en el estudio y tratamiento del Derecho; y mucho más en el estudio y tratamiento del Derecho constitucional.

al respecto ARAGÓN REYES, M., «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», *REDC*, núm. 17, mayo-agosto 1986, págs. 120-121; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional», *REP*, núm. 69, julio-septiembre 1990, págs. 182-183.

21 Para un análisis detenido sobre la dificultosa distinción entre principios y reglas véase MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, ed. Marcial Pons, Madrid 2007, págs. 69-86.

22 PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre la interpretación constitucional», *RCEC*, núm. 9, 1991, pág. 176.

23 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., «Notas sobre interpretación y jurisprudencia...», ob. cit., pág. 180.

24 Sobre la insuficiencia de los métodos tradicionales en el ámbito de la interpretación constitucional (interpretación literal o gramatical, lógico-sistemática, teleológica o finalista, histórica) véase RUBIO LLORENTE, F., «Problemas de la interpretación constitucional», *RJCM*, núms. 3 y 4, abril-agosto 1988, pág. 40; ARAGÓN REYES, M., «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control...», ob. cit., pág.119.

Sin embargo, la tesis de la discrecionalidad que he asumido siguiendo las tesis del positivismo jurídico moderado, «no legitima la arbitrariedad judicial sino que reconoce limitaciones al derecho y abre paso a una teoría de la argumentación jurídica»²⁵ cuyo objetivo consistirá en aplicar pautas de racionalidad a la resolución del conflicto permitiendo así el control y fiscalización racional de la misma. En efecto, la imposibilidad de mantener, sin matices, un modelo cognoscitivista-mecanicista de la actuación judicial, no necesariamente conduce a un modelo de juez activista e incontrolado. Precisamente, el abandono «de los planteamientos simplistas mantenidos por un cierto sector del positivismo teórico, explica la necesidad y la urgencia de afinar los instrumentos de justificación de las decisiones»²⁶, para, primero, proporcionar al juez una legitimación democrática que por conducto representativo no posee, y, segundo, garantizar una previsibilidad en la aplicación del Derecho que permita la realización del principio fundamental de la seguridad jurídica irrenunciable en cualquier Estado de Derecho. Es más, la necesidad de trabajar en una teoría de la argumentación jurídica que permita aportar legitimidad al acto aplicativo del Derecho que, en la actualidad, es tanto descriptivo como normativo, resulta más urgente en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho constitucional, donde el margen de discrecionalidad es, por las razones ya apuntadas, considerablemente mayor. Por otra parte, y aunque los problemas que ofrece la interpretación constitucional en el ejercicio de la actividad de naturaleza jurisdiccional se plantean en todos los niveles, lo cierto es que cobran indudable relevancia cuando el intérprete es el Tribunal Constitucional, habida cuenta los efectos generales y vinculantes de sus decisiones.

Precisamente, el contenido fundamentalmente principal del texto constitucional, además tendencialmente contradictorio pero relacionado por el principio de la igualdad jerárquica, ha dado lugar a uno de los conflictos más interesantes que se plantean hoy en nuestros sistemas jurídicos: los conflictos entre normas constitucionales que surgen con ocasión de la aprobación de una norma de desarrollo del texto constitucional, y en los que el intérprete constitucional debe elegir entre diversas posibilidades sin sujetarse a regla segura alguna.

En este contexto —el de los conflictos entre normas constitucionales, con un contenido fundamentalmente principal y tendencialmente contradictorio— se desarrolla el discurso de la ponderación, que aparece como un recurso para dirimir un problema que no puede ser resuelto a través de los mecanismos propios de la resolución de las antinomias entre reglas²⁷ y que permite, si-

