

EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

LUIS PRIETO SANCHÍS

SUMARIO: 1. UN MODELO ARGUMENTATIVO DE DERECHOS.—2. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL MODELO: a) *El alcance de los derechos.* b) *Los derechos y el ius puniendi del Estado.* c) *Los derechos sociales.*

1. UN MODELO ARGUMENTATIVO DE DERECHOS

El constitucionalismo europeo de postguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, al decir de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el Continente, sino que incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo (1). Tal vez recurrir al divulgado concepto tarelliano puede reputarse algo exagerado (2), pero no cabe la menor duda de que ese constitucionalismo ha propiciado el

(1) M. Atienza habla del «paradigma constitucionalista» como una de las concepciones actuales del Derecho, donde sin ánimo exhaustivo incluye autores como N. MACCORMICK, J. RAZ, R. ALEXY, C. NINO y L. FERRAJOLI: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pág. 309. Por su parte, P. COMANDUCCI entiende que bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo, y además de un tipo especial de Estado de Derecho, se designa a «una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho», «Formas de (neo)constitucionalismo: un reconocimiento metateórico», *Isonomía*, 16, 2002, págs. 85 y sigs.

(2) Para G. Tarello la idea de cultura jurídica es una categoría historiográfica que viene a resumir los presupuestos ideológicos más o menos explícitos de juristas e intérpretes, así como su influencia en la creación y aplicación del Derecho positivo. Vid. la Introducción de R. GUASTINI y G. REBUFFA a G. TARELLO: *Cultura jurídica y política del Derecho* (1988), trad. de I. Rosas, FCE, México, 1995, págs. 32 y sigs.

alumbramiento de una teoría del Derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico. La referida singularidad bien puede resumirse en una idea de escueta formulación, pero de profundas y fecundas consecuencias: constitucionalismo de los derechos o, si se prefiere, Constituciones materiales y garantizadas. Que una Constitución es material significa aquí (3) que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no sólo cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir. Constitución material se opone así a Constitución formal o meramente procedimental (4). Que una Constitución se halla garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces; o si se prefiere, que en el sistema existen normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar la infracción de las normas sustantivas o relativas a derechos.

Desde luego, ninguna de estas características representa un hallazgo del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo xx. Ambas eran sobradamente conocidas, aunque tal vez se habían desarrollado en tradiciones diferentes. Las *Declaraciones* de derechos de la Francia de finales del siglo xviii fueron todo un ejemplo de densidad material o sustantiva, pues nada menos que pretendían resumir el programa político del pueblo en marcha, de un nuevo titular de la soberanía dispuesto a transformar tanto la sociedad como las instituciones; en ellas no sólo encontramos los derechos civiles y políticos, sino incluso muchos derechos sociales que luego reaparecerían en Weimar o en la Constitución de la II República española. Y por lo que se refiere a la garantía, tan sólo hay que recordar que en este año 2004 en el que se conmemora el veinticinco aniversario de la Constitución de 1978, se cumplen asimismo doscientos años de la sentencia con que se inicia la historia del control de constitucionalidad de las leyes, la famosa *Marbury versus Madison*.

La novedad por tanto no reside en ninguno de esos rasgos tomados por se-

(3) Por supuesto, no estoy pensando en *La Costituzione in senso materiale* (Giuffrè, Milano, 1940) de C. MORTATI, ni menos aún en sus implicaciones políticas o ideológicas.

(4) Naturalmente, me refiero a modelos ideales que en la realidad no aparecen en estado puro. Las Constituciones más formales no pueden dejar de incorporar normas sustantivas, aunque sólo sea porque la democracia política requiere la protección de algunos derechos. Las Constituciones materiales, obviamente, tampoco renuncian a la organización del poder y, con ello, del sistema de fuentes.

parado, sino precisamente en la conjugación de ambos; es la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitución simultáneamente como un límite o garantía y como una norma directiva fundamental (5). Frente al rousseauiano poder constituyente que nunca termina de constituirse y que desemboca en la supremacía del Parlamento y de su ley, ahora el poder constituyente ha querido tomar cuerpo en un documento que se postula como supremo y garantizado; y aquí es preciso reconocer la deuda con la tradición norteamericana. Pero frente a esta última, basada en un texto más procedimental llamado a asegurar la autonomía privada y la democracia política, nuestro constitucionalismo no ha dudado en dar entrada a una amplia y compleja constelación de normas sustantivas que condicionan muy severamente aquello que, para decirlo en la terminología de Ferrajoli, el gobierno y la mayoría no pueden decidir y aquello otro que tampoco deben dejar de decidir (6). El catálogo de derechos fundamentales condensa tanto lo uno como lo otro; y aquí se impone reconocer la deuda con la revolución francesa.

