

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, LEGISLADOR Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Una respuesta a Gloria Lopera

CARLOS BERNAL PULIDO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OBJECIONES CONTRA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD: 1. *La distinción entre fines mediatos e inmediatos de la intervención legislativa*: a) *Síntesis de la objeción*. b) *Análisis de la objeción*. 2. *La imposible prueba de la falta de idoneidad*: a) *Planteamiento de la objeción*. b) *Análisis de la objeción*.—III. OBJECIONES CONTRA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD: 1. *La asimetría entre el examen de idoneidad de la medida legislativa y de los medios alternativos*: a) *Síntesis de la objeción*. b) *Análisis de la objeción*. 2. *La exclusión de los medios alternativos que impliquen elevados costes financieros*: a) *Síntesis de la objeción*. b) *Análisis de la objeción*.—IV. OBJECIONES CONTRA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: 1. *«In dubio: ¿pro libertate o pro legislatore?»*: a) *Síntesis de la objeción*. b) *Análisis de la objeción*: 1) *Los empates en la ponderación y la carga de argumentación a favor del derecho fundamental*. 2) *Empates a favor del derecho fundamental o de la ley*. 2. *La intensidad del juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: a) *La modulación de la intensidad en el control de proporcionalidad*. b) *Síntesis de la objeción*. c) *Análisis de la objeción*.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Con el título «El principio de proporcionalidad y los dilemas de constitucionalismo», Gloria Lopera ofrece una detallada recensión de mi libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (1), publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2003 y cuya segunda edición ha aparecido hace pocas semanas. Dicha recensión ha sido publicada en el núm. 73 de esta revista (2). Lopera capta con perspicacia las tesis básicas del

(1) C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, 871 págs.

(2) G. LOPERA: «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo», *REDC*, núm. 73, 2005, págs. 381-410.

libro, que pretenden aclarar la función y la estructura del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales. Asimismo, su reseña estudia la reconstrucción de la estructura de este principio, que propongo en el Capítulo VI, y arremete contra algunos de mis planteamientos. Sus objeciones, que a continuación analizaré de forma singular, denuncian que mi reconstrucción deteriora la fuerza normativa de los derechos fundamentales por ser deferente en exceso con el Legislador. A cambio de ello, Lopera aboga por un principio de proporcionalidad que posibilite un control de la ley más severo por parte del Tribunal Constitucional.

II. LAS OBJECIONES CONTRA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

Las dos primeras objeciones pretenden mostrar que la distinción que propongo entre fines mediatos e inmediatos de la intervención legislativa en los derechos fundamentales resulta inconveniente y que la forma en que concibo el primero de los subprincipios de la proporcionalidad hace imposible probar la eventual falta de idoneidad de dicha intervención.

1. *La distinción entre fines mediatos e inmediatos de la intervención legislativa*

El principio de proporcionalidad es un criterio metodológico para determinar si cierta intervención en un derecho fundamental es o no contraria a la Constitución. La constitucionalidad de una intervención legislativa semejante dependerá de que esté justificada por su contribución para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Esta definición explica por qué la cadena argumentativa del principio de proporcionalidad debe comenzar con la determinación del fin perseguido por el Legislador. Si, al intervenir en un derecho, el Legislador no persigue ningún fin, o persigue un fin constitucionalmente ilegítimo o irrelevante (3), la ley deberá ser declarada inconstitucional por carecer de razonabilidad (4), o dicho con una terminología equivalente, por ser arbitraria (5).

(3) Cfr. las SSTC 111/1993, FJ. 9.º, y 55/1996, FJ. 7.º

(4) Cfr. C. BERNAL PULIDO: «Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi», en M. LA TORRE y A. SPADARO (eds.): *La ragionevolezza nel diritto*, Giapicchelli, Turín, 2002, págs. 309 y sigs. Cfr. en la jurisprudencia constitucional, entre muchas otras, las SSTC 75/1983, FJ. 2.º, y 209/1988, FJ. 6.º

(5) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ: «Voz: Interdicción de la arbitrariedad», *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, págs. 3644 y sigs.; A. NIETO: *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2001,

La determinación del fin del Legislador se enfrenta con varias dificultades (6). Uno de los problemas más agudos consiste en que la palabra «fin» es ambigua. Así, por ejemplo, el «fin» de una norma que sanciona penalmente la negativa de los conductores a someterse a la prueba de alcoholemia, puede referirse a varias entidades con un *status* ontológico diverso (7). Esta norma tiene el «fin» de hacer efectiva la «protección de la seguridad del tráfico rodado» (F₁). Sin embargo, si se considera desde una perspectiva más holística, la norma también tiene el «fin» de garantizar el derecho a la vida y la integridad física de los conductores y pasajeros (F₂), derechos fundamentales establecidos por el artículo 15 CE. En este análisis, mientras el fin (F₁) es un hecho, el fin (F₂) es una norma.

Si se observa el Fundamento Jurídico 10.º de la STC 161/1997, se reparará que el Tribunal Constitucional tiene en cuenta estos dos fines (F₁) y (F₂). Al primero lo denomina fin inmediato y al segundo fin mediato de la norma cuya constitucionalidad controla (8). Esta distinción entre fines es necesaria desde el punto de vista argumentativo, porque una exigencia para llevar a cabo un control racional de los fines legislativos es su determinación precisa (9). Asimismo, la distinción es necesaria desde el punto de vista conceptual, en razón del diferente *status* ontológico de los fines inmediato (un hecho) y mediato (una norma), que tiene importantes consecuencias en los juicios de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En el juicio de idoneidad, es necesario

págs. 370 y sigs. *Cfr.* en la jurisprudencia constitucional, entre muchas otras, la STC 108/1986, FJ. 18.º

(6) *Cfr.* sobre estos problemas: C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 700 y sigs.

(7) Este caso corresponde a la STC 161/1997. *Cfr.* el análisis de los fines en este caso en: C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 716-717. En el presente estudio, y en aras de la simplicidad, no consideraré los fines de la norma consistentes en la protección de la obediencia a la autoridad pública, del orden público y de la dignidad en el ejercicio de la legítima función pública.

(8) «Como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe —“delitos contra la seguridad del tráfico”—, de la caracterización como “conductor” de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar —conducción de un vehículo a motor— no cabe duda de que la *protección de la seguridad en el tráfico rodado* forma parte de las finalidades esenciales del Art. 380 Código Penal. La propia expresión de esta *finalidad inmediata* lleva a la constatación de otra *mediata*: El riesgo que se trata de evitar —la seguridad que se trata de proteger— lo es fundamentalmente para “*la vida o la integridad de las personas*” (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma» (énfasis de C.B.).

(9) *Cfr.* C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 717.

verificar la existencia de un nexo empírico entre dos hechos: el medio legislativo y su fin inmediato. Al tratarse de verificar un nexo empírico, este juicio sólo puede efectuarse en términos racionales si se explicita el fin inmediato de la medida. Sería inconcebible llevar a cabo un análisis de conexión «empírica» entre el medio legislativo (un hecho) y su fin mediato (una norma), pues el medio legislativo existe en el mundo del ser y la norma en el del deber ser. Como Kelsen aclaró, entre estos mundos existe un «abismo insalvable» (10). Este abismo también es relevante en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En este juicio se comparan dos objetos normativos: el derecho fundamental y el fin mediato del Legislador. El fin inmediato no puede concurrir a la ponderación, porque es un hecho.