25 GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid 1998, pág. 57.

26 PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios...*, ob. cit., págs. 64-65.

27 El método de resolución es diferente según nos encontremos ante un conflicto entre reglas o ante un conflicto entre principios. En el primer caso, sólo hay dos alternativas posibles: o bien una de las reglas se declara inválida, o bien se introduce una excepción a una de ellas para que no se produzca el conflicto (en estos casos, la solución se obtiene aplicando los criterios de jerarquía, cronológico, de especialidad, de competencia o de prevalencia, y es definitiva). En el segundo caso, ninguno de los principios que entran en contradicción será inválido ni se introduce cláusula de ex-

guiendo a ALEXY, establecer relaciones racionales de precedencia *condicionada* entre los bienes constitucionales que entran en conflicto, de tal forma que un principio precede al otro, aunque sólo *en ciertas circunstancias*²⁸. Por otra parte, la exigencia de proporcionalidad en sentido amplio funciona, en mi opinión, como un parámetro argumentativo que permite predicar, al menos cierta racionalidad²⁹, de la decisión ponderativa que finalmente adopta el intérprete al respecto; en otras palabras, con la proporcionalidad resulta posible fiscalizar, en alguna medida, la corrección de la preferencia establecida en un determinado conflicto.

En concreto, el proceso argumentativo que proporciona el juicio de la proporcionalidad en sentido amplio se puede articular de la siguiente manera.

En primer lugar, y antes de proceder al análisis de los diversos elementos que integran el juicio de proporcionalidad en sentido amplio propiamente dicho, hay que comprobar que, efectivamente, la medida o medidas adoptadas —y que limitan un bien o derecho en aras a conseguir otro bien o derecho— persigan un fin o fines lícitos desde el punto de vista jurídico-constitucional, lo cual no quiere decir que la medida sólo pueda aparecer justificada cuando se pretenda la consecución de fines que sean reconducibles, directa o indirectamente, a intereses o bienes constitucionalmente relevantes; basta con que sean constitucionalmente admisibles por no contrariar el sistema de valores constitucionalmente protegido³⁰.

En segundo lugar, la razonabilidad de la medida o medidas utilizadas va a depender: 1º) De que, efectivamente, resulte o resulten eficaces para acercarse al objetivo propuesto, esto es, al fin o fines pretendidos (juicio de idoneidad³¹). 2º) De que no exista otro medio o medida más moderada para la con-

cepción alguna (por ejemplo, diciendo que se reconoce la libertad de expresión salvo cuando se vulnera el derecho al honor). Los conflictos entre principios se resuelven con la ponderación, estableciendo en cada caso cuál de los principios prevalece sobre el otro (prevalencia que no es general, ya que en otro caso la solución puede ser diversa); MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación...*, ob. cit., págs. 68 y 147-155.

28 Según ALEXY, en la ponderación se parte del establecimiento de una relación de precedencia *condicionada* y no de una relación de precedencia absoluta o incondicionada, que conduciría de hecho a un orden jerárquico absoluto entre principios (por ejemplo, colocando la libertad de información por encima del derecho al honor siempre y en todo caso). Que la relación sea condicionada significa que en ciertas circunstancias (por ejemplo, cuando la información es de relevancia pública), uno de los principios (el derecho a la información) precede al otro (derecho al honor), pero esto no significa que uno de los derechos sea superior al otro, porque en otras circunstancias (por ejemplo, cuando la información carece de relevancia pública o es manifiestamente injuriosa) el derecho al honor puede preceder a la libertad de información; citado por MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación...*, ob. cit., págs. 202-205.

29 Parece que la racionalidad total nunca es posible en el Derecho constitucional, lo cual no supone que se deba renunciar a ella, sino más bien, que hay que aspirar a la «racionalidad posible»; HESSE, K., *Escritos de Derecho...*, ob. cit., pág. 51.

30 Sobre esta cuestión véase GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Thomson/Aranzadi, Madrid 2003, págs. 67-68 y 121-122.

