

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DILEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO (*)

GLORIA-PATRICIA LOPERA MESA

La vinculación del Legislador a los derechos fundamentales y su garantía por parte de una jurisdicción constitucional se han convertido en seña de identidad de los estados constitucionales democráticos. Posiblemente sería un diseño institucional sin fisuras, destinado a consumir la secular aspiración de someter la política al derecho, si no fuese por la falta de objetividad que aqueja la interpretación de los derechos fundamentales, la que a su vez torna incierto el alcance de la competencia del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Legislador democrático. Lo anterior ha llevado a cuestionar que la última palabra en la disputa sobre el alcance de los derechos se deposite en un órgano carente de legitimidad democrática. Con todo, nuestra cultura jurídica no parece dispuesta a renunciar al control de constitucionalidad de las leyes, por lo cual, más que debatir sobre su abandono o conservación, en la actualidad los esfuerzos del constitucionalismo se orientan a establecer los límites de la competencia revisora del Tribunal Constitucional y a proponer, de la mano de las teorías de la argumentación, criterios que permitan someter sus decisiones a un control racional, en un intento de cerrar la brecha que para el Estado de Derecho representa este excedente de discrecionalidad en manos del juez constitucional (1).

(*) Comentario al libro de CARLOS BERNAL PULIDO: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

(1) R. Guastini habla de la «incompletud (*incompiutezza*) del Estado de Derecho» para referirse a la desvinculación de los jueces respecto al principio de legalidad que se experimenta en el estado constitucional como efecto de su vinculación preferente a la constitución. Vid. «Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico», en B. MONTANARI (comp.): *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Turín, Giapichelli, 1992, pág. 177.

En este contexto se sitúa la reflexión sobre el principio de proporcionalidad, instrumento argumentativo mediante el cual se pretende que el Tribunal Constitucional cumpla con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible, sin invadir las competencias del Legislador. Ello explica el creciente interés por el tema, manifestado tanto en el considerable número de trabajos teóricos dedicados al mismo como en su extendida utilización por la jurisprudencia constitucional (2). La doctrina española ha sido partícipe de esta tendencia, al punto que la bibliografía sobre el principio de proporcionalidad desde hace algún tiempo puede ser calificada de copiosa (3) y, en algunos casos, poco profunda y reiterativa.

(2) Los principales desarrollos del principio de proporcionalidad se encuentran tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán como en la doctrina alemana, destacándose, entre la profusa bibliografía sobre el tema, los trabajos monográficos de R. VON KRAUSS: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrechts*, Hamburgo, Appel, 1955; P. LERCHE: *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Colonia-Berlín-Munich-Bonn, Carl Heymanns, 1961; B. SCHLINK: *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1976; L. HIRSCHBERG: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Göttingen, Otto Schwarz & Co., 1981; R. DESCHLING: *Das Verhältnismässigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismässigkeit staatlichen Handels*, Munich, Franz Vahlen, 1989; W. LEISNER: *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997; Z. YI: *Das Gebot der Verhältnismässigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1998; A. EMMERICH FRITSCHKE: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtssetzung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000; L. CLÉRICO: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001; R. ALEXYS: *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1.ª ed. alemana, 1986), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; del mismo: «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», trad. C. Bernal Pulido, *REDC*, 66, 2002, donde desarrolla con mayor profundidad las ideas formuladas en éste y otros trabajos anteriores.

Entre los estudios sobre el principio de proporcionalidad desde una perspectiva comparada se destaca la obra colectiva *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, C. F. Müller, 1985; N. EMILIOU: *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, Londres-La Haya, Boston, Kluwer, 1996.

(3) Entre los trabajos dedicados al tema cabe mencionar, por su orden de aparición, los de A. CARRASCO PERERA: «El “juicio de razonabilidad” en la justicia constitucional», *REDC*, 11, 1984; J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ: *El principio general de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Ediciones del Instituto García Oviedo, 1988; N. GONZÁLEZ CUÉLLAR-SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990; J. BARNES: «El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario y comparado», *RAP*, 135, 1994; MANUEL MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Mc. Graw Hill, 1997; ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH: «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, 28, 1997; los trabajos publicados en el número 5 (monográfico sobre el principio de proporcionalidad) de los *Cuadernos de Derecho Público*, 1998; T. AGUADO CORREA: *El principio de propor-*

No es este el caso del libro del profesor colombiano Carlos Bernal, que plasma los resultados de una tesis doctoral juiciosamente elaborada bajo la dirección del profesor José Luis Cascajo Castro. Esta nueva incursión en el principio de proporcionalidad que propone Bernal no sólo tiene el mérito de abordar su objeto con una profundidad y rigor conceptual que hasta ahora no había merecido en la literatura en castellano, sino que además constituye un magnífico ejemplo de los buenos frutos que se obtienen cuando un solvente manejo de las herramientas propias de la filosofía, la teoría del derecho y la argumentación jurídica se aplica al tratamiento de un objeto de investigación delimitado desde la perspectiva de la dogmática constitucional, mostrando así cómo ambos niveles de discurso —el del teórico del derecho y el del jurista dogmático— no están destinados a caminar por sendas paralelas, como suele suceder en nuestro medio, sino que bien pueden, y deben, tender puentes entre sí.

Y ello es posible gracias a la sólida formación de su autor, en la que claramente se destaca la impronta de la obra de Alexy, cuyos planteamientos están presentes a lo largo de todo el trabajo de Carlos Bernal y contribuyen a dotarlo de una gran consistencia teórica. Así, entre otros, la pretensión de corrección, que preside el concepto de derecho formulado por el autor germano, es retomada por Bernal como presupuesto del que se deriva el deber de fundamentación correcta de las decisiones judiciales, que se busca satisfacer con la aplicación del principio de proporcionalidad (4); su modelo de análisis lógico de las decisiones jurídicas es empleado para explicar la función que desempeña el principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales (5); las reglas suministradas por la teoría estándar de la argumentación jurídica, al igual que los desarrollos del autor alemán en materia de proporcionalidad, cumplen un importante papel en la configuración del modelo prescriptivo de aplicación del citado principio propuesto por Bernal; por último, la teoría de los derechos fundamentales formulada por el profesor de Kiel, en particular el concepto de norma de derecho fundamental, la diferencia entre principios y reglas, la concepción amplia del supuesto de hecho y la teoría externa de los límites, sirven al autor como punto de partida para presentar el principio de proporcionalidad como pieza clave de

cionalidad en derecho penal, Madrid, Edersa, 1999; J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000; M. GONZÁLEZ BEILFUSS: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2003; L. PRIETO SANCHÍS: «El juicio de ponderación», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

(4) C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad*, citado, págs. 57 y sigs.

(5) *Ibíd.*, págs. 92 y sigs.

una reconstrucción teórica de los derechos fundamentales en la que se inserta de modo consistente. Sin embargo, contra lo que suele ser habitual en trabajos de juventud, Bernal no se limita a dar cuenta de las ideas de su maestro de Kiel sino que, como sólo logran hacerlo los mejores discípulos, se sirve de ellas como punto de partida para fundamentar sus propias tesis, las que apoya además en una exhaustiva bibliografía, tan bien seleccionada como asimilada, en un riguroso razonamiento que da fe del empeño de su autor por llevar a la práctica las exigencias de la argumentación racional, y en un valiente espíritu crítico, que le lleva no sólo a polemizar con autores contrarios a las posiciones que sostiene, sino a señalar las inconsistencias y complementar las insuficiencias que advierte en los planteamientos de sus propios maestros.

I

Bernal sostiene, como hipótesis principal de su investigación, que el principio de proporcionalidad cumple dos cometidos en la argumentación iusfundamental directamente relacionados entre sí: opera como un criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que vincula al Legislador y, correlativamente, como un instrumento argumentativo para fundamentar el juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos (6). Como hipótesis secundaria, el autor plantea que si bien el principio de proporcionalidad no garantiza la unidad de respuesta correcta, sí satisface en mayor grado las exigencias de racionalidad comparado con otros criterios metodológicos alternativos propuestos para el mismo fin (7). La fundamentación de ambas hipótesis se lleva a cabo tomando como referencia el sistema jurídico español, y particularmente, el papel que el principio de proporcionalidad está llamado a cumplir en el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo el Tribunal Constitucional.

La obra se divide en seis capítulos, distribuidos en tres partes, y sus resultados se sintetizan en 51 tesis (que dan cuenta de las conclusiones obtenidas en los cinco primeros capítulos) y 87 reglas argumentativas (que compendian el modelo de aplicación del principio de proporcionalidad desarrollado en el capítulo sexto).

En el capítulo primero se propone una muy bien lograda reconstrucción conceptual de la función que desempeña el principio de proporcionalidad en el

(6) *Ibíd.*, págs. 63 y sig.

(7) *Ibíd.*, pág. 64.

control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales. Ella se asienta en un entendimiento de la estructura normativa de los derechos fundamentales basada en el concepto de *derecho fundamental en sentido lato*, entendido como «un haz de posiciones y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental» (8), cada una de las cuales garantiza una específica posición iusfundamental o *derecho fundamental en sentido estricto*. Asimismo, se apoya en una reconstrucción de la estructura del juicio de constitucionalidad que parte de la conocida distinción entre dos niveles de fundamentación de las decisiones judiciales: la *fundamentación interna*, orientada a establecer que la decisión contenida en el fallo se deriva lógicamente de las premisas, y la *fundamentación externa*, que consiste en el razonamiento mediante el cual se determina el contenido de las premisas empleadas en la fundamentación interna.