Debe aclararse que entre los fines del Legislador existe una relación subsuntiva: el fin inmediato es un hecho que se subsume en la norma que representa el fin mediato. En algunos casos, además, es posible que existan fines intermedios. Los fines intermedios contribuyen a hacer explícita la conexión subsuntiva existente entre los fines inmediato y mediato. Gracias a dichos fines, la conexión entre el fin inmediato del legislador (F_1) y el principio constitucional en que se fundamenta (F_2), puede controlarse con mayor facilidad (11).

a) *Síntesis de la objeción*

Lopera sostiene que la distinción entre fines mediatos e inmediatos de la intervención legislativa resulta problemática porque uno y otro fin «desempeñan funciones diversas en la argumentación, el uno como justificación consti-

(10) Cfr. H. Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1.^a ed., Tübingen, 1911, pág. 8.

(11) La subsunción de un fin inmediato (F_1) en un fin (F_2) con la ayuda de un fin intermedio (F_3) tiene la siguiente estructura lógica:

$$\begin{array}{l} (1) (x) (F_2 \rightarrow \text{Leg}) \\ (2) (x) (F_3 \rightarrow F_2) \\ (3) (F_1 \rightarrow F_3) \\ \hline (4) (F_1 \rightarrow \text{Leg}) \end{array}$$

En esta subsunción, (1) expresa que todo fin adscrito a un principio constitucional (F_2) es un fin legítimo. (2), por su parte, es un enunciado subsuntivo, según el cual, el fin intermedio (F_3) se subsume en el principio constitucional (F_2). (3) es un enunciado subsuntivo, según el cual, el fin inmediato (F_1) se subsume en el fin intermedio (F_3). Por último, (4) es la conclusión de esta fundamentación interna del juicio de razonabilidad o de legitimidad del fin, según la cual, el fin inmediato (F_1) de la medida cuya constitucionalidad se controla es un fin legítimo, por su conexión con el principio constitucional (F_2).

tucional de la medida (fin mediato) y el otro como parámetro directo para analizar la idoneidad de la misma (fin inmediato)». A su modo de ver, esta circunstancia origina el riesgo de «invocar, como fines mediatos, principios constitucionales que en realidad guardan una relación bastante remota con la medida legislativa enjuiciada», a los que, además, se otorga un peso elevado en la ponderación. Desde su punto de vista, esta invocación se convierte en un «recurso fácil» para la justificación de toda clase de medidas legislativas (12). Para evitar estos problemas, Lopera propone tres estrategias: *a*) «establecer límites más estrictos para la adscripción de fines inmediatos a un principio constitucional de primer grado»; *b*) «limitar la introducción de fines intermedios entre unos y otros»; y *c*) «en los casos en que no es posible establecer una relación directa entre fin mediato e inmediato (...) prescindir de vincular el fin inmediato a un principio constitucional».

b) *Análisis de la objeción*

1) En contra de esta objeción es posible apelar a tres argumentos. El primer argumento que la desvirtúa es la ya expuesta necesidad argumentativa y conceptual de la distinción entre el fin inmediato (un hecho) y el fin mediato (una norma). Abogar por la supresión de la diferencia entre los fines inmediato y mediato, y de su relación subsuntiva, oscurecería la argumentación y sería, desde el punto de vista conceptual, como abogar por la supresión de la diferencia entre normas y hechos. A su vez, la introducción de los fines intermedios, cuando es viable, deriva de la exigencia de saturación de los argumentos jurídicos. De acuerdo con esta exigencia, las argumentaciones jurídicas deben contener todas las premisas que las integran (13). Los fines intermedios son premisas relevantes en la subsunción entre fines que lleva a cabo el Tribunal Constitucional y por tanto deben aparecer en la fundamentación de la decisión.

2) En segundo lugar, Lopera lleva razón al advertir que la distancia semántica que separa el fin inmediato del fin mediato suscita el riesgo de permitir «invocar, como fines mediatos, principios constitucionales que en realidad

(12) De acuerdo con Lopera, en el caso de la STC 161/1997, su remota distancia semántica con el fin inmediato desaconsejaría la apelación al fin mediato de «protección de la vida e integridad personal».

(13) *Cf.* sobre el requisito de la saturación: R. ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 236: «Un argumento de determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma. A ello se llama requisito de la saturación».

guardan una relación bastante remota con la medida legislativa enjuiciada.» Ese riesgo, sin embargo, es común a toda argumentación en la que intervengan derechos fundamentales cuyas disposiciones sean indeterminadas. Más aún, esta invocación de principios constitucionales remotos, no sólo para legitimar, sino para acusar las medidas legislativas enjuiciadas, es la estrategia argumentativa más común en la práctica de la jurisdicción constitucional.

A partir de este supuesto se puede ser escéptico o no frente a la posibilidad de controlar la corrección de estas conexiones interpretativas. Los autores que descreen de la posibilidad de que las argumentaciones judiciales sean racionales, Duncan Kennedy es un ejemplo (14), sostiene que las conexiones interpretativas siempre proceden de una manipulación. Con todo, esta posición nihilista parece demasiado radical. Un solo ejemplo en que la conexión entre el fin mediato y el inmediato fuese indiscutible la haría periclitar. Sin embargo, tampoco puede caerse en un cognitivismo a ultranza. Es manifiesto que en muchos casos no puede determinarse «objetivamente» —o, mejor, si se quiere «intersubjetivamente»— si existe una conexión entre el fin mediato y el inmediato, sobre todo, a causa de la indeterminación de aquél.

No obstante, la dificultad para conocer las conexiones entre los fines inmediatos y los mediatos no resulta de la distinción entre estos dos tipos de fines. Dicha dificultad es consecuencia de la indeterminación de los principios constitucionales. La distinción entre fines mediatos, inmediatos e intermedios no puede suprimir esta dificultad, así como tampoco la origina. Pese a ello, la existencia de esta distinción sí fuerza a que el intérprete haga explícitas todas las premisas relevantes para establecer la conexión entre estos fines y, por ello, es un valioso instrumento que posibilita el control racional de esta conexión.

3) Finalmente, debe afirmarse que las estrategias que sugiere Lopera presentan más inconvenientes que ventajas. La primera: «establecer límites más estrictos para la adscripción de fines inmediatos a un principio constitucional de primer grado», fracasa porque no define cuáles serían esos «límites más estrictos», y algo peor, no precisa con fundamento en qué criterios interpretativos se fijarían. La segunda: «limitar la introducción de fines intermedios entre unos y otros», fracasa porque no define tampoco cómo habría de limitarse dicha introducción, y porque la supresión de los fines intermedios iría en contra de las exigencias de claridad y saturación en la argumentación jurídica. Y la tercera: «En los casos en que no es posible establecer una relación directa entre fin mediato e inmediato, considero que resulta preferible prescindir de vincular

(14) Cfr. D. KENNEDY: *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.

el fin inmediato a un principio constitucional de primer grado y, en su lugar, apelar al fin inmediato, o a uno de los llamados fines intermedios (!) (15), como fin justificador de la medida, así éste sólo ostente una jerarquía constitucional de segundo grado», es de difícil aplicación. Esta estrategia fracasa porque no aclara qué debe entenderse por «*relación directa*». Con todo, esta última propuesta tiene el mérito de señalar que si en un caso el Tribunal Constitucional no logra establecer la existencia de una conexión entre el fin inmediato y un principio constitucional, debe prescindir de la conexión con este último y basar el fundamento de la medida legislativa únicamente en un principio constitucional de segundo grado.