31 También denominado en ocasiones juicio de adecuación —STC 69/1999-, de congruencia o de coherencia.

secución de tal propósito con igual grado de eficacia (juicio de necesidad³²). 3º) Y, finalmente, de que de la medida se desprendan «más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (juicio de proporcionalidad en sentido estricto³³); en este último sentido, se trata de analizar la ecuación costes-beneficios de la medida para declararla o no legítima desde el punto de vista constitucional y, de esta forma, la constitucionalidad de la misma procede cuando se puede realizar un balance favorable de los beneficios que procura frente a las afectaciones que impone³⁴. Estos tres subprincipios del juicio de proporcionalidad analizan la racionalidad de la relación medio-fin desde un perfil diferente, si bien es cierto que su concreta delimitación constituye todavía hoy uno de los problemas fundamentales en la aplicación del juicio de proporcionalidad. En cualquier caso, si la medida no satisface alguno de los subprincipios mencionados, debe reputarse injustificada, y, por ende, inconstitucional.

Es cierto, de cualquier forma, que el núcleo del juicio de proporcionalidad en sentido amplio consiste en la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, o, lo que es lo mismo, en la ponderación propiamente dicha, una ponderación ésta que aparece como necesaria una vez que se reconoce la existencia de un orden constitucional articulado en torno a un conjunto de normas que se presentan habitualmente como mandatos de optimización o principios que no establecen una medida exacta de satisfacción y que se muestran como tendencialmente contradictorios (especialmente las normas de derechos fundamentales), y que, precisamente por ello, se presentan en muchas ocasiones en conflicto entre sí, un conflicto que es preciso conciliar a través de la utilización de ciertos métodos de interpretación compositivos (como la ponderación) alejados de la utilización de los tradicionales razonamientos deductivos. En definitiva, resulta realmente difícil hoy no entender la ponderación como una necesidad o una consecuencia inevitable del actual constitucionalismo de principios.

No puedo ahora detenerme, en cualquier caso, en todos y cada uno de los problemas dogmáticos que plantea la utilización de este parámetro de argumentación constitucional, entre los cuales me parece que uno de los más interesantes es que cierta utilización abusiva de este instrumento de fiscalización de la constitucionalidad de la ley puede dar lugar a que el órgano judicial decida introducir su propia apreciación subjetiva de la norma, sustituyendo el juicio político realizado por el legislador afectando así al principio

32 También denominado en ocasiones juicio de «indispensabilidad» —SSTC 69/1999; 265/2000-, «imprescindibilidad» SSTC 122/2000, 127/2000— o «subsidiariedad» —STC 175/1997-.

33 También denominado juicio de «ponderación» en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional —SSTC 265/2000, 103/2000 y 53/2002-. He realizado un análisis detenido de estos tres subprincipios del juicio de proporcionalidad en mi trabajo MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a.L., *Cuota electoral de mujeres y Derecho constitucional*, ed. Cortes Generales, Madrid 2007.

34 Por supuesto, no hay que interpretar las expresiones «beneficios» y «costes» en un estricto sentido económico, sino en su sentido más amplio y general. Véase, al respecto, MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación...*, ob. cit., pág. 244.

democrático³⁵. Mi intención, antes bien, es reflexionar sobre un interrogante que me ha interesado especialmente en los últimos tiempos: el relativo a la *supuesta convivencia*, como dos elementos absolutamente diferentes, del instituto del contenido esencial de los derechos fundamentales y del juicio de proporcionalidad, una tesis ésta que se desprende de la propia jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (que ha seguido, a su vez, la posición del Tribunal Constitucional federal alemán³⁶) y de las aportaciones que al respecto ha realizado un importante sector de la doctrina constitucional en España y que implica, en definitiva, sostener una «teoría absoluta» del contenido esencial del derecho por oposición a un entendimiento relativo («teoría relativa») del mismo³⁷.