En el juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de los derechos fundamentales, explica Bernal, la *fundamentación interna* se estructura en torno a: una norma general de derecho fundamental que sirve como premisa mayor; la norma legal enjuiciada, que ocupa el lugar de la premisa menor y, finalmente, el fallo o conclusión, que consiste en la norma individual mediante la que se declara constitucional o inconstitucional la norma legal en cuestión. Sin embargo, en sede constitucional la definición de la premisa mayor suele ser especialmente compleja, debido al alto grado de indeterminación que presentan en su mayoría las disposiciones iusfundamentales, que impide al intérprete establecer tras la simple lectura de su texto si un determinado contenido normativo, relevante para la resolver el problema jurídico del caso, está comprendido dentro de su campo semántico. De ahí que este tipo de disposiciones generalmente no estatuyan normas que directamente puedan servir como premisa mayor en un juicio de constitucionalidad, sino que requieran por parte del Tribunal Constitucional la concreción de normas más específicas, las llamadas *normas adscritas de derecho fundamental*, que a la par de estar vinculadas interpretativamente a la disposición que las fundamenta, contienen los datos normativos relevantes para ofrecer respuesta al caso planteado.

Pero la competencia para concretar el significado normativo de los derechos fundamentales conferida al Tribunal Constitucional convive con la facultad que la constitución atribuye al Legislador para incidir en la órbita de tales derechos, bien para coordinar su ejercicio por parte de diversos titulares, promover otros contenidos constitucionales o desarrollar una determinada línea de acción política. De ahí que al momento de concretar la norma llamada a operar

(8) *Ibíd.*, pág. 76.

como premisa mayor del juicio de constitucionalidad, el Tribunal deba tener en cuenta no sólo si la posición afectada por la ley objeto de examen puede ser vinculada interpretativamente a una determinada disposición iusfundamental, sino además si la decisión del Legislador permanece dentro del margen de acción que la constitución le depara o, por el contrario, va en contra de lo que la constitución le ordena o le prohíbe con carácter definitivo.

Cuando el juicio de constitucionalidad requiere la concreción de una norma adscrita el Tribunal debe abandonar el nivel de la fundamentación interna o silogística, para ofrecer una correcta fundamentación externa de la validez de la norma que empleará como parámetro de constitucionalidad de la ley (9). En esta labor intervienen, en primer lugar, criterios materiales que orientan la selección de los concretos contenidos que integran el ámbito normativo de una disposición iusfundamental, los cuales son suministrados principalmente por las diversas teorías materiales de los derechos fundamentales, el análisis dogmático acerca del alcance de cada derecho fundamental o el análisis de las funciones que el mismo desempeña. Pero cuando estos no suministran una respuesta unívoca, es preciso acudir a criterios estructurales para resolver las colisiones que se plantean entre los diversos argumentos que resultan de los criterios materiales de interpretación. Es aquí donde el principio de proporcionalidad desempeña su papel, al ofrecer una estructura argumentativa que orienta el razonamiento allí donde existen diversas alternativas de interpretación y a la vez permiten ordenar la fundamentación de la validez de la norma adscrita que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad; norma que a su vez señala el contenido iusfundamental que resulta vinculante para el Legislador bajo las circunstancias del caso. Sin embargo, puntualiza el autor, el principio de proporcionalidad sólo interviene en los llamados *casos difíciles*, esto es, cuando la constitución ofrece razones tanto a favor como en contra de la intervención legislativa en un derecho fundamental y es preciso resolver tal conflicto de razones, concretando una norma adscrita que señale aquello que, en razón de las circunstancias del caso, los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten decidir al Legislador (10).

Una vez definidas la función y ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad, el capítulo segundo se ocupa de analizar las principales objeciones formuladas en contra del citado principio, que para tal efecto son clasificadas en dos grupos: las que apuntan a señalar su carácter irracional y subjetivo y las que, partiendo de la crítica anterior, cuestionan la legitimidad del Tribunal Constitu-

(9) *Ibíd.*, págs. 124 y sigs.

(10) Las tesis 1, 31, 32 y 33 sintetizan el planteamiento del autor sobre el *status* jurídico, la función y el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad. *Ibíd.*, págs. 156, 537 y sig.

cional para aplicarlo en el control de constitucionalidad de las leyes. Dentro del primer grupo, pasa revista a los planteamientos según los cuales el principio de proporcionalidad escapa a cualquier intento de aplicación racional debido a su escasa claridad conceptual, a la carencia de puntos de referencia jurídicos que sustenten su aplicación en el ámbito de los derechos fundamentales, a la inconmensurabilidad y dificultad para identificar los bienes y derechos que se enfrentan en la ponderación y, finalmente, al riesgo de desembocar en una jurisprudencia puramente casuista. Aunque el autor admite que buena parte de estas críticas ponen al descubierto importantes problemas a los que se enfrenta la aplicación del principio de proporcionalidad, ninguna de ellas, sostiene Bernal, logra sustraerle por completo su utilidad en el ámbito de la argumentación iusfundamental, ya sea porque plantean problemas comunes a otras formas de razonamiento práctico y, por tanto, resultan extensivas, incluso en mayor medida, a los criterios alternativos al principio de proporcionalidad; o bien porque tan sólo ponen de manifiesto la necesidad de una formulación más precisa y depurada de dicho instrumento, lo que puede lograrse mediante una adecuada reconstrucción dogmática (11).

Por su parte, el argumento de la falta de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad es analizado en el contexto más amplio de la discusión en torno a la problemática legitimidad de la jurisdicción constitucional. El problema de fondo es que el control de constitucionalidad de las leyes genera una tensión entre la competencia del Tribunal Constitucional para asegurar la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales y la competencia de éste último para tomar decisiones que incidan en la órbita de tales derechos; tensión que se torna irresoluble ante la falta de criterios que permitan establecer de manera inequívoca hasta dónde llega la fuerza vinculante de los derechos fundamentales y, con ello, hasta dónde se extiende la competencia del Legislador para intervenirlos y del Tribunal Constitucional para hacerlos valer frente a las decisiones del Parlamento (12). Es por ello que la legitimidad del juez constitucional siempre estará bajo sospecha, con independencia de las estrategias que adopte para fundamentar sus decisiones. Siendo así, y bajo la premisa de que esta deficiente legitimidad sólo puede ser compensada con una correcta fundamentación de sus decisiones, se trata entonces de establecer cuál de los criterios que para ello se emplean ofrece una mayor racionalidad teórica y asegura una mayor racionalidad práctica en el ejercicio de la jurisdicción constitucional (13).

(11) *Ibíd.*, pág. 175.

(12) *Ibíd.*, pág. 204.

(13) El autor enfatiza la distinción entre ambos tipos de racionalidad, precisando su significado en el ámbito de la interpretación constitucional. Por una parte, la *racionalidad teórica*, refe-

Tal comparación se emprende en la segunda parte de la obra, dedicada al análisis de los principales criterios, tanto de índole material como estructural, empleados en la interpretación iusfundamental. Ella se inicia con el capítulo tercero, donde se examinan las llamadas teorías materiales de los derechos fundamentales, que para tal efecto son agrupadas en tres bloques: liberal, democrática y del Estado social. En este punto el análisis se orienta a demostrar que dichas teorías en realidad no representan alternativas al principio de proporcionalidad, pues unas y otro desempeñan una función diferente en la fundamentación de las normas adscritas. Las diversas teorías materiales suministran argumentos para dotar de contenido las disposiciones iusfundamentales a la luz de la ideología y del concepto de persona que está en la base de cada una de ellas: mientras la teoría liberal fundamenta posiciones iusfundamentales de defensa que plantean al estado correlativos deberes de abstención; la del Estado social privilegia la dimensión prestacional de los derechos; finalmente, la democrática fundamenta derechos del individuo a que se produzcan determinados efectos jurídicos como consecuencia de las actuaciones relacionadas con su participación en la vida política (14). Debido a que todas ellas encuentran arraigo en sistemas jurídicos como el español, ninguna puede pretender el predominio sobre las demás; por consiguiente, las posiciones jurídicas fundamentadas por cada una de estas teorías no han de ser concebidas como definitivas o inderrotables, sino como portadoras de una validez *prima facie*, dada su permanente posibilidad de entrar en colisión. Por lo anterior, si bien las teorías materiales son necesarias para dotar de contenido a las disposiciones iusfundamentales, en muchos casos resultan insuficientes porque no suministran los criterios para resolver las colisiones que pueden presentarse a la hora de establecer qué es lo constitucionalmente debido en un determinado caso. Cuando ello sucede se requiere la mediación de criterios estructurales destinados no a reemplazar, sino a complementar el papel que desempeñan los criterios materiales en la justificación de las decisiones del Tribunal Constitucional en los casos difíciles de derecho fundamental.

En el desempeño de dicha función compiten, al lado del principio de proporcionalidad, las teorías del contenido esencial y las llamadas teorías internas

rida a las exigencias que deben satisfacer los conceptos y métodos propuestos por la dogmática jurídica para ser considerados racionales: claridad conceptual y estructural, fundamentación en el ordenamiento jurídico y no contradicción. Por otro lado, la *racionalidad práctica*, que alude a las condiciones que debe satisfacer la fundamentación de una decisión jurídica para ser considerada racional y, con ello, correcta. Se trata en este caso del respeto a las reglas de la lógica y de la argumentación jurídica. *Ibíd.*, pág. 240.