2. *La imposible prueba de la falta de idoneidad*

a) *Planteamiento de la objeción*

La segunda objeción en contra de mi reconstrucción del subprincipio de idoneidad señala que en él resulta imposible probar la falta de idoneidad. Esta imposibilidad se derivaría de la combinación entre la «versión negativa y débil del juicio de idoneidad», según la cual «una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental no es idónea cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato» (16), y el establecimiento de una «carga de argumentación a favor de la norma legislativa» (17), según la cual, «la falta de idoneidad de una medida legislativa debe demostrarse mediante un conjunto de premisas empíricas, basadas en conocimientos científicos o convicciones sociales aceptadas generalmente». A partir de estas dos premisas, Lopera sostiene que con esta carga «se asigna a quien impugna la norma la carga de “probar” un *hecho negativo indeterminado*, en tanto debe acreditar la absoluta inidoneidad de la norma para contribuir al logro de cualquier finalidad legítima» (itálica de G. L., comillas de C. B.). La prueba de este hecho sería imposible.

(15) En este punto la argumentación de Lopera se torna contradictoria, pues aboga por la utilización de los fines intermedios, después de hacer propuesto su «limitación», lo que en cierto sentido puede entenderse como su desaparición.

(16) C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 718.

(17) *Ibíd.*, págs. 727 y sigs.

b) *Análisis de la objeción*

Esta objeción puede refutarse sin mayor dificultad. La objeción descansa sobre una incorrecta interpretación de la «carga de argumentación a favor de la norma legislativa». Lopera considera esta carga de argumentación como una carga de la prueba, que impone a quien impugna la constitucionalidad de la medida legislativa la carga de probar su falta de idoneidad. Esta interpretación no es acertada. Esta carga de argumentación es de índole *epistemológica*. No se refiere a *quién* debe argumentar o probar la idoneidad o la carencia de idoneidad de la norma legislativa, sino a *qué grado de certeza* deben tener las premisas empíricas mediante las cuales se acredite la idoneidad o la carencia de idoneidad. Lopera es bien consciente de que, cuando se hacen formulaciones negativas de las cuales derive la necesidad de probar un hecho negativo indeterminado, «debe darse la vuelta al problema» y debe probarse «la existencia de un hecho positivo incompatible con el hecho negativo». En el juicio de idoneidad, sería necesario probar que la medida legislativa reviste por lo menos un mínimo grado de idoneidad, es decir, probar la existencia de una relación de causalidad positiva entre el medio adoptado por el Legislador y su fin. Lo más consecuente con ello es, como Lopera señala, «atribuir al Legislador la carga tanto de señalar los fines que la norma aspira a satisfacer como de presentar argumentos a favor de su idoneidad». Pues bien, la carga de argumentación a favor de la medida legislativa no exonera al Parlamento del deber de aportar pruebas y argumentos a favor de la idoneidad de su medida, sino que exige un alto grado de seguridad a las pruebas y argumentos que intenten desvirtuar la idoneidad de la medida enjuiciada. De hecho, no sólo el Legislador, sino cualquiera de las partes que intervienen en el proceso de constitucionalidad, puede llevar a cabo esta actividad probatoria y argumentativa. Lo importante es que las pruebas y argumentos presentados tengan un alto grado de certeza. De otra manera sería viable que el producto de la decisión del órgano máximo de la democracia representativa perdiera su validez sobre la base de meras especulaciones o conjeturas.

III. OBJECIONES CONTRA LA RECONSTRUCCIÓN
DEL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

El segundo grupo de objeciones se dirige contra el modelo del subprincipio de necesidad. Según la primera objeción, en este modelo existiría una asimetría entre el examen de idoneidad de la medida legislativa y de los medios alternativos. Por su parte, la segunda objeción critica la exclusión de los medios alternativos que impliquen mayores costes financieros.

1. *La asimetría entre el examen de idoneidad de la medida legislativa y de los medios alternativos*

a) *Síntesis de la objeción*

De acuerdo con Lopera, en el modelo del subprincipio de necesidad existiría una asimetría porque, por una parte «para acreditar la idoneidad de la medida enjuiciada basta con que ésta contribuya de algún modo a alcanzar su fin inmediato, sin reparar si se trata del medio más eficaz, más rápido, el que con mayor probabilidad contribuirá a realizar el fin o el que logre una realización más plena de este fin»; y, por otra parte: «la idoneidad del medio alternativo debe ser igual o mayor que la de la medida legislativa consideradas todas estas perspectivas, esto es, la eficacia, la temporalidad, la realización del fin y la probabilidad». Lopera considera que esta exigencia de una igual o mayor idoneidad de los medios alternativos es excesiva y opina que sólo debe exigirse una idoneidad en consideración «de los criterios que han sido tenidos en cuenta en el examen de idoneidad de la medida legislativa».

b) *Análisis de la objeción*

Esta objeción de Lopera no amerita una refutación, porque, en el fondo, sus planteamientos coinciden con los que fundamentan el modelo del subprincipio de necesidad que propongo. Una medida debe ser declarada inconstitucional, con fundamento en el subprincipio de necesidad, si existe un medio alternativo que sea igual o más idóneo para contribuir a alcanzar el fin del Parlamento y, a su vez, más benigno con el derecho fundamental objeto de la intervención. De acuerdo con este concepto, entonces, el subprincipio de necesidad implica tres exigencias: la existencia de por lo menos un medio alternativo, que este medio alternativo tenga una idoneidad igual o mayor que la medida legislativa que constituye el objeto del examen de constitucionalidad, y, por último, que este medio alternativo sea más benigno con el derecho fundamental objeto de la intervención. Para establecer si se cumplen la segunda y la tercera exigencia es necesario comparar el grado de idoneidad de la medida legislativa examinada y del medio alternativo, y el grado en que aquella medida y este medio intervienen en el derecho fundamental relevante.

La objeción de Lopera se refiere a la comparación entre el grado de idoneidad de la medida legal y el grado de idoneidad del medio alternativo. La objeción pretende ver en mis planteamientos la defensa en un diferente criterio para medir la idoneidad en el caso de la medida legal y del medio alternativo. En

este sentido, la objeción entiende que el criterio para medir la idoneidad del medio alternativo sería más exigente que el criterio para medir la idoneidad de la medida legal.

Esta comprensión del modelo de subprincipio de necesidad que expongo en el libro debe refutarse. En su calidad de relación fáctica, la idoneidad de un medio en relación con un fin puede medirse desde varias perspectivas: su eficacia, su velocidad, la probabilidad para alcanzar el fin y el grado de realización de dicho fin. Todos estos criterios son indispensables para determinar la idoneidad, tanto de la medida legislativa que es objeto del control de constitucionalidad, como de los medios alternativos. No obstante, el hecho que posiblemente conduce a Lopera a atribuirme la defensa de una postura que no prohijo es que en el libro tal vez no se aclara con suficiencia que la verificación de la idoneidad de la medida legislativa tiene dos momentos distintos: uno en el juicio de idoneidad y otro en el de necesidad. En el juicio de idoneidad importa sólo determinar *si* dicha medida legislativa es de algún modo idónea para contribuir a alcanzar el fin que se propone. En cambio, en el juicio de necesidad lo que importa precisar es *en qué grado* es ella idónea y para tal fin resulta indispensable valerse de los criterios de eficacia, velocidad, probabilidad para alcanzar el fin y grado de realización del fin. De este modo, en el juicio de necesidad, tanto la idoneidad de la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla, como la de los medios alternativos, se debe examinar desde las mismas perspectivas y con idénticos criterios. Con base en estas perspectivas y criterios se debe establecer *en qué grado* son aquélla y éstos idóneos.