35 En este sentido véase BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *CDP*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, págs. 43-44; JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, núm. 9, 1983, pág. 78; RUBIO LLORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional...», ob. cit., pág. 32. Precisamente, para no incurrir en este vicio, el Tribunal Constitucional ha mostrado una gran cautela en los momentos en los que lo ha utilizado como parámetro de control de su obra. En la sentencia 66/1995, de 8 de mayo, que constituye un auténtico *leading case* en la materia, el Tribunal Constitucional se sumerge, por vez primera frontalmente, en un análisis completo del principio de proporcionalidad como técnica de control del legislador, reconociendo que «La posición constitucional del legislador (...) obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta [menor] a las aplicadas a los órganos encargados de aplicar e interpretar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas». Posteriormente, nuevas resoluciones del Tribunal Constitucional (sentencias 161/1997, y, más recientemente, 233/2004) vuelven a subrayar que este control tiene un alcance limitado. Es decir, «El test sólo dará «positivo» (...) cuando la medida limitadora desborde alguna de estas prohibiciones de forma *evidente y manifiesta*, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiera relevancia jurídica y que no sea ésta, por lo demás, una hipótesis frecuente»; BARNÉS VÁZQUEZ, J., «El principio de proporcionalidad. Estudio...», ob. cit., pág. 16. Y esta forma restrictiva de entender el test de la proporcionalidad como instrumento de control de la obra legislativa no parece ser sino consecuencia de una de las premisas esenciales que debe guiar la interpretación constitucional: el pragmático principio del *self-restraint* (cautela, autocontención) que debe asumir el Tribunal Constitucional cuando enjuicia la obra legislativa y que conduce, en definitiva, a mantener la presunción de constitucionalidad de la ley y a declararla inconstitucional solamente en los casos en los que se muestre de forma evidente su inconstitucionalidad o no quepa hacer una interpretación de la misma conforme a la Constitución (así se mitiga, en alguna medida, la objeción antidemocrática que recae sobre el control de constitucionalidad de las leyes).

36 Una descripción detenida del enfrentamiento entre el Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*), que optó inicialmente por el entendimiento relativo del contenido esencial, y el Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), que sostenía un entendimiento absoluto del mismo (aunque muy discutible a través del empleo de la «cláusula de comunidad»); así como de la decisión final del Tribunal Constitucional federal alemán a favor de la tesis del carácter absoluto de dicha categoría, puede verse en GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid 1994, págs. 215-218; 281-282; y 282-285.

37 Las teorías más extendidas sobre la cláusula del «contenido esencial» pueden consultarse EN ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1986), CEC, Madrid 1997, pág. 286 y ss.; y en GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la...*, ob. cit.

En una de sus primeras resoluciones, la sentencia 11/1981, de 8 de abril (que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980, interpuesto contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo), el Tribunal Constitucional afirmó que «el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo», y, simultáneamente, aportó una doble definición del concepto jurídico indeterminado «contenido esencial» al que hace referencia el artículo 53.1 del texto constitucional. En primer lugar, definió el contenido esencial como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por así decirlo». En segundo lugar, lo identificó con los elementos cuya existencia resulta absolutamente necesaria «para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten, real, concreta y efectivamente protegidos». Ambas posibilidades son, como se encarga de señalar el propio Tribunal Constitucional, complementarias (no alternativas ni mucho menos antitéticas), pues, en efecto, un derecho subjetivo desprovisto de las facultades que lo identifican no puede servir a los intereses y valores en atención a los cuales fue reconocido por el ordenamiento jurídico, y, a su vez, una regulación legal que frustre las finalidades que dan vida al derecho vaciará de contenido el haz de facultades que son propias del mismo.

Estos rasgos constitutivos del derecho se descubren de la siguiente manera. En primer lugar, y como no podía ser de otra forma, la misma sentencia establece que es preciso acudir al propio texto constitucional para determinar el contenido esencial de un derecho, si bien es cierto que este texto sólo, en contadas ocasiones, muestra con cierta evidencia algún o algunos de los elementos que configuran el contenido esencial del derecho. En la mayoría de los casos, sin embargo, hay que hacer un ejercicio de interpretación para dotar de significado al contenido esencial de cada derecho³⁸, que, según el propio Tribunal, consistirá en indagar en «lo que algunos autores han llamado el meta-lenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas y, en general, los especialistas en Derecho». El recurso a estos criterios permitirá vislumbrar cuáles son los elementos constitutivos de un derecho, o, lo que es igual, su contenido esencial. Es cierto, de cualquier forma, que el recurso a estos criterios se hará atendiendo a las cambiantes circunstancias históricas³⁹, pero, eso sí, siempre existirá, en un momento concreto, un

38 La posición mayoritaria es que el contenido esencial no se puede determinar de una forma global que sea aplicable a todos los derechos fundamentales, sino que, antes bien, se debe determinar de modo individualizable (para cada derecho en concreto); véase, al respecto, GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de...*, ob. cit., págs. 213-214; PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *REDC*, vol. 1, núm. 3, septiembre-diciembre 1988, págs. 184-186.