(14) *Ibíd.*, pág. 397.

de los derechos fundamentales. Cada una de ellas descansa en una particular concepción acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales, disímil respecto a las demás, lo que les convierte en criterios de fundamentación mutuamente excluyentes. Así, las llamadas «teorías absolutas» y «mixtas» del contenido esencial comparten una visión escindida de los derechos, en la que es posible distinguir entre un contenido «esencial», indisponible para el Legislador, y un contenido «accidental», que puede ser objeto de limitación (15). Por su parte las teorías internas conciben a los derechos fundamentales como entidades normativas cuyo contenido viene delimitado originariamente con carácter definitivo, cuyos «límites» (si es que se admite esta forma de hablar) no provienen de fuera, sino que son «inmanentes» al derecho mismo. De este modo, no caben excepciones o ulteriores limitaciones al contenido de los derechos fundamentales por parte del Legislador; pero el precio de esta inderrotabilidad es una considerable reducción del ámbito normativo de los derechos, necesaria para minimizar sus posibilidades de entrar en conflicto con otras normas. Así pues, desde el enfoque propuesto por la teoría interna, la tarea del Tribunal Constitucional se reduce a «descubrir» el contenido originario o verdadero del derecho fundamental relevante en el caso y establecer si la ley enjuiciada afecta o no una posición perteneciente al ámbito normativo del derecho en cuestión.

Ambos planteamientos son sometidos a una aguda crítica en el capítulo cuarto de la obra, en la que se pone de manifiesto que tanto las teorías del contenido esencial como las teorías internas intentan dotar de objetividad la interpretación de los derechos fundamentales a partir de reconstrucciones conceptuales aquejadas por importantes problemas de racionalidad teórica. Asimismo, ninguna de ellas hace frente a los problemas reales que plantea la argumentación iusfundamental en los casos difíciles, ocultos bajo el manto de un exagerado cognoscitivismos que se resuelve en pura subjetividad del intérprete. Lo anterior da lugar a un «déficit de fundamentación» de las decisiones del Tribunal Constitucional y, con ello, al ejercicio de un poder discrecional no sometido a fiscalización alguna (16). Ante estas deficiencias, Bernal defiende la superioridad de la teoría externa o del contenido amplio de los derechos fundamentales, basada en la distinción entre un ámbito inicial de protección *prima*

(15) Que lo «esencial» del derecho pueda determinarse en abstracto o de acuerdo a la cultura jurídica existente en cada momento histórico, marca la diferencia entre las versiones espacial y temporal de la teoría absoluta. Por otra parte, que las limitaciones que recaen sobre el contenido «accidental» del derecho deban ser o no justificadas, marca la diferencia entre la llamada teoría mixta o ecléctica y las teorías absolutas del contenido esencial.

(16) C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 471.

facie y un ámbito de protección definitiva, que se obtiene tras poner en relación el primero con las demás normas del sistema y resolver las colisiones que surgen al determinar el contenido del derecho frente a cada caso concreto. Esta concepción, sobre la que se apoya el principio de proporcionalidad, representa una mejor aproximación teórica a la compleja estructura normativa de los derechos fundamentales y vincula la determinación de su contenido a una argumentación mucho más depurada y exigente de la que requieren otras teorías estructurales, lo que permite acotar y hacer visible el margen de discrecionalidad del que dispone el juez constitucional (17).

Pero esta decidida defensa del principio de proporcionalidad requiere no sólo acreditar las desventajas que presentan otros criterios alternativos, sino también ofrecer una reconstrucción conceptual del mismo que satisfaga las exigencias de la racionalidad teórica, al igual que un modelo para su aplicación que señale las condiciones bajo las cuales pueda obtenerse la mayor racionalidad práctica en el control de constitucionalidad de las leyes. Tal es el objeto de la tercera parte de la investigación que comienza, en el capítulo quinto, con un análisis del *status* jurídico y del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, dirigido a colmar la falta de precisión conceptual que aqueja a esta figura dogmática. Sobre la primera cuestión, y tras examinar el alcance de las tesis sostenidas por la doctrina española, que lo caracterizan como un *principio general del Derecho* que orienta la interpretación iusfundamental y, por otra parte, como un *límite de los límites de los derechos fundamentales*, Bernal retoma la tesis avanzada en el capítulo primero de la obra, donde se afirma que su *status* conceptual es el de *criterio estructural* para la determinación del contenido de los derechos vinculante para el Legislador. Prosigue en esta labor de esclarecimiento conceptual del principio de proporcionalidad precisando su relación con otras figuras dogmáticas que intervienen en la fundamentación externa de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad, tales como los cánones tradicionales de la interpretación jurídica, los criterios específicos de la interpretación constitucional, el método de la ponderación y la noción de contenido esencial. Cabe aquí destacar la reinterpretación que propone de este último concepto, en un intento de dotar a la cláusula prevista en el artículo 53.1 CE de un significado que permita hacerla operativa en la interpretación constitucional y a la vez compatible con el principio de proporcionalidad (18).

(17) *Ibíd.*, págs. 458 y sigs.

(18) Bernal estipula que el llamado *contenido esencial* estaría integrado «por todas las normas y posiciones *definitivas* que pueden adscribirse a una disposición iusfundamental». En los casos fáciles dicha adscripción puede hacerse sin ayuda del principio de proporcionalidad, con lo

Posteriormente aborda la relación de este último con la estructura normativa de los derechos fundamentales a partir de la distinción entre reglas y principios, destacando la implicación recíproca que existe entre el principio de proporcionalidad y las normas iusfundamentales con carácter de principio. En cuanto a la calificación de una norma como regla o principio, el autor sostiene que, más que a una cualidad de la norma determinable en abstracto, aquélla responde al modo en que la norma se relaciona con el resto del ordenamiento jurídico atendiendo a las circunstancias del caso a decidir. De tal suerte que existiría una correlación entre la caracterización de un caso como *fácil* o *difícil*, la interpretación de las normas iusfundamentales relevantes como *reglas* o *principios* y su aplicación directa mediante *subsunción* o previa intervención del *principio de proporcionalidad*, respectivamente (19).

Con relación al fundamento constitucional del citado principio, Bernal sostiene que este se deriva, ante todo, del carácter jurídico de los derechos fundamentales, una vez concebidos como principios o mandatos de optimización. Esta tesis, proyectada en el sistema jurídico español, permite sostener que el artículo 53.1 CE brinda cobertura jurídica a la utilización del principio de proporcionalidad, en la medida en que dicho instrumento resulta necesario para determinar el contenido esencial (equivalente al contenido definitivo) de las normas iusfundamentales que ostentan carácter de principios. Por otra parte, complementan este fundamento jurídico positivo los artículos 1.1 CE, referidos al valor justicia y al principio del Estado de Derecho, y 9.3 CE, en tanto el principio de proporcionalidad coincide parcialmente con el de interdicción de la arbitrariedad (20).

II

La obra se cierra con un extenso capítulo dedicado a la formulación de un modelo normativo de aplicación del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamen-

que en estos eventos la garantía del contenido esencial opera de modo independiente de tal principio. No ocurre igual en los casos difíciles, donde la determinación del contenido definitivo de los derechos, esto es, del contenido esencial, resulta de la aplicación del principio de proporcionalidad. De este modo, entre ambos conceptos no se plantearía una relación de identidad, como sostienen las versiones tradicionales de la llamada «teoría relativa» del contenido esencial, sino una relación de implicación parcial. *Ibíd.*, págs. 560 y sigs., 607 (tesis 42).

(19) *Ibíd.*, págs. 588 y sigs. 608 y sig. (tesis 44 a 50).

(20) *Ibíd.*, págs. 593 y sigs. 609.

tales. Tal reconstrucción se centra en la estructura del principio de proporcionalidad cuando opera frente a intervenciones en posiciones iusfundamentales de defensa, esto es, en su vertiente de «prohibición de exceso» (*Übermassverbot*) (21).

En primer lugar se examinan dos presupuestos necesarios para que tenga lugar la aplicación del principio de proporcionalidad: la *adscripción prima facie* a una disposición iusfundamental de la norma o posición que se ve afectada por la ley objeto de control; posteriormente, la calificación de la ley enjuiciada como una *intervención en un derecho fundamental*. Frente a uno y otro se postulan diversas reglas que tienden a una interpretación amplia tanto del supuesto de hecho iusfundamental como del concepto de intervención en el mismo, en consonancia con la teoría externa o del contenido amplio de los derechos que el autor asume como punto de partida (22).

A continuación el autor emprende una detallada reconstrucción de la estructura argumentativa de cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*, cuyo resultado se plasma en un nutrido conjunto de reglas argumentativas destinadas a orientar su aplicación al control de constitucionalidad de las leyes (23). En las páginas siguientes pretendo destacar las ideas que están en la base del mismo y analizar algunos aspectos que, a mi juicio, resultan especialmente problemáticos.