2. *La exclusión de los medios alternativos que impliquen elevados costes financieros*

a) *Síntesis de la objeción*

La segunda objeción se refiere al interrogante de si una medida legislativa debe declararse inconstitucional, en razón del subprincipio de necesidad, en caso de que exista un medio alternativo igual o más idóneo que ella y más benigno con el derecho afectado, pero que implica mayores costes financieros. Frente a este problema, Lopera entiende que yo excluyo de entrada «la consideración de todo medio alternativo que implique mayores costes financieros, sin dar lugar a examinar si el mismo resulta menos lesivo que el medio seleccionado por el Legislador». De este modo, existiría una preferencia absoluta del principio de economía de los recursos financieros sobre los demás. Esta preferencia sería incompatible con la idea de los derechos fundamentales como principios.

b) *Análisis de la objeción*

Esta objeción es asimismo infundada. Como Lopera reconoce en una nota de pie de página, yo no defiendo en ningún momento que de entrada debe excluirse la consideración de «todo medio alternativo que implique mayores costes financieros». La tesis que defiendo señala que «los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costes exorbitantes no deben ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad», para efectos de declarar la inconstitucionalidad de la medida legislativa. De ninguna manera la categoría de los medios que implican «costes exorbitantes» es idéntica a la de aquéllos que implican «mayores costes financieros». Mi tesis sólo se refiere a que los medios que implican costes exorbitantes deben ser excluidos en este análisis, por cuanto el ideal de optimizar el derecho fundamental afectado en comparación con el fin del legislador no debe generar una afectación desproporcionada del principio del buen uso de los recursos económicos y de la competencia que tiene el Parlamento y no el Tribunal Constitucional para decidir acerca de su destinación. Es claro que si el Tribunal Constitucional adoptase un medio alternativo que implicara costes exorbitantes causaría una intervención desproporcionada en tales principios presupuestales. A diferencia de lo que Lopera parecería opinar, esta indicación no es del todo inútil. La indicación sienta una regla que impide al Tribunal Constitucional imponer al Parlamento la destinación de sumas exorbitantes del presupuesto para adoptar medios alternativos a las medidas legislativas.

Debo reconocer que en el libro no me ocupo del problema de los medios que implican ya no costes exorbitantes, sino sólo mayores costes financieros. En caso de presentarse esta hipótesis, el Tribunal Constitucional debe examinar el medio alternativo desde la óptica de una ponderación entre, por una parte, el derecho fundamental afectado y el principio que constituye el fin legislativo, y, por otra, el principio de buen uso de los recursos financieros y de la competencia presupuestal del Parlamento. Esta ponderación deberá seguir las reglas generales del principio de proporcionalidad en sentido estricto, que se basan en la aplicación de la escala de tres intensidades (leve, medio o intenso) para determinar el peso de dichos principios y cuál de ellos debe prevalecer en el caso concreto (18). De este modo, el medio alternativo deberá adop-

(18) Cfr. sobre estas reglas: C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 757 y sigs.; ID.: «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, núm. 26, 2003, págs. 225 y sigs.; ID.: «The Structure and the Limits of Balancing», *ARSP*, Beiheft, núm. 97, *Law and Practice*, Proceedings of the 21st IV World Congress, Lund (Sweden), 12-17 August 2003, págs. 79-84; ID.: «On Alexy's Weight Formula», en A. J. MENÉNDEZ y E. O. ERIKSEN (eds.): *Fundamental Rights through Discourse*, *Arena Report* núm. 9, 2004, págs. 129-140.

tarse, y por tanto, la medida legislativa deberá declararse inconstitucional por innecesaria, si, comparado con esta medida, dicho medio alternativo logra una optimización intensa del derecho fundamental y el fin legislativo, y como contrapartida, no implica sino algunos costes adicionales, que pudiesen ser catalogados como leves o medios. Por el contrario, el medio alternativo deberá excluirse si implica intensos costes adicionales que no están justificados, porque el grado de mayor optimización del derecho fundamental y el fin legislativo que ofrece es tan sólo leve o medio.

IV. OBJECIONES CONTRA LA RECONSTRUCCIÓN DEL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

En lo concerniente a la reconstrucción del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, Lopera objeta que en ella se «vacila respecto al modo de resolver la tensión [...] entre democracia y derechos [fundamentales]». A su juicio, esta «indefinición» se proyecta con especial intensidad en dos aspectos: la carga de argumentación que permite resolver los casos de empate y la intensidad de la ponderación.

1. «*In dubio: ¿pro libertate o pro legislatore?*»

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán (19) y su ulterior reconstrucción por parte de Robert Alexy han aclarado que la regla argumentativa que orienta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es la llamada «ley de la ponderación» (20). En el libro definiendo una peculiar versión de la ley ponderación, específica para el examen de intervenciones legislativas en los derechos fundamentales. Esta versión establece que: «cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho fundamental, tanto mayor ha de ser la importancia de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa» (21).

(19) Cfr. entre muchas otras, la BVerfGE 30, 296 (316). Cfr. Para una reconstrucción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la ley de la ponderación: L. CLERICO: *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, Capítulo III.

(20) Cfr. R. ALEXY: «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, págs. 13 y sigs.

(21) Cfr. C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 757.

a) *Síntesis de la objeción*

Lopera advierte que esta versión de la ley de la ponderación admite por lo menos dos interpretaciones. Según la primera, la expresión «tanto mayor» debe entenderse de tal manera que «la medida legislativa sólo estará justificada si las razones a favor de la intervención tienen un peso *mayor* que el del principio iusfundamental afectado con» ella. De acuerdo con la segunda, la expresión «tanto mayor» debe entenderse de tal modo que «la ley de la ponderación tan sólo exige que el principio que justifica la intervención tenga un peso *igual o mayor* al del principio iusfundamental afectado por la medida». A su vez, a partir de estas dos posibles interpretaciones sería posible establecer dos diferentes cargas de la argumentación para resolver los empates en la ponderación, es decir, la situación en que una intervención en un derecho fundamental lo afecta de forma leve, media o intensa y favorece el fin del legislador en una medida correlativa idéntica, también leve, media o intensa, según el caso. Mientras la primera interpretación implicaría una carga de argumentación favorable al derecho fundamental, de la segunda derivaría una favorable al fin legislativo.

Hasta aquí nada tengo que objetar, así como tampoco me despierta ningún reparo que Lopera entienda que yo defendiendo la segunda interpretación, en la que la ley de la ponderación exige que las razones que fundamentan la intervención tengan una importancia *por lo menos equivalente* a la del principio iusfundamental objeto de intervención (22). Lo que a Lopera resulta sorprendente es que, con base en esta interpretación, yo sostenga que la ley de la ponderación «hace explícita y operativa una carga de argumentación a favor del derecho fundamental» (23) y constituya «una aplicación concreta del principio *in dubio pro libertate* en materia argumentativa» (24). De acuerdo con Lopera, una carga de argumentación que pudiese denominarse de esta manera tendría que ser correlativa a la primera interpretación de la ley de la ponderación. Para esta autora, que defiende la primera interpretación, mi concepto de la ley de ponderación no establece un *in dubio pro libertate*, sino un *in dubio pro legislatore*.

(22) Según esta regla: «Cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención». Cfr. C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 781.

(23) *Ibid.*, pág. 782.

(24) *Ibid.*, pág. 789.

b) *Análisis de la objeción*

El análisis de esta objeción se dividirá en dos secciones. En la primera aclararé cuál es el sentido que atribuyo en el libro a la carga de argumentación a favor del derecho fundamental o *in dubio pro libertate* y cuál es su relación con la forma que defiende para dirimir los empates en la ponderación (1). En la segunda sección compararé esta forma para dirimir los empates con aquella que propugna Lopera (2).