39 La STC 11/1981 habla del contenido esencial «referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas».

conjunto de elementos constitutivos del derecho que limitarán la actuación del legislador.

Como podemos comprobar, el Tribunal Constitucional, en esta resolución, parece haber asumido implícitamente un entendimiento absoluto del contenido esencial del derecho fundamental. De sus palabras se desprende, pues, una comprensión ontológica de esta categoría como conjunto de «elementos constitutivos que identifican y singularizan el derecho fundamental»⁴⁰ que se mantienen siempre como sus rasgos esenciales con independencia de las circunstancias invocadas en el caso concreto. Estos elementos, parece, se pueden determinar con anterioridad a la sentencia recurriendo al propio texto constitucional, y, las más de las veces, a la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales que dimanar de las ideas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. Queda así formulada la teoría absoluta del contenido esencial del derecho fundamental por oposición a un entendimiento relativo del mismo que admite como premisa la imposibilidad de identificar el contenido esencial de un derecho más allá de la resolución del caso concreto. En este contexto, contenido esencial y principio de proporcionalidad conviven como dos elementos distintos. El juicio de proporcionalidad permite averiguar si la limitación legislativa de un bien o derecho constitucional es o no proporcionada, pero, además, esa medida limitadora sólo resultará constitucional si, siendo proporcionada, no vulnera el contenido esencial del derecho. En otras palabras, «aun cuando la disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido esencial o mínimo de un derecho»⁴¹.

Esta escisión entre contenido esencial y juicio de proporcionalidad parece, sin embargo, discutible. En este sentido, la doctrina ha formulado algunas objeciones a la teoría absoluta que pueden servir para proponer una reformulación del concepto «contenido esencial», que, creo, debe ir dirigida a asumir un entendimiento relativo del mismo basado en el recurso a la ponderación, y, más precisamente, en el recurso a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto.

Por ejemplo, la teoría absoluta sobre la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales ha sido acusada de subjetividad en tanto en cuanto la misma permite concretar dicho contenido a partir de ciertos parámetros extraconstitucionales (ideas y convicciones jurídicas)⁴²; este recurso a ideas y convicciones jurídicas podría, por otro lado, impulsar una orientación conservadora de las decisiones del Tribunal Constitucional habida cuenta de

40 PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, ed. Debate, Madrid 1990, pág. 143.

41 PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, ob. cit., págs. 147-148.

42 Podemos encontrar esta crítica en PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, ob. cit., págs. 144-146; GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de...*, ob. cit., págs. 349-351; y LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*, ed. Comares, Granada 1996, pág. 73 y ss.

que los juristas son conservadores por temperamento⁴³. Asimismo, se ha considerado que nos encontramos ante una tesis alejada de lo que sucede en la realidad en tanto en cuanto, en efecto, los elementos constitutivos que integran el contenido esencial del derecho no se pueden determinar con certeza y anterioridad a la sentencia que realiza el control de constitucionalidad, sino que es precisamente ésta la que construye el contenido esencial del derecho para el caso concreto que se está dirimiendo⁴⁴. Esta dificultad para concretar cuáles son los elementos constitutivos del derecho, que se mantendrían inmutables con independencia del caso concreto planteado, se pone de manifiesto si atendemos a la propia *praxis* del Tribunal Constitucional, el cual no siempre se ha mostrado coherente con el entendimiento absoluto del contenido esencial del de-

43 PRIETO SANCHÍS, L., «La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», *ADH*, vol. 1, 1981, pág. 398. Sin embargo, posteriormente, este mismo profesor afirma que no parece que en España la cláusula del contenido esencial haya jugado de modo unidireccional a favor de una interpretación conservadora de la Constitución; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, pp. 144-146.