Como punto de partida cabe afirmar que toda propuesta de aplicación del principio de proporcionalidad expresa un modo de resolver el dilema que está en la médula del estado constitucional democrático: garantizar la máxima resistencia normativa de los derechos fundamentales, su vocación de «triumfos frente a la mayoría», y asegurar a la vez un máximo respeto por la libertad decisoria del Legislador. Mientras lo primero supone, en el plano funcional, ampliar la competencia revisora del Tribunal Constitucional, lo segundo implica restringirla. Fiel a su lógica, el principio de proporcionalidad descansa en una ponderación entre ambas exigencias según el criterio de «*cuanto más intensa sea la intervención legislativa en un derecho fundamental, tanto más intenso*

(21) Aunque al final se mencionan las variaciones que dicha estructura presenta cuando dicho principio se aplica al examen de intervenciones en derechos de prestación en sentido amplio, en su vertiente de «prohibición de protección deficiente» (*Untermassverbot*). Vid., las reglas 81 a 87, *ibíd.*, págs. 800 y sigs.

(22) Vid. con relación a la *adscripción prima facie*, las reglas 1 a 12, *ibíd.*, págs. 624 y sigs; respecto al concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental, las reglas 13 a 16, pág. 665.

(23) *Ibíd.*, págs. 686 y sigs. (reglas 17 a 80).

será su control por el Tribunal Constitucional». Sin embargo, acaso el punto de optimización entre las contrapuestas exigencias del constitucionalismo y la democracia sea, al igual que sucede con la tesis de la «única respuesta correcta», tan sólo un ideal regulativo destinado a orientar el diseño de los instrumentos argumentativos empleados en el control de constitucionalidad de las leyes. De ahí que los resultados de dicha ponderación, expresados en cada concreto modelo de aplicación del principio de proporcionalidad, no alcancen este (acaso imposible) punto de equilibrio sino que más bien tiendan a inclinarse hacia uno u otro de los extremos en tensión.

En el modelo que propone Bernal la balanza se inclina decididamente a favor del Legislador. Esta elección resulta del todo coherente con su modo de concebir la relación entre la ley los derechos fundamentales: en contra de la desconfianza propia del constitucionalismo de raíz liberal, que atrinchera los derechos como un «coto vedado» al Legislador y deposita su garantía en una instancia independiente del poder de las mayorías, el autor sostiene que «*el Legislador no debe ser visto como un “enemigo” de los derechos fundamentales y en general de la Constitución*» ya que esta «*no vale únicamente ‘en contra’ de la legislación, sino sobre todo “mediante” la legislación*». Desde esta perspectiva el Parlamento, antes que potencial amenaza, es «*la sede natural y primera en donde se concretan los derechos fundamentales y los demás enunciados constitucionales*» (24). Depuestas las reservas frente al Legislador, y concebida la ley, antes que un límite, como una fuente de derechos fundamentales, están sentadas las bases para construir un modelo de aplicación del principio de proporcionalidad destinado a operar como un control de mínimos y en cuya fundamentación adquiere un especial protagonismo la presunción de constitucionalidad de las leyes, en detrimento de la resistencia normativa de los derechos fundamentales.

1. Esta prevalencia es clara en el diseño del *subprincipio de idoneidad*, compuesto por dos etapas: el examen de la *legitimidad del fin de la intervención* y de la *idoneidad de la medida legislativa respecto a su fin mediato*. Si bien en esta fase temprana de aplicación del principio de proporcionalidad una mayor consideración de las razones del Legislador está en buena medida justificada por la necesidad de evitar prematuras declaraciones de inconstitucionalidad débilmente fundamentadas, conviene resaltar algunos aspectos problemáticos del modelo que propone este autor: por un lado, la disociación entre fines mediatos e inmediatos de la intervención legislativa; por otro, la imposibilidad de cumplir con la carga de probar la inidoneidad de la norma.

(24) *Ibíd.*, pág. 493.

a) *La disociación entre fines mediatos e inmediatos de la intervención legislativa.* Bernal enfatiza la necesidad de distinguir entre el *fin mediato*, que consiste en el principio constitucional de primer o segundo grado que se invoca como justificación constitucional de la medida y, por otra parte, el *fin inmediato*, que constituye una especificación ulterior del primero y consiste en «*un estado de cosas que debe alcanzarse en razón de estar ordenado por un principio constitucional (el fin mediato)*», pues contribuye a la realización del derecho fundamental, el bien colectivo o el bien jurídico protegidos por el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa (25). De este modo, el nexo entre un medio legislativo y el fin que lo justifica no se establece de modo directo, sino a través de una cadena de argumentación compuesta al menos por dos eslabones: el *fin mediato* y el *fin inmediato*, en la que pueden intervenir además *fines intermedios* situados entre uno y otro (26).

Pese a que con la distinción entre fines mediatos e inmediatos se pretende determinar el fin de la norma con el mayor grado de concreción posible y, con ello, conferir una mayor racionalidad al juicio de idoneidad (27), encuentro problemática tal disociación, más aún si se admite la existencia de fines intermedios entre el fin mediato y el inmediato. El problema radica en que uno y otro fin desempeñan funciones diversas en la argumentación, el uno como justificación constitucional de la medida (fin mediato) y el otro como parámetro directo para analizar la idoneidad de la misma (fin inmediato). De este modo existe el riesgo, bastante frecuente en la práctica constitucional, de invocar, como fines mediatos, principios constitucionales que en realidad guardan una relación bastante remota con la medida legislativa enjuiciada. Principios que a la postre serán los que se ponderen con los derechos fundamentales afectados por la intervención y a los que podrá asignárseles un elevado peso abstracto en dicha ponderación.

Para apreciar con mayor claridad esta distinción y los problemas que puede originar valga referirnos a uno de los ejemplos que propone el autor, el caso decidido en la STC 161/1997, donde se examinaba la constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal, norma que sanciona la negativa de los conductores a someterse a pruebas para comprobar la conducción bajo efectos del alcohol u otras drogas. En la sentencia se invocan como *fines mediatos* que jus-

(25) *Ibíd.*, pág. 713.

(26) *Ibíd.*, pág. 716.

(27) Como señala Bernal, «*cuanto más general sea la determinación del fin mediato del Parlamento, mayor será el número de medidas legislativas que revistan una idoneidad aparente para fomentarlo y menor será la racionalidad y precisión con las cuales el Tribunal Constitucional podrá aplicar el subprincipio de idoneidad*» (*ibíd.*, pág. 714). Vid, respecto al fin mediato, las reglas 23 y 24 de aplicación del principio de proporcionalidad propuestas por este autor (págs. 715).

tifican la intervención: la protección de la vida e integridad personal y la dignidad en el ejercicio legítimo de la función pública; sus correlativos *fines inmediatos* son: la protección de la seguridad del tráfico rodado y la obediencia a la autoridad pública, respectivamente. En este ejemplo puede verse que la apelación a la «protección de la vida e integridad personal» como fin mediato que fundamenta la penalización de la negativa a someterse a la práctica de un test de alcoholemia, permite dotar a la norma penal enjuiciada de un principio justificatorio al que es posible asignar un elevado peso abstracto en la ponderación, el cual resulta decisivo para avalar la constitucionalidad de la medida, pese a que la relación entre la conducta penalmente sancionada y la lesión o puesta en peligro de la vida y la integridad de las personas es, en el mejor de los casos, bastante remota.

Otra evidente falta de conexión entre fin mediato y medida legislativa se aprecia en la STC 136/1999 donde se apela de nuevo a la «protección de la vida e integridad personal» como fin mediato que justifica la penalización de cualquier forma de colaboración con banda armada. Una vez más el autor retoma este caso para ilustrar la relación de tipo analítico que existe entre las diversas clases de fines. En este caso distingue el *fin mediato* («protección de la vida»), del *fin inmediato* («contribuir a evitar la realización de actos de colaboración con banda armada»), y entre ambos se ve obligado a situar un *fin intermedio* («contribuir a proteger la vida de todos los individuos de cualquier tipo de ataque proveniente de acciones terroristas») (28). Por mi parte encuentro problemas para establecer un nexo de tipo analítico entre fin mediato e inmediato, más aún teniendo en cuenta que en el caso decidido en la sentencia la colaboración con banda armada consistía en la cesión por parte de un grupo político de sus espacios de propaganda electoral para facilitar la difusión de un mensaje de ETA (29). Lo que sí parece claro es que justificar una intervención legislativa con base en principios tan alejados la finalidad concreta que se emplea para examinar su idoneidad, en lugar de introducir racionalidad a la argumentación, sirve como recurso fácil para, como ocurre en materia penal, justificar el adelanto en las barreras de protección mediante la tipificación de delitos de peligro (30).

(28) *Ibíd.*, pág. 726.

(29) Valga aclarar que en la sentencia se declara inconstitucional este tipo penal, no por la desconexión entre fines mediatos e inmediatos sino por la desproporción del marco penal abstracto en relación con el amplísimo elenco de conductas de diversa lesividad que podrían ser consideradas actos de colaboración con banda armada.

(30) No es casual que todas las sentencias empleadas por el autor para ilustrar esta distinción tengan por objeto el enjuiciamiento de tipos penales (además de las citadas, la STC 66/1991 y la 55/1996).