1. *Los empates en la ponderación y la carga de argumentación a favor del derecho fundamental*

Es verdad que en el libro sostengo, por una parte, que cuando existe un empate en la ponderación éste debe dirimirse a favor de la ley, es decir, que en la fórmula de la ley de la ponderación la expresión «tanto mayor» significa «por lo menos en un grado equivalente». Asimismo, sostengo que esta exigencia implica una carga de argumentación a favor del derecho fundamental. Sin embargo, esta afirmación ni es trivial ni supone una contradicción con lo anterior. No es trivial porque este concepto de la ley de la ponderación se opone abiertamente al principio bien arraigado en la tradición iuspublicista anterior al Estado Constitucional, según el cual, siempre que existiese un conflicto entre un derecho individual y el interés general, este último debería prevalecer, incluso a pesar de que el derecho individual sufriese una intervención intensa, correlativa a un favorecimiento sólo leve del interés general. Comparada con este principio, la versión de la ley de la ponderación que defiende implica desde luego una carga de argumentación a favor del derecho fundamental, en el sentido de que exige que el grado de favorecimiento del principio legislativo deba ser por lo menos equivalente para que la medida legislativa sea constitucional. Esta versión define un umbral mínimo de proporcionalidad.

2. *Empates a favor del derecho fundamental o de la ley*

Hecha esta aclaración, debe decirse que la diferencia entre los anteriores planteamientos y los de Lopera estriba en que esta autora bautiza la carga de argumentación *in dubio pro libertate* con un nombre distinto. Desde su punto de vista, una carga de argumentación que pueda llamarse de este modo no sólo debe exigir de la medida legislativa una idoneidad de igual grado para favorecer el principio constitucional perseguido por el Parlamento, sino una idoneidad de grado mayor. En este aspecto, entonces, la diferencia entre su planteamiento y el mío es meramente terminológica. Se trata de una logomaquia, que

como todas, no merecen ser discutidas, pues sólo se resuelven prefiriendo una u otra definición. Este tipo de problemas, diría Wittgenstein, no merecen ser resueltos sino disueltos. A favor de mi definición de la carga de argumentación *pro* derecho fundamental sólo he de decir que consigue expresar el mínimo de proporcionalidad que se exige a las intervenciones en los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, que supera la concepción clásica de predominio del interés general y que a la vez logra compatibilizarse con el respeto del margen de acción que la democracia representativa atribuye al Parlamento en la regulación y el desarrollo de los derechos.

Con todo, debo reconocer que la definición de carga de argumentación a favor de los derechos fundamentales que utiliza Lopera ha sido utilizada por otros autores. Como he mencionado en otro lugar (25), el sentido que Lopera atribuye a la carga de argumentación *in dubio pro libertate* es el que Robert Alexy le otorga en el capítulo final de la *Teoría de los derechos fundamentales*. Este sentido parece oponerse al entendimiento de la ponderación que este autor defiende en el *Epílogo* a dicha teoría, escrito quince años después. En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, que coincidiría con la máxima «*in dubio pro libertate*» (26), según la cual, los empates en la ponderación se deberían resolver a favor de los derechos de libertad (27). Por su parte, en el *Epílogo* a la *Teoría de los derechos fundamentales*, este autor sostiene que los empates deben jugar a favor de la ley; en ellos, la decisión que se enjuicia debe aparecer como «*no desproporcionada*» y, por tanto, debe ser declarada constitucional (28).

Mucho más interesante que intentar dilucidar la logomaquia y establecer cuál es la mejor definición para la expresión «regla de argumentación a favor del derecho fundamental», resulta ser el problema de fondo que plantean los agudos análisis de Lopera, y que está implícito en la contradicción que surge entre lo sostenido por Alexy en la *Teoría de los derechos fundamentales* y en el *Epílogo*. Dicho problema de fondo es si la regla argumentativa, defendida por Alexy en el *Epílogo* y por mí en el libro, según la cual los empates deben ser

(25) C. BERNAL PULIDO: «Estructura y límites de la ponderación», *op. cit.*, págs. 230 y sigs.

(26) De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor «razones más fuertes». Cfr. R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 549 y sigs.

(27) *Ibíd.*, pág. 550.

(28) Cfr. R. ALEXY: «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, págs. 44 y sigs.

dirimidos a favor de la ley, debe ser sustituida por una regla que ordene que los empates deban ser resueltos a favor del derecho fundamental.

Para formarse una opinión bien fundamentada sobre este aspecto es necesario aclarar que la discusión sobre una u otra manera de resolver los empates sólo adquiere sentido cuando el principio que justifica la intervención en el derecho fundamental no es otro derecho fundamental, sino un bien colectivo. Si se trata de una colisión entre derechos fundamentales, el principio *in dubio pro derechos fundamentales* se anula porque juega de la misma manera a favor de los dos derechos en conflicto. Con todo, dentro de esta hipótesis de colisión entre dos derechos fundamentales puede pensarse en diversas posibilidades. Si colisionan dos libertades no sólo resulta irrelevante el principio *in dubio pro derechos fundamentales*, sino también el principio *in dubio pro libertate*. Este principio jugaría a favor de ambas libertades y sus efectos sobre cada una de ellas se anularían mutuamente. Sin embargo, el principio *in dubio pro libertate* no sería irrelevante si la colisión se planteara entre una libertad y un derecho social o un derecho democrático. Si se aplicase el principio *in dubio pro libertate* se privilegiaría una visión liberal de la Constitución y como resultado el empate se resolvería a favor de la libertad y en contra del derecho social o democrático que el Legislador intentara favorecer. No obstante, esta aplicación del principio *in dubio pro libertate*, defendida por el primer Alexy y por Lopera, resulta claramente incompatible con los principios de un Estado social y democrático de Derecho como el que instituye la Constitución Española. Como sostengo en el libro (29), en este tipo de Estado los derechos de libertad tienen la misma jerarquía constitucional que los derechos sociales y los derechos democráticos. Por tanto, no resulta ilegítimo que el Legislador intervenga en una libertad para favorecer en un mismo grado la realización de un derecho social o de un derecho democrático. La defensa del *in dubio pro libertate*, tal como propone Lopera, sería compatible con un modelo de constitución, de sociedad o de Estado como el del *Liberalismo Político* de Rawls, fundado un orden lexicográfico entre principios de justicia, pero incompatible con el modelo de Estado que establece la Constitución Española (30).

(29) Cfr. C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., Capítulo III.

(30) Cfr. J. RAWLS: «The Basic Liberties and Their Priority», en ID.: *The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, 1983. La base de un modelo como el propuesto por Rawls es la regla de absoluta prioridad de su primer principio de justicia sobre el segundo, en el sentido de que «la libertad sólo puede ser restringida a causa de la libertad». La idea de un orden semejante debe ser descartada, porque, además de ser incompatible con el Estado social y democrático de Derecho, presupone la posibilidad de separar absolutamente las libertades de los derechos sociales (en especial del derecho a un mínimo vital) y de los bienes colectivos ligados con el segundo