44 En este sentido, el profesor JIMÉNEZ CAMPO, aunque con una tesis diferente a la aquí sostenida, proclama que el entendimiento absoluto del concepto «contenido esencial» es ilusorio, pues, en efecto, esta tesis parte de una ilusión cual es la de concebir «un núcleo firme e inalterable del derecho que pudiera ser definido y captado *ex ante* y en abstracto y que resultara, en términos absolutos, inmune al cambio»; JIMÉNEZ CAMPO J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, ed. Trotta, Madrid 1999, págs. 70-71. En concreto, este autor propone, primero, abandonar el entendimiento *absoluto espacial* del contenido esencial (el derecho fundamental no aparece fragmentado en un núcleo indisponible y resistente a todo cambio y en una envoltura o periferia a merced del legislador) y sustituirlo por un entendimiento *temporal* del mismo, y, segundo, atender a la *tradición jurídica* para aprehender el contenido esencial del derecho fundamental de tal forma que la labor del juez de la Constitución consistiría en examinar si en la interpretación del derecho fundamental que ha realizado el legislador resulta o no reconocible la imagen del derecho que viene dada por la «tradición de la cultura jurídica» (STC 341/93) o por aquellas «ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas» (SSTC 11/1981 y 49/1988). Desde este punto de vista, la definición del «contenido esencial» de un derecho fundamental no puede preceder al juicio; antes bien, se construye durante el mismo. Reconoce, por otro lado, que con su tesis se «relativiza» el concepto «contenido esencial», pero afirma que el mantenimiento de conceptos absolutos puede ser, sin duda, útil para el sosiego del espíritu, aunque sólo a condición de mantenerse alejado de la realidad. Para este autor, en cualquier caso, la relativización que sugiere no viene de la mano de la composición salomónica que la proporcionalidad ofrece, sino de la apelación a una cultura jurídica arraigada y viva, en cuyo seno sea posible la comunicación racional y, por tanto, un cierto control de la argumentación que conduce al fallo; *ibídem*, págs. 71-73. Me gustaría apuntar, en este momento, que no me parece que la tesis del profesor JIMÉNEZ CAMPO difiera completamente de la posición que el Tribunal Constitucional formula en su sentencia 11/1981. Sí que rechaza el entendimiento fragmentado del derecho entre un núcleo indisponible para el legislador y una periferia a merced del mismo, pero olvida que el Tribunal Constitucional no sostiene un entendimiento exclusivamente espacial del «contenido esencial» de los derechos fundamentales, sino que complementa este último con un entendimiento temporal al hablar del contenido esencial «referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas», y que, además, va a ser la resultante de las convicciones generalmente admitidas por la doctrina científica y legal sobre lo que sea el derecho concreto del que se trate. El contenido esencial es así capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo, tal y como reconoce el propio Tribunal Constitucional; PAREJO ALFONSO, L., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de...», *ob. cit.*, pág. 186.

recho fundamental y lo ha relativizado a través de la exigencia de proporcionalidad, haciendo así evidente la dificultad conceptual de separar esta doble trinchera de protección de los derechos fundamentales (el contenido esencial y la proporcionalidad)⁴⁵.

Éstas son, todas ellas, razones que se pueden oponer al entendimiento absoluto del contenido esencial. A ellas podemos añadir que un correcto entendimiento del significado de un texto constitucional probablemente impide secundar el entendimiento absoluto de esta categoría jurídica. En efecto, si el rasgo esencial de nuestra norma fundamental consiste en un relativismo ideológico que desemboca, en definitiva, en la sedimentación de principios tendencialmente contradictorios que sólo pueden ser realizados en la medida en que lo permitan las circunstancias fácticas y jurídicas existentes que concurren en el caso concreto, su contenido esencial sólo podrá ser determinado para este caso concreto con la aplicación del juicio ponderado que realiza el operador jurídico a través del principio de proporcionalidad en sentido estricto entre los derechos o bienes que entran en conflicto. O, lo que es igual, la configuración de los derechos en el texto constitucional, que se articulan fundamentalmente como normas de principios tendencialmente contradictorias, difícilmente permite sostener la tesis del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial en términos absolutos.