Para acortar la enorme brecha que puede extenderse entre fines mediatos o justificatorios, fines inmediatos y medidas legislativas, y evitar que estas últimas se beneficien de la fuerza justificatoria de principios constitucionales con los que guardan una relación bastante remota, convendría establecer límites más estrictos para la adscripción de fines inmediatos a un principio constitucional de primer grado, e igualmente limitar la introducción de fines intermedios entre unos y otros (31). En los casos en que no es posible establecer una relación directa entre fin mediato e inmediato, considero que resulta preferible prescindir de vincular el fin mediato a un principio constitucional de primer grado y, en su lugar, apelar al fin inmediato, o a uno de los llamados fines intermedios, como fin justificador de la medida, así este sólo ostente una jerarquía constitucional de segundo grado (32). Con ello no sólo se garantiza mayor

(31) Atendiendo a esta misma preocupación, M. González Beilfuss propone que la desconexión entre la finalidad inmediata de la medida objeto de control y su finalidad mediata o principio justificante sea considerada como causal para declarar la inidoneidad de la medida legislativa para satisfacer esta última finalidad, pues esta es, en definitiva, la que le suministra cobertura constitucional. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 124.

(32) La distinción entre principios con jerarquía constitucional de primer y segundo grado es empleada por el autor para dar cuenta del rango formal de los fines que, pese a no figurar en el texto constitucional, se invocan como justificación de intervenciones legislativas en derechos fundamentales en virtud de una reserva de ley, ya sea específica (como las contenidas en los artículos. 19, 24.2 o 120 CE) o general (arts. 53.1 y 81.1 CE). Tales reservas de ley, explica Bernal, tiene el carácter de *principios formales* que otorgan al Legislador la competencia para configurar los derechos fundamentales y «transmiten su rango constitucional a los objetivos que el Parlamento persiga mediante sus intervenciones y que no aparezcan prohibidos explícita o implícitamente por la Constitución». Así pues, tales objetivos «ostentan un rango constitucional de segundo grado», bajo el entendido de que «allí donde la Constitución no le fija fin al Parlamento, este tiene libertad para decidirlo» (C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 708). La atribución de jerarquía constitucional de segundo grado a los fines autónomos que persiga el legislador en virtud de las reservas de ley generales y específicas permite plantear la colisión entre los principios constitucionales (de segundo grado) que justifican la intervención legislativa y los principios (de primer grado) que se oponen a esta, como una antinomia entre normas de igual jerarquía, condición necesaria para que pueda existir una ponderación entre ambas. Lo anterior no implica equiparar a todos los efectos ambas clases de principios, pues debe admitirse que los derechos fundamentales contienen razones normativas que ostentan un peso justificatorio mucho mayor que los llamados principios constitucionales de segundo grado. Si no fuera así perdería todo sentido hablar del carácter vinculante de los derechos fundamentales frente al Legislador. Esta diferencia cobrará repercusión en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto donde se debe atribuir un peso abstracto a los diferentes principios enfrentados en la ponderación. Es allí donde esta diferente jerarquía constitucional va a traducirse en la atribución de un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado, en relación con el peso abstracto que se asigne a los derechos fundamentales. Sobre esta distinción vid. R. ALEXU: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, citado, pág. 132.

congruencia entre el parámetro utilizado en el examen de idoneidad y el fin invocado como justificación de la norma enjuiciada, sino que además se evita «inflar» el peso que tendrá este último en la ponderación. De este modo, volviendo al ejemplo de la STC 161/1997, se fijarían como fines mediatos o justificatorios del artículo 380 del Código Penal la protección de la seguridad del tráfico rodado y la garantía de la obediencia a la autoridad, reduciendo a sus justas proporciones el peso de las razones del Legislador (33).

b) *La imposible prueba de la falta de idoneidad.* La deferencia hacia el Legislador también está presente en la *versión negativa y débil del juicio de idoneidad*, que lleva a considerar inidónea una intervención legislativa sólo «cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato» (34). Tal definición, que en sí misma no merece objeción alguna, determina que el juicio de idoneidad tenga por objeto la prueba de un hecho negativo. El problema es que al mismo tiempo el autor establece, con fundamento en la presunción de constitucionalidad de las leyes, una *carga de argumentación a favor de la norma legislativa* (35), que consiste ante todo en una *carga de prueba*, dado que entre la medida legislativa y su fin inmediato existe una relación de índole fáctica que debe acreditarse con base en premisas empíricas. Al margen de que en la fundamentación de esta regla se echa de menos alguna referencia a la carga que igualmente pesa sobre el Legislador de justificar toda intervención en derechos fundamentales (36), con ella se asigna a quien impugna la norma la carga de probar un *hecho negativo indeterminado*, en tanto

(33) No en vano el mismo Legislador, en la sistemática de bienes jurídicos adoptada en el Código Penal, no clasifica el artículo 380 en el capítulo de delitos contra la vida y la integridad sino dentro del grupo de delitos contra la seguridad del tráfico, asignando al mismo la pena prevista para el delito de desobediencia a la autoridad del artículo 556, lo que habla a favor de considerar a estos bienes jurídicos (sin duda legítimos pero no vinculados directamente a un principio constitucional) como *finés mediatos* o justificatorios de la intervención penal.

(34) C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, regla 26, pág. 718.

(35) *Ibíd.*, regla 31, págs. 727 y sig.

(36) Que pesaría sobre el Legislador en razón de su vinculación *prima facie* al ámbito inicial de protección de los derechos fundamentales y a la libertad general de acción que, como señala L. Prieto, opera como la «norma de clausura» del sistema de libertades, por cuya virtud «*los deberes jurídicos, los mandatos y las prohibiciones, representan limitaciones a la libertad, excepciones a la regla general de libertad y que, como tales excepciones, deben justificarse*». «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y Libertades*, 8, 2000, pág. 468. Carga que es admitida por el propio Bernal en otra parte de su obra, cuando sostiene que «*si una norma o posición jurídica se incluye dentro del ámbito de protección inicial de un derecho fundamental, y por tanto, se considera como una norma o posición jurídica prima facie, es al Legislador a quien compete la carga argumentativa de justificar toda medida que intervenga en ella*» (*ibíd.*, pág. 477).

debe acreditar la absoluta inidoneidad de la norma para contribuir al logro de cualquier finalidad legítima (37). Como si no fuese poco, a lo anterior se suma la exigencia de que la falta de idoneidad se demuestre por medio de premisas empíricas muy seguras, pues en caso contrario la medida debe reputarse idónea (38). Puestas en relación las tres reglas anteriores, la prueba de la inidoneidad de una intervención legislativa deviene poco menos que imposible, con lo que el desequilibrio entre la presunción de constitucionalidad de las leyes y la resistencia normativa de los derechos fundamentales resulta patente.

Ante las enormes dificultades que comporta la prueba de las llamadas «negativas indeterminadas», los teóricos de la prueba suelen admitir que en tales casos es necesario dar la vuelta al problema, probando la existencia de un hecho positivo incompatible con el hecho negativo (39). Así, en nuestro caso, la indeterminación sobre los hechos que se debaten en el juicio de idoneidad sólo se resuelve acreditando la existencia de una relación de causalidad positiva de cualquier tipo entre el medio adoptado por el Legislador y su fin inmediato, ante la imposibilidad de probar su absoluta falta de idoneidad. De ahí que resulte más racional y equilibrado 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 (40) y, como contrapartida, configurar el examen de idoneidad

(37) Conviene aquí introducir una precisión. Bernal señala que el examen de idoneidad tiene por objeto acreditar la total inidoneidad de la norma para alcanzar su *fin inmediato* (ibíd., regla 26, pág. 718), el cual sólo se determina una vez se ha establecido cuál es el *fin mediato* de la intervención legislativa, ya que entre ambos media una relación adscriptiva. Por su parte, el fin mediato puede ser cualquier finalidad no prohibida expresa o implícitamente por la constitución (regla 19, pág. 690), pero éste sólo se concreta en el curso de la argumentación que lleva a cabo el Tribunal Constitucional cuando resuelve el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la ley. De modo que, al momento de impugnar la norma, y por tanto de cumplir con su carga de argumentación, el actor se encuentra ante un conjunto infinito de posibles *fines mediatos* y, correlativamente, ante un conjunto infinito de *fines inmediatos* frente a los cuales deberá acreditar la total inidoneidad de la norma, con lo que deviene virtualmente imposible satisfacer la carga argumentativa en cuestión.

(38) Ibíd., regla 33, pág. 731.

(39) Con lo cual, como ha escrito M. Taruffo, en lugar de tratar de establecer que «*Ticio no ha sido propietario de terreno alguno en ningún lugar*», es posible resolver la incertidumbre en sentido contrario si se ofrece la prueba de que «*Ticio es propietario de un terreno en el lugar L*». *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer, Madrid, Trotta, 2002, pág. 141. Este criterio ha sido acogido por el Tribunal Constitucional en la STC 48/1984, cuando señala que «*no puede imponerse con carácter necesario la prueba de los hechos negativos, cuando es más simple la prueba del acto positivo contrario por parte del otro litigante*» (FJ. 5.º).