De lo anterior resulta que el ámbito en el que se centra el debate entre las dos formas de resolver los empates es el de las colisiones entre los derechos fundamentales individuales y los bienes colectivos. Debo anticipar que, a mi modo de ver, la defensa de una regla argumentativa que prescribiera que en el control de constitucionalidad de las leyes los empates en la ponderación debiesen dirimirse a favor del derecho fundamental y no a favor de la determinación legislativa de proteger un bien colectivo, vulneraría principios básicos de la democracia representativa. En primer lugar, esta manera de configurar la ponderación reduciría demasiado el margen de acción política del Parlamento y de configuración de la Constitución, y de este modo contradiría el mayor de los significados del principio democrático, según el cual es al Parlamento a quien compete armonizar el grado en que los derechos individuales y los bienes colectivos deben realizarse. Desde luego, esta competencia parlamentaria no es omnímoda, tiene siempre los límites que impone el marco constitucional. Sin embargo, estos límites no pueden elevarse hasta la altura de exigir al Parlamento que las intervenciones en los derechos fundamentales sólo puedan ser legítimas cuando impliquen un favorecimiento mayor de los principios que el Parlamento persiga. De un lado, la elevación hasta esta altura llevaría a un modelo de sociedad individualista en la que sería muy difícil favorecer la realización de cualquier bien colectivo. Incluso por esta vía se desconocería la evidente circunstancia de que en muchas oportunidades el logro de un bien colectivo se justifica por la protección de un derecho individual y redundaría a favor de ésta, como cuando se protege el medio ambiente, para cuidar la vida, la salud y la integridad física del individuo. En todo caso, este modelo de sociedad individualista también parece incompatible con aquél que prefigura el Estado social y democrático de Derecho. De otro lado, una magnitud tan alta de protección de los derechos individuales frente a los bienes colectivos implicaría una reducción del margen de apreciación del Parlamento y un correlativo aumento de las competencias de control del Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional tendría entonces la competencia para declarar inconstitucional toda ley que con *certeza* —y se enfatiza en este término— no lograra alcanzar la protección del bien colectivo que se propone el Parlamento en un grado superior al derecho fundamental. Como consecuencia, el Parlamento no podría expedir ningún tipo de legislación experimental. Pero no sólo ello, sino que toda circunstancia que implicara una eficacia menor de la legislación de-

principio de justicia. La garantía de un mínimo vital y el respeto de los derechos democráticos son condiciones indispensables para que las libertades no permanezcan sólo en la retórica. *Cfr.* sobre este aspecto: R. ALEXY: «John Rawls' Theorie der Grundfreiheiten», en W. HINSCH y otros (eds.): *Zur Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt, 1997, págs. 282 y sigs.

vendría una razón para declarar la inconstitucionalidad de la ley. Desde luego, esta solución contraría de plano la presunción de constitucionalidad de la ley y la idea básica del Estado democrático según la cual no es el Tribunal Constitucional sino el Legislador quien dispone de un margen de apreciación sobre la eficacia de la legislación. En una democracia, la falta de certeza acerca de la eficacia de la legislación se suple con la legitimidad democrática que ofrece el principio de la mayoría parlamentaria y, por el contrario, no se convierte en una razón para que la jurisdicción constitucional se transforme en un centro de impulsión política, de análisis de la manera óptima de perseguir los fines constitucionales y la protección de los bienes colectivos.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que la importancia que tienen los derechos fundamentales en general, y la libertad en particular, dentro del Estado Constitucional, no juegue ningún papel en la ponderación. Por una parte, puede decirse que quizás la regla argumentativa que ordena solucionar los empates en la ponderación a favor del derecho fundamental sea la que deba aplicarse, ya no en el control de constitucionalidad de las leyes, sino en el control —por ejemplo, por vía de amparo— de otros actos del poder público, como los actos administrativos o las sentencias. Es evidente que las actuaciones de la Administración y del Poder Judicial no están revestidas de la legitimidad democrática que cubre a las leyes y que los ámbitos de apreciación de estos órganos del Estado son mucho menores que el ámbito de apreciación y de configuración de la Constitución de que dispone el Parlamento. Por esta razón, cuando se trata del control de constitucionalidad de los actos administrativos y de las sentencias, en caso de empate entre el grado de intervención en el derecho fundamental y el grado de realización de un bien colectivo prohijado por la Administración o la Jurisdicción sí debería prevalecer aquél. La admisibilidad de esta prevalencia se hace incluso más ostensible en algunos ámbitos de la actividad jurisdiccional, como la aplicación del derecho penal, en donde el principio llamado a dirimir los empates debe ser el *in dubio pro reo* o, con mayor precisión, el *in dubio pro derechos fundamentales del reo*.

Por otra parte, los principios *in dubio pro derechos fundamentales* e *in dubio pro libertate* sí juegan un papel en toda ponderación, incluso en aquéllas en las que se controla la constitucionalidad de una ley. Como sostengo en el libro (31) y en otros escritos posteriores (32), la forma quizás más desarrollada para explicitar la ley de la ponderación es la llamada «fórmula del peso», pro-

(31) Cfr. C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pág. 786.

(32) C. BERNAL PULIDO: «Estructura y límites de la ponderación», op. cit.; ID.: «The Structure and the Limits of Balancing», op. cit.; ID.: «On Alexy's Weight Formula», op. cit.

puesta por Alexy. Mediante la fórmula del peso puede determinarse cuál de los principios en conflicto debe prevalecer en la ponderación, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Esta operación depende de tres variables: el grado de importancia de la intervención de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los mismos y la certeza de las premisas relevantes en el razonamiento (33). En la fórmula, a estas variables puede asignarse un valor numérico mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de importancia de un principio en un caso concreto puede ser «leve», «medio» o «intenso».

Pues bien, la carga de argumentación a favor del derecho fundamental cumple una función capital en relación con la segunda variable, es decir, el peso abstracto. Esta variable se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen —por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa—, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. Así, por ejemplo, eventualmente puede reconocerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo, o como sostiene Joseph Raz, porque la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos (34). De la misma ma-

(33) Esta fórmula tiene la siguiente estructura:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio P_i en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^{-1} , o sea $1/2$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $1/4$. Cfr. en castellano: R. ALEXY: «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 56. Con mayor profundidad: R. ALEXY: «Die Gewichtsformel», en J. JICKELI, M. KREUTZ y D. REUTER (eds.): *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003, págs. 771 y sigs.

(34) Cfr. J. RAZ: *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, Capítulo IV.

nera, la jurisprudencia constitucional en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana (35).

En relación con esta variable, la carga de argumentación a favor del derecho fundamental señala que en la determinación del peso abstracto debe atribuirse un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales frente a otros principios constitucionales, como por ejemplo los bienes colectivos, por cuanto los derechos son el fin último del Estado. En segundo lugar, y también por efecto de esta carga de argumentación, que en este aspecto se suma al principio de constitucionalidad, debe atribuirse un peso abstracto mayor a los llamados principios constitucionales de primer grado, es decir, a los principios que aparecen literalmente institucionalizados en la Constitución, frente a los principios constitucionales de segundo grado, o sea, aquéllos que el Legislador puede crear en ejercicio de su margen de acción para la determinación de fines políticamente relevantes (36).

2. *La intensidad del juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

a) *La modulación de la intensidad en el control de proporcionalidad*

Una de las ventajas que ofrece el principio de proporcionalidad frente a otros criterios metodológicos alternativos para la determinación del contenido de los derechos fundamentales es la posibilidad de modular la intensidad de su aplicación en el control de constitucionalidad. En el libro definiendo un modelo de tres intensidades para la aplicación del tercero de los subprincipios de la proporcionalidad, es decir, el de proporcionalidad en sentido estricto. Este modelo parte de la base de una modulación de intensidades que ha sido empleada por el Tribunal Constitucional alemán (37) y que es similar, en ciertos aspec-

(35) *Cfr.* con un análisis de la jurisprudencia constitucional española es estos aspectos: C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 770 y 772.

(36) *Cfr.* *ibíd.*, págs. 700 y sigs.

(37) *Cfr.* por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la participación de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmungsurteil*): BVerfGE 50, 290 (333). *Cfr.* un análisis extenso del tema en: M. STELZER: *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Springer, Viena-Nueva York, 1991, págs. 296 y sigs.

tos, a la modulación de intensidades que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos utiliza para el enjuiciamiento de las vulneraciones al derecho a la igualdad (38). De acuerdo con este modelo, según el caso, el Tribunal Constitucional debe llevar a cabo la ponderación con una de tres intensidades: control de evidencia, control de justificabilidad o control material intensivo (39).