45 PRIETO SANCHÍS, por ejemplo, menciona la STC 161/1987, que resuelve una serie de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Nacional a propósito de la exclusión o prohibición legal de la llamada objeción de conciencia sobrevenida, como una de las excepciones más clamorosas a esta doctrina. En concreto, el Tribunal plantea el problema como un caso de colisión entre el derecho del objetor y los bienes o valores que justifican el deber constitucional de la defensa y del servicio militar, argumentando que el legislador «ha de armonizar en la forma que estime más conveniente» unos y otros, siempre que las condiciones que imponga sean «razonables y proporcionadas». Llegados, sin embargo, al capítulo del contenido esencial, la sentencia olvida — a pesar de citarlo expresamente— su propia doctrina acerca del valor absoluto de dicha cláusula y se contrae a recrear la exigencia de proporcionalidad. Su conclusión —discutible— es que «no parece excesiva la restricción impuesta». Es decir, esta sentencia opera, sin reconocerlo expresamente, una relativización manifiesta del concepto de contenido esencial, que no actúa como límite autónomo y diferenciado de la necesidad de justificación, sino que se identifica plenamente con ella; el contenido esencial se considera salvado desde el mismo momento en que la medida limitadora es juzgada como razonable y proporcionada; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre Derechos...*, ob. cit., págs. 150-152. «Desde luego, no es ésta la única ocasión en que el Tribunal Constitucional ha quebrado la doctrina constitucional de la doble barrera o exigencia a la limitación de los derechos fundamentales. Aunque el Tribunal Constitucional recuerda siempre formalmente la necesidad de justificar la medida limitadora y de respetar el contenido esencial, lo cierto es que con frecuencia su argumentación sustantiva atiende sólo a una de las exigencias, admitiendo una restricción fundada aun cuando vulnere el contenido esencial, o, a la inversa, reconociendo plena libertad al legislador hasta el límite infranqueable del contenido esencial»; ibidem, pág. 152. Véase, por ejemplo, el caso de la STC 62/1982 a la que se refiere DE OTTO Y PARDO, I., en MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, ed. Cívitas, Madrid 1992, pág. 130. O el de la STC 215/1994 a la que se refiere MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos...*, ob. cit., págs. 25-27. Otra autora que ha puesto de manifiesto la dificultad de aplicar la tesis absoluta del contenido esencial —que no comparte— en el ámbito de los derechos de libertad del artículo 18.1 de la Constitución y del secreto a las comunicaciones del artículo 18.3 del mismo texto normativo ha sido RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. McGraw-Hill, Madrid 1998, págs. 107-114.

En definitiva, parece que la categoría «contenido esencial», en el marco del constitucionalismo de principios tendencialmente contradictorios (especialmente por lo que hace a las normas de derechos fundamentales), no se puede determinar de una forma abstracta y *ex ante* a la existencia de la propia sentencia del órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes. El contenido esencial resulta, antes bien, del esfuerzo de construcción que realiza el Alto Tribunal al resolver el conflicto entre las normas constitucionales a través del parámetro de la ponderación y del proceso argumentativo que proporciona la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto y que nos obliga a confrontar las razones que se oponen a la restricción de un derecho fundamental con aquéllas que aduce el legislador a favor de su intervención para ir construyendo el contenido esencial del derecho en el caso concreto. Como afirma el profesor Alexy, la garantía del contenido esencial no formula, frente al principio de proporcionalidad, ninguna restricción adicional a las normas de derechos fundamentales; no constituye una valla adicional de restricción⁴⁶. Más concretamente, el contenido esencial de un derecho para un caso concreto es el resultado que se obtiene tras aplicar la regla de la ponderación, y, más precisamente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

No puedo obviar, en cualquier caso, que este entendimiento relativo del contenido esencial de los derechos fundamentales debe superar, a su vez, ciertas objeciones. Se puede criticar, por una parte, que esta propuesta pone en cuestión la normatividad del texto constitucional, y, más concretamente, de sus cláusulas sobre derechos fundamentales⁴⁷, y, por otra, y me permito utilizar aquí una expresión del profesor Jiménez Campo, que resulta poco concluyente sobre el sentido que encierran las declaraciones de los derechos fundamentales en la Constitución⁴⁸.