(40) No encuentro razones para disociar la carga de señalar los fines que persigue la norma, que Bernal atribuye al Legislador (C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, pág. 693, nota 150), de la carga de argumentar la relación de causalidad positiva entre el medio elegido y los fines propuestos.

como un control de evidencia, en el que el grado de seguridad de las premisas empíricas que sustentan la idoneidad sea mínimo, siempre y cuando esta falta de certeza cobre relevancia en el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

2. Por su parte en el *subprincipio de necesidad* se busca establecer si la medida legislativa es la más benigna con el derecho fundamental afectado, comparada con todas aquellas que revistan al menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar fin perseguido con la intervención. También esta segunda fase de aplicación del principio de proporcionalidad se configura como un control de mínimos, destinado a excluir aquellas intervenciones manifiestamente innecesarias; diseño que en general se justifica por el margen para la elección de medios que la constitución depara al Legislador. Sin embargo, este mayor peso de las razones del Legislador se torna especialmente problemático en dos aspectos: por una parte, en el empleo de un rasero más exigente para examinar la idoneidad de los medios alternativos; por otra, en la exclusión de los medios alternativos que impliquen mayores costos financieros.

a) *La asimetría entre el examen de idoneidad de la medida legislativa y de los medios alternativos.* Para acreditar la idoneidad de la medida enjuiciada basta con que esta 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 (41). Por su 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 (42). Esta mayor exigencia en el examen de la idoneidad de los medios alternativos se justifica, según el autor, por el respeto a la competencia de configuración de la constitución en cabeza del Legislador, pues de este modo se reduce el conjunto de medios alternativos que compiten con la medida enjuiciada y, correlativamente, se amplía el margen decisorio del Legislador para adoptar el medio que considere más oportuno.

Por el contrario, otros autores consideran que la igual idoneidad de los medios alternativos sólo debe ser examinada con base en los criterios que han sido tenidos en cuenta en el examen de idoneidad de la medida legislativa. A tal efecto L. Clérico propone la siguiente regla: «*La igual idoneidad de los medios alternativos debe en principio ser examinada desde todas aquellas perspectivas que fueron consideradas al examinar la idoneidad de la medida legisla-*

(41) Regla 27, pág. 720.

(42) Regla 37, pág. 741.

tiva. Una ampliación o reducción de tales perspectivas debe ser justificada» (43). Creo que esta última opción permite una mayor simetría en el tratamiento de los dos elementos que permanecen en tensión a lo largo de todo el juicio de constitucionalidad de la ley, debido a que cuantas más sean las perspectivas desde las que se exija de los medios alternativos un igual o mayor grado de idoneidad, mayor será la probabilidad de que el conjunto de los medios alternativos se reduzca o, incluso, se quede vacío (44), lo que a su vez reduce las posibilidades de encontrar un medio alternativo más benigno (o menos lesivo) con el derecho fundamental (45).

b) *La exclusión de los medios alternativos que impliquen mayores costos.* La búsqueda de medios alternativos puede dar lugar a que la constelación de principios enfrentados se torne más compleja cuando un medio alternativo igualmente idóneo y más benigno con el derecho fundamental afectado por la intervención legislativa supone, no obstante, elevados costos financieros. En tales casos, a la colisión entre el principio iusfundamental afectado por la intervención (P_1) y el principio que justifica la intervención (P_2), se suma el principio que ordena economizar los recursos públicos (P_3). Ello plantea la necesidad de llevar a cabo una ponderación que determine si, dada la igual idoneidad de ambos medios respecto a P_2 , la mayor afectación de P_1 que resulta de adoptar el medio legislativo, se justifica por una mayor satisfacción de P_3 .

Bernal resuelve esta cuestión excluyendo de entrada la consideración de todo medio alternativo que implique mayores costes financieros (46), sin dar

(43) L. CLÉRICO: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, citado, pág. 81.

(44) *Ibid.*, pág. 79.

(45) Como ejemplo de las consecuencias negativas a las que conduce un examen de la igual idoneidad de los medios alternativos que tome en cuenta «todas las perspectivas», Laura Clérico propone el caso decidido por el Tribunal Constitucional alemán frente a una ley que prohibía la circulación de productos alimenticios cuya composición incluyera grasas vegetales similares al chocolate, pero que no eran genuino chocolate (BVerfGE 53, 135). El fin de la medida era proteger la salud de los consumidores y evitar la confusión a que pueden inducir estos productos. El Tribunal Constitucional propuso como medio alternativo a la prohibición de circulación, la obligación de indicar en la etiqueta la composición de dichos productos alimenticios. Un examen de idoneidad llevado a cabo desde todos los puntos de vista habría llevado a excluir este medio alternativo, considerando que su eficacia no era similar al de la prohibición de distribución, por cuanto cabe la posibilidad de que un consumidor desprevenido no lea la etiqueta y adquiera el producto pensando que es de chocolate. Sin embargo se consideró que el medio era igualmente idóneo y más benigno, con lo que a la postre la medida legal fue excluida por innecesaria. *Ibid.*, págs. 80 y sig.

(46) Aunque el autor sólo propone excluir las medidas que no puedan llevarse a la práctica por sus «costes exorbitantes», no establece criterio alguno para determinar cuando un mayor costo deviene «exorbitante», por lo que cabe entender que: a) sólo se excluyen las medidas clara-

lugar a examinar si el mismo resulta menos lesivo que el medio seleccionado por el Legislador; con ello otorga una preferencia automática al principio de economía de los recursos financieros y a la competencia exclusiva del Legislador para decidir su distribución. Si bien no cabe duda de la importancia de estas razones, no es menor la de los argumentos que apoyan la consideración, en el examen de necesidad, de otros medios alternativos más costosos para las arcas públicas, pero acaso menos lesivos para los derechos fundamentales. A favor de esta última solución cabe oponer la prevalencia, así sea apenas *prima facie*, que ostentan los derechos individuales sobre los intereses colectivos en aquellos sistemas jurídicos de raíz liberal, en los que la comunidad política se entiende como un artificio puesto al servicio de la realización de los derechos del individuo, que adquieren primacía respecto al llamado «interés general» y, en este caso, impiden saldar el conflicto planteado con la prioridad incondicionada e inmotivada de las consideraciones de tipo presupuestario y competencial (47). Por otra parte, si la aplicación del principio de proporcionalidad descansa en la interpretación de los derechos fundamentales como principios y, con ello, en la relativización de su fuerza normativa para adaptarla a las exigencias de los principios que juegan en sentido contrario, no parece admisible exonerar de igual tratamiento a estos últimos, confiriendo, como en este caso, carácter inderrotable al interés de la comunidad en economizar sus recursos, en lugar de considerarlo como una razón *prima facie* a favor del medio legislativo, que ha de triunfar frente a las demás en una ponderación.

Sin duda este balance de razones introduce una complejidad adicional en la estructura del subprincipio de necesidad. Pero no creo que ella pueda eliminarse por la vía de excluir *a priori* del conjunto de los medios alternativos aquellos que impliquen mayores costos financieros, y en general que supongan el menoscabo de algún otro interés colectivo, pues el precio de esta simplifica-

mente impracticables desde el punto de vista financiero; así entendida, la regla resulta de poca utilidad, pues no define lo realmente importante, esto es, la suerte de aquellos medios alternativos que suponen costos más elevados, pero no «exorbitantes»; b) la regla excluye toda alternativa que demande un mayor coste financiero que el medio legislativo. Teniendo en cuenta el criterio del «efecto útil» de la interpretación y el respeto por el margen de acción del Legislador para la elección de medios, que preside la configuración del subprincipio de necesidad en el modelo de este autor, parece más viable interpretar la regla en este último sentido. (C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, regla 39, pág. 742).

(47) Sobre la prevalencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, a partir del imperativo de «tomar en serio» al individuo, vid. R. ALEXU: «Derechos individuales y bienes colectivos», en *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. Seña, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 202, 207 y sig.; sobre su aplicación al problema que nos ocupa, vid. L. CLÉRICO: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, citado, págs. 130 y sig.

ción es el menoscabo de la resistencia normativa de los derechos fundamentales. Por tanto, en lugar de una descalificación apresurada del medio alternativo en apariencia más oneroso, convendría compararlo con la medida legislativa, teniendo en cuenta su coste económico real y la intensidad con que ambos medios afectan el derecho fundamental objeto de intervención. Si de ello resulta que el medio alternativo es, en efecto, más costoso y menos lesivo que el escogido por el Legislador, se hace necesario introducir criterios adicionales que permitan optar a favor de uno u otro (48). De confirmarse la medida legislativa como necesaria, se pasará entonces al examen de su proporcionalidad en sentido estricto. Si, por el contrario, triunfa el medio alternativo, habrá de declararse inconstitucional (por innecesaria) la ley objeto de control (49). Si, finalmente, se llega a un empate entre razones igualmente buenas, éste deberá resolverse confirmando la medida legislativa como necesaria, aunque en este caso la existencia de un medio alternativo cobrará relevancia en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, como indicio de que la norma enjuiciada representa una intervención intensa en derechos fundamentales, siguiendo en este punto la propuesta de Bernal (50).

3. Finalmente, en el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* se trata de establecer si la intervención en el derecho fundamental se justifica por la importancia de la realización del fin legislativo. Para ello es preciso efectuar una ponderación entre el principio iusfundamental afectado por la intervención legislativa y el principio que se invoca como justificación de la misma, a fin de fundamentar una relación de precedencia condicionada entre ambos. A diferencia de los juicios de idoneidad y necesidad, cuya configuración está presidida por el respeto a la presunción de constitucionalidad de la ley, en esta última fase de aplicación del principio de proporcionalidad el autor vacila respecto al modo de resolver la tensión ya señalada entre democracia y derechos. Indefinición que se proyecta con especial intensidad en dos importantes cuestiones: por un lado, en la carga de argumentación que permitirá resolver los casos de empate en la ponderación; por otro, en la intensidad con que debe aplicarse el control de proporcionalidad en sentido estricto.

a) *In dubio: ¿pro libertate o pro legislatore?* La regla argumentativa que

(48) Para ello resultan de interés las reglas que propone L. CLÉRICO: Vid. *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, citado, págs. 128 y sigs.