El control de evidencia se debe aplicar para enjuiciar las intervenciones leves en los derechos fundamentales. En este tipo de control, una intervención leve debe ser declarada constitucional a menos que sea evidente —y por ello su nombre— que las premisas que acreditan su proporcionalidad en sentido estricto, sean falsas. Esto quiere decir que en este tipo de control se exige un mínimo grado de certeza a las premisas que otorgan fundamento a la medida legislativa y un máximo grado de certeza —la evidencia— a las premisas que el Tribunal Constitucional invoque para la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Este tipo de control depara al Legislador un amplio margen de acción, y con mayor exactitud, un amplio margen de apreciación sobre la certeza de las premisas (40).

En el control material intensivo, en cambio, la desproporción y, por tanto, la inconstitucionalidad, puede declararse sobre la base de premisas cuya fiabilidad sea mínima, aunque no inexistente. A diferencia del control de evidencia, el control material intensivo exige un máximo grado de certeza a las premisas que fundamentan la intervención legislativa. Correlativamente, este control exige un mínimo grado de certeza a las premisas que el Tribunal Constitucional invoque para declarar la inconstitucionalidad de la medida legislativa. Este tipo de control debe aplicarse para enjuiciar las intervenciones intensas del Legislador en los derechos fundamentales. De este modo, si se trata de enjuiciar una medida que interviene intensamente algún derecho, también deberá ser intenso el control que sobre ella despliegue el Tribunal Constitucional. Este Tribunal deberá exigir al legislador una fundamentación de su medida basada en premisas ciertas.

Por último, existe un control revestido de una intensidad intermedia si se le compara con las intensidades de los dos controles anteriores. Se trata del control de justificabilidad o de plausibilidad, que se aplica para las intervenciones de intensidad media en los derechos fundamentales, y que exige también sólo un grado medio de seguridad en las premisas. En este tipo de control, una in-

(38) *Cfr.* por ejemplo, sobre este aspecto: L. H. TRIBE: *American Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola-Nueva York, 1978, Capítulo 16.

(39) *Cfr.* C. BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 796 y sigs.

(40) *Ibíd.*

tervención legislativa no podrá ser declarada inconstitucional si el Legislador puede invocar a su favor premisas por lo menos plausibles o estimables. Correlativamente, en este control se exige al Tribunal Constitucional que las premisas a las que alude para acreditar la inconstitucionalidad de la ley tengan una certeza por lo menos mayor a lo plausible o lo estimable (41).

Como ocurre en todo proceso de aplicación del Derecho, la subsunción de los casos reales bajo los conceptos jurídicos —sobre todo cuando se trata de conceptos indeterminados como los son los de intervención intensa, media o leve, o los de premisas ciertas, plausibles o no evidentemente falsas— puede ser fácil o difícil. En el caso de la modulación de las intensidades del control en la ponderación, un caso es fácil cuando el grado de intensidad de la medida de intervención del derecho fundamental puede calificarse con claridad como *intensa, media o leve*, y cuando las premisas relevantes, bien sea del Legislador o del Tribunal Constitucional, pueden calificarse con claridad como *ciertas, plausibles o no evidentemente falsas*. Por el contrario, un caso es difícil cuando el grado de intensidad de la medida de intervención del derecho fundamental no puede calificarse con claridad como *intensa, media o leve*, o cuando las premisas relevantes, bien sea del Legislador o del Tribunal Constitucional, no pueden calificarse con claridad como *ciertas, plausibles o no evidentemente falsas*. Si aquéllo acerca de lo cual se duda es el grado de intensidad de la medida de intervención en el derecho fundamental (*intensa, media o leve*), deberá concluirse que el caso es difícil en cuanto a la *elección* del tipo de intensidad en el control de la ponderación. Por el contrario, si aquéllo acerca de lo cual se duda es el grado de certeza de las premisas relevantes (*ciertas, plausibles o no evidentemente falsas*), bien sean ellas del Legislador o del Tribunal Constitucional, el caso será difícil en cuanto a la *aplicación* de un determinado tipo de intensidad en dicho control.

Además de la enunciación de los tres tipos de intensidades en el control, en

(41) Hasta este momento, entonces, podemos destacar las diferencias que existen entre estos tres tipos de intensidades en el control de proporcionalidad en sentido estricto de las medidas legislativas de la siguiente manera:

Tipo de control	Certeza exigida a premisas del Legislador	Certeza exigida a premisas del Tribunal Constitucional
Evidencia (Intervenciones leves)	Mínima	Máxima
Material intensivo (Intervenciones intensas)	Máxima	Mínima
Justificabilidad (Intervenciones medias)	Media	Superior a media

el libro formulo dos reglas para la solución de los casos difíciles. Estas reglas constituyen a su vez los criterios que fundamentan la enunciación de las reglas argumentativas que diferencian entre los tres tipos de control y la definición del grado de certeza de las premisas que debe exigirse en cada uno de ellos. Aunque en la primera edición del libro no lo menciono de forma tan explícita como ahora, es claro que mientras la primera de dichas reglas pretende solucionar los casos difíciles concernientes a la *elección* del tipo de control, la segunda busca resolver los relativos a la *aplicación* del tipo de control. De acuerdo con la primera de dichas reglas: «Cuanto más intensa sea la intervención del Legislador en el derecho fundamental, más intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional. Por el contrario, cuanto menos intensa sea la intervención del Legislador en el derecho fundamental, menos intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional y mayor el ámbito de apreciación del Legislador» (42). Por su parte, de acuerdo con la segunda regla: «Cuanto más seguras sean las premisas empíricas, analíticas y normativas relevantes en el examen de proporcionalidad en sentido estricto más intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional. Por el contrario, cuanto menos seguras sean las premisas relevantes en el examen de proporcionalidad en sentido estricto menos intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional y mayor el ámbito de apreciación del Legislador» (43).

La primera regla insta al Tribunal Constitucional a valorar la intensidad de la intervención del Legislador en el derecho fundamental, para *elegir* el tipo de intensidad en el control de proporcionalidad en sentido estricto, en un caso difícil. Por su parte, la segunda regla ofrece al Alto Tribunal un criterio para *aplicar* el tipo de control que haya elegido cuando el examen de la certeza de las premisas presente dificultades. De esta manera, por ejemplo, puede ocurrir que, al tratarse de una intervención intensa en un derecho fundamental, el Tribunal haya elegido llevar a cabo un control material intensivo. Sin embargo, puede ocurrir también que en este caso existan dudas acerca de si las premisas que juegan a favor de la intervención legislativa son ciertas en un nivel alto —como lo exige este tipo de control— o sólo medio o bajo. En otras palabras, puede suceder que no exista certeza sobre la certeza de las premisas, que no se sepa si son ciertas o verdaderas, sólo plausibles o no evidentemente falsas. Entonces, dado que esta duda hace disminuir el grado de seguridad de las premisas relativas a la certeza de las razones del Legislador, el Tribunal deberá disminuir la intensidad en el control. Por el contrario, si este caso fuese un caso

(42) *Ibíd.*

(43) *Ibíd.*, pág. 797.

fácil, y estuviese acreditado con toda seguridad que las premisas fácticas que el Legislador invoca son falsas, el Tribunal deberá aplicar entonces el control material intensivo con todo su rigor.