No creo, sin embargo, que la ponderación, y, más precisamente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, reduzcan a la nada jurídica el contenido esencial de los derechos fundamentales (recordemos que, precisamente, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto impide que se produzca un sacrificio total del derecho). Por otro lado, la crítica sobre el subjetivismo que se formula a la concepción relativa del contenido esencial del derecho no es ajena, como ya hemos visto, ni al entendimiento absoluto del mismo, ni a aquellas posturas que, aún cuando rechazan la tesis absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales en lo relativo a distinción entre dos esferas en los derechos (esencial y no esencial), aceptan, sin embargo, de la misma, la posibilidad de proceder a una *delimitación* del contenido del derecho descubrien-

46 ALEXY, R., *Teoría de los Derechos...*, ob. cit., pág. 291.

47 En este sentido, se ha afirmado que «el peligro que puede conllevar la aplicación del método de ponderación de bienes es que puede dar lugar a una Constitución suplementaria no escrita, que permitiría al poder estatal restringir los derechos fundamentales sin un control efectivo»; GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de...*, ob. cit., pág. 294.

48 JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y...*, ob. cit., pág. 73.

do sus elementos constitutivos con anterioridad al acto de su aplicación⁴⁹. En mi opinión, y frente a estas posiciones, la teoría relativa permite, al menos, concretar ese contenido esencial partiendo de una correcta comprensión de la nueva morfología del Derecho que ha introducido el constitucionalismo de los principios tendencialmente contradictorios de la segunda mitad del siglo xx.

* * *

ABSTRACT. *The constitutionalism in the second half of the 20th century has reinforced the eclectic thesis of the moderate positivism, with the consequent acceptance of the judicial discretion. This thesis is the domineering position in the juridical contemporary literature and, from my point of view, is also the most convincing. Nevertheless, the thesis of the judicial discretion does not suppose admitting activists and uncontrolled judges. It supposes admitting that we must be employed at a theory of the juridical argumentation that allows to introduce guidelines of rationality in the judicial decision. Precisely, the principle of proportionality helps to introduce the above mentioned rationality in the judicial decision. This principle raises many problems but, probably, one of the most important is its supposed living together (wrong, in my opinion) with the essential content of the fundamental rights.*

49 Esta tesis es la sostenida por MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ob. cit. Según este autor, «Si se prescinde de la distinción entre contenidos esenciales y no esenciales de los derechos (...), podría inferirse de una adecuada comprensión sistemática del art. 53.1, a la luz de la significación constitucional de los derechos fundamentales, que el verdadero sentido de este precepto radica en establecer un mandato incondicionado a los poderes públicos de respeto al contenido de los derechos, mandato que se dirige al legislador, que no puede por tanto limitar los derechos fundamentales; luego no hay lugar para un límite a su actividad limitadora, pues esta última resulta vedada (...). Ello no significa, sin embargo, que los derechos sean ilimitados, pues revisten unos límites internos que se infieren de su propio contenido; y no existe un derecho fundamental general a la libertad cuyo ámbito pudiera ser irrestricto (...). Por tanto, el problema central que se plantea es el de la correcta demarcación de esos límites internos o, en otras palabras, el de la adecuada determinación del contenido de los derechos, que ha de inferirse ante todo de la propia Constitución, en el marco de una interpretación constitucional que tenga en cuenta criterios axiológicos y teleológicos externos a la norma constitucional misma (...); ibídem, pág.41. El recurso a criterios axiológicos y teleológicos, ¿no implica también introducir subjetividad en el proceso de la delimitación-descubrimiento del contenido del derecho?»