(49) Sin embargo, para no usurpar la competencia del Legislador para decidir la orientación del gasto, en estos casos el Tribunal Constitucional debe mantener un perfil de «Legislador negativo», limitándose a declarar inconstitucional la norma enjuiciada, sin imponer en su reemplazo el medio alternativo, cuya adopción debe quedar en manos del Parlamento.

(50) C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, regla 43, pág. 749.

orienta el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es la llamada «ley de la ponderación», la cual, aplicada al examen de intervenciones legislativas en derechos fundamentales, prescribe 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*. A mi juicio esta fórmula permite al menos dos interpretaciones: en un primer sentido podría entenderse 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 la misma, lo que supone una carga de argumentación a favor de este último que llevaría, en caso de empate, a considerar que la medida legislativa carece de justificación suficiente y es, por tanto, inconstitucional. Por otra parte, podría entenderse 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; así entendida, la carga de argumentación beneficiaría a las razones del Legislador, resolviendo el empate a favor de la constitucionalidad de la norma enjuiciada.

Para Bernal resulta claro que la ley de la ponderación debe entenderse sólo en este último sentido, es decir, como la exigencia de que las razones que fundamentan la intervención tengan una importancia «*por lo menos equivalente*» a la del principio iusfundamental objeto de intervención (regla 73) (51). Lo que sorprende es que este autor sostenga que, interpretada de este modo, dicha ley «*hace explícita y operativa una carga de argumentación a favor del derecho fundamental*» (52). Precisamente tal entendimiento le permite afirmar que «*los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental*» (regla 74). Sin embargo, en modo alguno puede afirmarse que esta regla represente «*una aplicación concreta del principio in dubio pro libertate en materia argumentativa*», como a renglón seguido sostiene el autor (53), pues esta tendría lugar sólo si se exigiera que el peso de las razones que respaldan la intervención fuese *mayor* y no simplemente igual al peso de los principios iusfundamentales afectados por la misma, esto es, si la duda, expresada en el empate entre argumentos a favor y en contra de la interven-

(51) 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*». *Ibíd.*, pág. 781.

(52) *Ibíd.*, pág. 782.

(53) *Ibíd.*, pág. 789.

ción, no bastara para derrotar a estos últimos, lo que no ocurre en este caso, donde el empate entre razones igualmente buenas es suficiente para justificar la intervención en el derecho fundamental.

Antes bien, lo que en realidad expresan las reglas 73 y 74 es una carga de argumentación a favor de las razones del Legislador, un *in dubio pro legislatore*. El mismo autor parece entenderlo de este modo cuando no vacila en afirmar que, según la variante de la ley de la ponderación acogida en la regla 73, «los casos de empate se resuelven a favor de la intervención legislativa» (54). Siendo así, no deja de ser contradictorio pretender derivar de la misma regla un *in dubio pro libertate*, aunque éste en realidad no sea tal.

No obstante, es preciso señalar que en un trabajo más reciente, en el que se ocupa de afinar su modelo de ponderación, Bernal abandona la discutible interpretación del *in dubio pro libertate* sostenida en su libro, para en su lugar afirmar que esta carga de argumentación exige que se aduzcan «razones más fuertes» (y no simplemente iguales) para justificar una intervención en la libertad o en la igualdad jurídica, mientras que la simple exigencia de razones del mismo peso a favor de la medida legislativa supone en realidad un *in dubio pro legislatore*. Igualmente viene a reconocer que no existe una respuesta unívoca al problema de los empates en la ponderación, pues ambas cargas de argumentación cuentan con una fundamentación plausible, y que precisamente esta antinomia constituye uno de los límites de racionalidad de tal procedimiento (55).

Es claro que la elección entre una u otra forma de dirimir los empates entre razones a favor y en contra de la intervención legislativa expresa, en definitiva, la opción entre una concepción liberal de los derechos fundamentales como «triumfos frente a la mayoría» (que lleva a entender el razonamiento de costos y beneficios propio de la ponderación como la exigencia de que los beneficios de una medida legislativa superen, y no simplemente igualen, sus costes en términos de libertad individual) y, por otra parte, el convencimiento de que en un sistema democrático el Tribunal Constitucional sólo puede invalidar las decisiones del Legislador cuando las razones en contra de la constitucionalidad de la ley pesan más que las razones a su favor.

Acaso este dilema también puede verse, a su vez, como un caso de «empate» entre razones igualmente buenas. En tal caso podría argumentarse que, llegados a este punto en la aplicación del principio de proporcionalidad, es hora de que la balanza se incline por una vez a favor del principio iusfundamental sacrificado por la intervención, vistas todas las concesiones hechas a

(54) *Ibíd.*, pág. 788.

(55) Vid. C. BERNAL PULIDO: «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, 26, 2003, págs. 230 y sig., 237.

las razones del Legislador en los juicios de idoneidad y necesidad, estructurados ambos como un control de evidencia, efectuados desde una perspectiva *ex ante*, y donde todas las dudas se resuelven a favor de la medida legislativa.

No obstante, como ha señalado Bernal, también podría pensarse en una distribución «*mitte*» de las reglas para dirimir los empates en la ponderación, que diera cabida a la aplicación de una u otra según el caso a decidir. En este caso existirían al menos dos posibilidades: la primera consistiría en aplicar el *in dubio pro legislatore* como regla general y reservar el *in dubio pro libertate* para el control de las medidas legislativas que suponen una grave afectación de derechos fundamentales. Una segunda posibilidad intermedia consistiría en aplicar el *in dubio pro libertate* como regla general, y reservar el *in dubio pro legislatore* para aquellas áreas en las que el Legislador debe contar con un margen de acción más amplio en razón de la materia (56). Esta solución parece más admisible para quien se incline a favor del principio liberal sobre el democrático, pero sólo a condición de que se definan con claridad los criterios con que opera la excepción al *in dubio pro libertate*, pues no resulta nada claro cuáles son aquellas áreas en las que «por razón de la materia» el Parlamento ha de gozar de una mayor discrecionalidad. Como ejemplo de tales materias Bernal cita la política económica y la política criminal, pero por qué no incluir también la política internacional, la política medioambiental, la política educativa, la política sanitaria, la política social y, sucesivamente, un largo etcétera que abarque todos los campos de la política. Se advierte entonces que la falta de criterios precisos para determinar cuáles son las áreas en las que opera el *in dubio pro legislatore* puede fácilmente convertir esta excepción en la regla pues, visto en sentido contrario, habría que preguntarse cuáles serían las materias en las que el Legislador no habría de contar con un amplio margen de decisión.

En definitiva, la respuesta a cuál debe ser la carga de la argumentación que decida los casos de empate en la ponderación es una cuestión que no ha sido resuelta satisfactoriamente por la teoría de los derechos fundamentales. Personalmente me inclino por la opción de tipo liberal que exige que los beneficios de una intervención en un derecho fundamental sean siempre mayores que, y no sólo iguales a, los sacrificios que con dicha intervención se imponen a la libertad y, en consecuencia, a resolver todo empate a favor del principio iusfundamental afectado por la medida legislativa.

Finalmente, debe admitirse que sin duda el problema de cómo resolver los empates en la ponderación presenta una mayor relevancia teórica que práctica.

(56) *Ibíd.*, pág. 237.

Con esto no se quiere minimizar la trascendencia de una cuestión en la que se pone a prueba la racionalidad del principio de proporcionalidad como un criterio metodológico para orientar la argumentación sobre cuestiones iusfundamentales. Tan sólo se trata de reconocer que en la práctica del control de constitucionalidad de las leyes la alternativa entre el *in dubio pro libertate* y el *in dubio pro legislatore* como fórmula para resolver los empates en la ponderación convive con la existencia de un margen de acción relativamente amplio en manos del Tribunal Constitucional para asignar el peso a las variables que intervienen en dicha ponderación (calificar como más o menos intensa la afectación/satisfacción de los principios que en ella intervienen, asignar un peso abstracto mayor o menor a tales principios, valorar la mayor o menor seguridad de las premisas empíricas), y es de la asignación del peso a cada una de estas variables de la que depende que se llegue o no a un empate en la ponderación.

b) *La intensidad del juicio de proporcionalidad en sentido estricto*. Uno de los argumentos empleados por el autor para defender la superioridad del principio de proporcionalidad frente a otros criterios metodológicos alternativos se refería a la posibilidad que aquél ofrece de modular la intensidad del control de constitucionalidad, en función de la intensidad con que la medida legislativa afecta los derechos fundamentales (57). Para ello se toma como referencia un modelo de tres intensidades de control, semejante al utilizado por el Tribunal Constitucional alemán, que distingue entre un *control leve o de evidencia*, aplicable a intervenciones leves en derechos fundamentales, en el que apenas se exige que las razones que sustentan la intervención estén respaldadas en premisas que tengan un nivel mínimo de certeza; un *control intermedio o de justificabilidad*, aplicable a intervenciones de grado medio, y en el que se exige que ésta se fundamente en premisas plausibles; finalmente, un *control material intensivo*, reservado a intervenciones graves en derechos fundamentales, en el cual se requiere una elevada certeza en las premisas que la sustentan (58).