Cualquier observador puede vislumbrar que el análisis concerniente a la certeza de las premisas podría desembocar en un regreso al infinito. El regreso al infinito podría presentarse porque en los casos difíciles relativos a la *aplicación* de uno de los tipos de control puede que no se tenga certeza sobre la certeza de las premisas. A su vez, entonces, si se sigue esta misma lógica, podría carecerse de certeza sobre la certeza acerca de la certeza de las premisas, y así sucesivamente. Para evitar este regreso al infinito, es imprescindible introducir una regla que exprese una carga de la prueba y una presunción, para dar por ciertas aquellas premisas acerca de cuya certeza no se tiene evidencia. En el libro he introducido esta regla que denominé: «carga de la prueba a favor de la intervención legislativa que opera en la regulación de la intensidad de la ponderación». Conforme a esta regla, «ante la dificultad de evidenciar la certeza de las premisas, debe aplicarse la presunción de constitucionalidad de la ley y entender que la legitimidad de las decisiones del Legislador suple la carencia de seguridad de las premisas en el control de constitucionalidad» (44). En virtud de esta regla, entonces, si en un caso no es posible establecer si las premisas que sustentan la intervención legislativa son ciertas o plausibles deberán considerarse ciertas y de este modo deberá resolverse la ponderación. De modo análogo, si no se tiene certeza acerca de si dichas premisas son plausibles o no evidentemente falsas, según la regla argumentativa, deberán considerarse plausibles.

b) *Síntesis de la objeción*

Lopera sostiene que este modelo no logra reconstruir de forma clara la modulación del control de proporcionalidad. En su opinión, esta falta de claridad se debe a tres razones. En primer lugar, a que no se aclara suficientemente lo que significa «control material intensivo». Esto se debería a que allí se presenta como un caso difícil de control material intensivo aquél en el cual existe una intervención intensa en un derecho fundamental y contra su proporcionalidad en sentido estricto no es posible aducir premisas certeras. Lopera deriva de este ejemplo la conclusión de que en mi modelo en el control material intensivo se exige también al Tribunal Constitucional un máximo grado de certeza

(44) *Ibíd.*, pág. 791.

para declarar la inconstitucionalidad de la medida legislativa. Como es lógico, si esto fuese así no existiría entonces ninguna diferencia entre el control material intensivo y el control de evidencia. En segundo lugar, Lopera estima que las reglas para resolver los casos difíciles de definición de la intensidad del control «tan sólo contienen una reformulación más precisa» de los tipos de control y en realidad no consiguen ofrecer criterios para resolver los casos difíciles. Esta autora señala que si estas reglas se suman a la formulación que hago de la carga de la prueba a favor de la intervención legislativa que opera en la ponderación para el caso en que no se logra evidenciar la certeza de las premisas, el modelo de ponderación que propongo relega la función del Tribunal Constitucional sólo a «un control de evidencia, destinado tan sólo a extirpar exabruptos». Por último, a partir de lo anterior, la mencionada autora propone aplicar mejor la llamada ley epistémica de la ponderación de Alexy como base para la modulación de la intensidad del control en la ponderación. Según esta ley, «cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención» (45).

c) *Análisis de la objeción*

Sobre la base de las consideraciones atinentes a la modulación de la intensidad de la ponderación que anteriormente he presentado, quisiera ahora analizar de forma muy puntual los aspectos comprendidos por esta última objeción.

En primer lugar, debo admitir que Lopera tiene razón en que el modelo que presento en la primera edición del libro acerca de la modulación de la ponderación no es suficientemente claro. De hecho, aspiro a que las consideraciones que aquí he presentado y que aparecerán en la segunda edición contribuyan a aumentar su claridad. En estas nuevas consideraciones sí se hacen explícitos y diferenciados cuáles son los criterios relevantes para la *elección* y la *aplicación* de cada uno de los tipos de control. Con todo, estos criterios no constituyen una corrección del modelo que propongo en el libro, sino sólo una clarificación de su definición y de sus alcances.

Lleva también razón la profesora Lopera cuando sostiene que un caso en que la intervención legislativa en el derecho fundamental sea intensa y las premisas que fundamenten dicha intervención no sean ciertas de ningún modo puede ser un caso difícil, ni en cuanto a la *elección* ni en cuanto a la *aplicación* del tipo de control. Este ejemplo debe ser retirado de la segunda edición del li-

(45) Cfr. R. ALEXY: «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *op. cit.*, pág. 55.

bro. En este caso, como bien repara la mencionada autora, el Tribunal Constitucional debe *elegir* el control material intensivo y al *aplicarlo* debe declarar la inconstitucionalidad de la ley. Más bien, un caso difícil en cuanto a la *aplicación* del control material intensivo será aquél en donde no puede demostrarse qué tan ciertas o verdaderas son las premisas que fundamentan la intervención legislativa. Si no se tiene certeza sobre la certeza o verdad de las premisas, debe aplicarse entonces la presunción de constitucionalidad de la ley. De este modo, si se duda acerca de si las premisas invocadas por el Legislador son verdaderas o plausibles deberá considerarse que son verdaderas; y si se duda acerca de si son plausibles o no evidentemente falsas deberá considerarse que son plausibles (46). Con todo, a partir del error en el ejemplo de caso difícil no puede derivarse la conclusión de que en el modelo que propongo el control de evidencia sea idéntico al control material intensivo. Ambos controles se diferencian entre sí y se distinguen a su vez del control de plausibilidad, tal como aparece en el cuadro incluido páginas atrás. Por esta misma razón, tampoco puede decirse que el único tipo de control que en definitiva funcione en el modelo propuesto sea el control de evidencia. Los tres controles tienen definidos sus ámbitos y criterios de aplicación.

Por su parte, las reglas para solución de casos difíciles no son únicamente una reiteración de las definiciones de cada tipo de control. Es bien cierto que estas reglas fundamentan la modulación de la intensidad del control de proporcionalidad en sentido estricto y su tipología triádica. Sin embargo, además de ello, las reglas expresan los criterios que deben aplicarse para resolver los casos difíciles relativos a la elección y a la aplicación del tipo de control que corresponda a cada caso.

Por último, debe decirse que, si se observa con detenimiento, la ley epistémica de la ponderación de Alexy representa una formulación más sucinta, pero menos explícita, tanto de las definiciones de los tipos de control, como de las reglas para resolver los casos difíciles. Desde luego, esta ley consigue sintetizar la idea básica acerca de la modulación del control de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, su formulación no explicita con claridad la diferencia entre la *elección* y la *aplicación* de uno de los tipos de control, ni enuncia los criterios que deben orientar la solución de los casos difíciles concernientes a uno u otro proceso. En este aspecto, las reglas argumentativas que aparecen en el modelo que propongo hacen manifiesto aquéllo que en cada hipótesis debe fundamentarse.

(46) En la fórmula del peso, la aplicación de esta regla argumentativa es procedente cuando se tiene dudas —es decir, no existen premisas ciertas— acerca del valor que debe otorgarse a la variable S.

V. CONCLUSIÓN

Para concluir quisiera pretender que estas líneas hayan podido mostrar que de ninguna manera la reconstrucción del principio de proporcionalidad que he propuesto en el libro quiere «restar fuerza normativa a los derechos fundamentales», «ser deferente en exceso frente al Legislador», ni reducir el «papel del Tribunal Constitucional a un control de mínimos, tan sólo facultado para intervenir en casos de inconstitucionalidad manifiesta», como afirma Lopera. Mis planteamientos se encaminan a esbozar un modelo de aplicación de los derechos fundamentales que les permita hacer efectiva su fuerza normativa y hacer manifiesta su función como límites al Legislador y que permita determinar cuál es el ámbito de acción que la Constitución depara al Tribunal Constitucional. Este modelo deja claro que el control del Alto Tribunal de ninguna manera se reduce a un control de mínimos. Incluso el control puede ser de máximos, cuando se aplica el control material intensivo. Sin embargo, el modelo también deja claro que para que el control de constitucionalidad de las leyes pueda considerarse como un control jurídico el Tribunal Constitucional debe centrarse en determinar qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten frente a cada intervención legislativa y nunca debe extender indebidamente su competencia para derivar de los derechos órdenes, prohibiciones o permisos que sus ámbitos normativos no comprenden.