Bernal prescinde de efectuar esta graduación en los subprincipios de idoneidad y necesidad, optando en ambos casos por un control de evidencia, que sumado a la carga de prueba en manos del impugnante, lleva a exigir que la norma enjuiciada sólo sea declarada inidónea o innecesaria cuando concurren premisas seguras que así lo demuestren (59). Era de esperarse, por tanto, que la modulación del control estuviese presente al menos en la configuración del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, el autor no logra resolver esta cuestión con la claridad que caracteriza el resto de su mo-

(57) C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, págs. 247, 498.

(58) Sobre estos tres niveles de control vid. R. ALEXU: «Epílogo...», citado, págs. 56 y sigs.

(59) C. BERNAL: *El principio de proporcionalidad...*, citado, reglas 33 y 47, págs. 731 y 757.

delo. Y creo que la raíz de la confusión obedece a que, en lugar de hacer depender la intensidad del control tan sólo del grado de afectación del derecho, quiere también modularla en función del grado de certeza de las premisas que evidencian la desproporción en sentido estricto de la norma enjuiciada, y el modo de combinar ambas variables genera una tensión difícil de resolver (60).

En el intento de articular ambas exigencias, Bernal propone dos reglas para decidir la intensidad con que debe aplicarse el principio de proporcionalidad en sentido estricto: conforme a la primera, las intervenciones *leves* en derechos fundamentales sólo pueden declararse inconstitucionales si existen premisas seguras que evidencien la desproporción de la norma enjuiciada, lo que supone introducir en este caso un *control leve o de evidencia* que garantiza un amplio margen de acción al Legislador (regla 77) (61); conforme a la segunda, las intervenciones legislativas *intensas* en derechos fundamentales han de ser objeto de un *control material intensivo* (regla 78) (62). Sin embargo, el autor no aclara lo que entiende por «control material intensivo». Podría pensarse, siguiendo la interpretación del Tribunal Constitucional alemán, que ello supone exigir al Legislador que fundamente su intervención con base en premisas seguras o, visto desde otra perspectiva, que para declarar desproporcionada la medida no es necesario aducir premisas seguras, sino que basta con que éstas ostenten un grado de certeza bajo o medio. Pero no parece que el autor tenga en mente tal significado cuando afirma que «una intervención legislativa intensa en un derecho fundamental, contra cuya proporcionalidad en sentido estricto además sea posible invocar un conjunto de premisas seguras, deberá ser declarada inconstitucional sin ninguna vacilación» (63); en cambio, considera una intervención igualmente intensa, «contra cuya proporcionalidad en sentido estricto no pueden aducirse premisas certeras», como un caso difícil para el que las reglas anteriormente formuladas no suministran respuesta alguna (64). De practicarse un control material intensivo (en el sentido que hemos dado a esta expresión), esta última hipótesis no plantearía problema alguno, pues la carga de fundamentar la proporcionalidad de la norma con base en premisas seguras en realidad correspondería al Legislador y, en cualquier caso, visto en sentido contrario, no sería necesario acreditar la desproporción de la norma con base en premisas seguras, sino que bastaría con un grado de certeza menor. Esta última exigencia carecería de sentido ya que, en tal caso,

(60) *Ibíd.*, pág. 795.

(61) *Ibíd.*, pág. 796.

(62) *Ibíd.*, pág. 796.

(63) *Ibíd.*, pág. 796.

(64) *Ibíd.*, pág. 796.

no existiría diferencia alguna entre el llamado control material intensivo y el simple control de evidencia, pues en ambos sería necesario aducir premisas seguras para afirmar la desproporción de la norma enjuiciada.

Así pues, para este autor todos los eventos en los que no logre acreditarse con seguridad la desproporción de la medida, con independencia del grado con que esta afecte derechos fundamentales, serían *casos difíciles* en los cuales para definir la intensidad del control es preciso introducir dos reglas adicionales: por un lado, *cuanto más seguras sean las premisas relevantes en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, más intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional y menor el ámbito de apreciación del Legislador (y viceversa)* (65); por otro lado, *cuanto más intensa sea la intervención del Legislador en el derecho fundamental, más intensivo debe ser el control del Tribunal Constitucional y menor el ámbito de apreciación del Legislador (y viceversa)* (66). No obstante, me temo que estas reglas no sirvan de mucho, toda vez que tan sólo contienen una reformulación más precisa de las dos anteriores (77 y 78), y siguen sin ofrecer respuesta para aquellos casos de intervenciones en derechos fundamentales de intensidad grave o media contra las cuales no puede aducirse premisas seguras.

Llegados a este punto, pareciera que el autor prefiere dejar librada a una meta-ponderación la cuestión de la intensidad del control, en lugar de formular una regla de decisión que resuelva el conflicto. Sin embargo, en otro lugar de la misma obra se decanta a favor de una «*carga de la prueba a favor de la intervención legislativa*», que opera en la regulación de la intensidad del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme a la cual «*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*» (67). En definitiva, aunque con mayor vacilación, tampoco en esta última fase de aplicación del principio de proporcionalidad se logra la anunciada modulación del control de constitucionalidad, pues también en este nivel, como ya sucediera en los subprincipios de idoneidad y necesidad, se opta por un control de evidencia, destinado a tan sólo a extirpar exabruptos, pues no otra cosa significa exigir premisas seguras para acreditar la desproporción en sentido estricto de una norma.

Creo que una solución más simple y equilibrada habría sido el modular la intensidad del control sólo en función de la intensidad con que la medida afecte

(65) *Ibíd.*, regla 79, pág. 797.

(66) *Ibíd.*, regla 80, pág. 798.

(67) *Ibíd.*, pág. 791 (paréntesis mío).

derechos fundamentales, atendiendo a la llamada «ley epistémica de la ponderación», según la cual «cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención» (68). Esta fórmula es suficiente para conciliar las dos exigencias que Bernal pretende articular en su modelo: por un lado, la certeza necesaria para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las leyes (que se debilita cuanto más intensa sea la afectación que estas producen en los derechos) y, por otro, la resistencia normativa de los derechos fundamentales (que se incrementa conforme estos sean objeto de intervenciones más drásticas). El criterio adicional propuesto por el autor (regla 79), destinado a modular la intensidad del control en función de la certeza de las premisas, además de complicar innecesariamente su modelo, conduce al paradójico resultado de justificar un control intenso sólo allí donde éste resulta innecesario, precisamente porque la desproporción de la medida se muestra de un modo evidente.

III

Las anteriores consideraciones tan sólo confirman que la propuesta de aplicación del principio de proporcionalidad formulada por Bernal es, ante todo, un modelo en construcción, en el que, como señala su autor, quedan aún muchas preguntas por responder y múltiples aspectos por refinar. En cualquier caso, ello no le resta el mérito de ser ya no sólo uno de los esfuerzos más serios y mejor fundamentados por conferir racionalidad a la aplicación de este instrumento en el control de constitucionalidad de las leyes, sino también, y en general, una de las más valiosas contribuciones a la literatura reciente sobre teoría de los derechos fundamentales publicada en castellano, llamada a convertirse en una referencia importante para todos los estudiosos de la teoría del derecho y del derecho constitucional.

Y aunque discrepo con el autor en su apuesta por configurar un modelo de aplicación del principio de proporcionalidad que acusa una excesiva deferencia hacia el Legislador, es innegable la fuerza de los argumentos que respaldan su opción. En efecto, una vez admitido que no existe una instancia de objetividad ética y semántica que permita dotar de contenido a los derechos fundamentales de modo previo y al margen de la política, no queda más remedio, como ha escrito S. Sastre, «que construir su fuerza desde la política, no contra

(68) Vid. R. ALEXY: «Epílogo...», citado, pág. 55.

(69) S. SASTRE ARIZA: «La recuperación de la política. Algunas reflexiones sobre el Republicanismo», inédito, pág. 16.

la política» (69). Este convencimiento implica otorgar la última palabra sobre el contenido de los derechos fundamentales al Parlamento, sede natural de la deliberación política en los sistemas democráticos, y reducir el papel del Tribunal Constitucional a un control de mínimos, tan sólo facultado para intervenir en casos de inconstitucionalidad manifiesta.

Sin embargo, me resisto a compartir esa conclusión, y creo que tampoco el autor la comparte del todo, pese a que su modelo de aplicación del principio de proporcionalidad pueda indicar lo contrario. Si la definición del alcance de los derechos fundamentales dista de moverse en el plano de lo indiscutible, los instrumentos argumentativos empleados en el control de constitucionalidad de las leyes han de estar diseñados para ser operativos más allá del umbral de lo evidente, pues sólo con una configuración más exigente del control es posible estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afecten derechos fundamentales, y lograr que el juicio abstracto de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de «asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia» (70). No creo que en los actuales estados constitucionales el peligro para la democracia provenga de un exceso de protagonismo de sus órganos de justicia constitucional; antes bien, a esta crisis puede contribuir la falta de un *alter ego* institucional que afiance la exigencia de deliberación que, en las «democracias realmente existentes» y en tiempos de mayoría absoluta, no siempre cabe esperar del Parlamento.

(70) V. FERRERES: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 180.