Para comprender cabalmente el alcance del constitucionalismo de los derechos puede ser aleccionador tomar como punto de referencia la posición de Kelsen, tal vez el autor con el que alcanza su cima y, al propio tiempo, comienza su crisis la escuela de Derecho Público. Kelsen era muy consciente de que una Constitución sin garantía judicial carecía de virtualidad normativa, hasta el punto de dar vida a un modelo de justicia constitucional que se conoce precisamente como concentrado o kelseniano; pero lo era también de que una Constitución plena de contenido material —si quería seguir siendo garantizada— implicaba una puerta abierta al decisionismo judicial intolerable para la democracia política. Merece la pena reproducir un fragmento de su controversia con C. Schmitt: «Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada... Y no es imposible que un Tribunal Constitucional llamado decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoporrible. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal

(5) Vid. sobre ello M. FIORAVANTI: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, presentación de C. Álvarez Alonso, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, en especial págs. 127 y sigs.

(6) L. FERRAJOLI: «Sobre la definición de democracia. Una discusión con M. Bovero», trad. de N. Guzmán, *Isonomía*, 19, 2003, págs. 230 y sigs.

podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento» (7). Pues bien, justamente aquello que tenía Kelsen representa hoy la seña de identidad del nuevo constitucionalismo; éste no sólo gira en torno a los derechos o, si se quiere también, a los valores y principios, sino que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces, a todos los jueces y no sólo, ni principalmente, a un especialísimo Tribunal Constitucional (8).

La constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad «todo o nada», algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades (9), y el que he llamado constitucionalismo de los derechos representa seguramente su más alta expresión. Su consecuencia más básica consiste en concebir a los derechos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda operación de interpretación y aplicación del Derecho; algo que hoy puede parecer tan obvio y pacífico que ni siquiera requiere explicación, pero que a finales de los años setenta del pasado siglo encontraba resistencias incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (10). Una influyente doctrina (11) y los rotundos pronunciamientos del Tribunal Constitucional dejaron

(7) H. KELSEN: «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (1928), en J. RUIZ MANERO (ed.): *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 142 y sigs.

(8) Naturalmente hay otra solución, que es considerar que los enunciados materiales de la Constitución, o al menos los más evanescentes, simplemente no obligan a nada. Por ejemplo, F. Rubio, que por lo demás no duda de la fuerza vinculante de los derechos, escribe a propósito del art. 1.1 CE que el deber «de asegurar la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo no significa (ni en una sociedad libre puede significar) otra cosa que una obligación de acomodar las leyes a la visión que el legislador tiene del óptimo posible de esos valores en cada momento», Prólogo a F. RUBIO LLORENTE y otros: *Derechos fundamentales y principios constitucionales* (doctrina jurisprudencial), Ariel, Barcelona, 1995, pág. XI.

(9) Vid. R. GUASTINI: «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano» (1998), en *Escritos de teoría constitucional*, ed. y presentación de M. Carbonell, UNAM, México, 2001, págs. 153 y sigs.

(10) Así, y sin que pueda considerarse del todo significativo de una línea jurisprudencial entonces vacilante, el Auto de la Sala II de 5 de noviembre de 1980 dice de la igualdad que «es un principio programático» cuya aplicación requiere su concreción en un precepto legal; el Auto de la Sala I de 26 de noviembre de 1979 afirma lo propio del art. 39.2 a propósito de una relación paterno-filial; o, en fin, la sentencia de la Sala III de 16 de octubre de 1979, donde puede leerse que cuando los preceptos constitucionales «son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional dispone que “una ley regule”... se está manifestando por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten».

(11) Merecen destacarse dos trabajos coetáneos: el de F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto

las cosas en su sitio: «Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos» (12). Ni siquiera los derechos que reclaman una *interpositio legislatoris* son, mientras ésta no se produce, simples recomendaciones carentes de fuerza jurídica; tienen siempre un contenido normativo que puede ser hecho valer desde la Constitución misma. Y que puede ser hecho valer, cuando proceda, ante cualquier jurisdicción: «La constitucionalización no es simplemente... la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de un derecho, a partir de la cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios» (13).

Pero no sólo esto. Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el Derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras (14), exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que *inunda, impregna o irradia* sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos. Para explicarlo por vía de ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad, y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como la llamada «función social» de la propiedad (art. 33), la exigencia de protección del medio ambiente, de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda, y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad. Las eficacia de los derechos fundamentales en las rela-

de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, págs. 53 y sigs; y el de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución española: un estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 91 y sigs., aunque aparecido el año anterior en el *Anuario de Derecho Civil*.

(12) STC 15/1982.

(13) STC 56/1982.

(14) Así de literario lo presenta J. HABERMAS: «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Escritos sobre moralidad e eticidad*, Introducción y trad. de M. Jiménez Rondo, Paidós, Barcelona, 1991, pág. 168.

ciones de Derecho privado, que el Tribunal Constitucional no ha dudado en afirmar pese a los evidentes problemas procesales del amparo (15), se funda en ese efecto irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) que es, a su vez, una consecuencia de la fuerte rematerialización que incorporan los derechos.

La objeción a esta forma de ver las cosas es ya antigua: si la Constitución de los derechos tiene respuestas para todo, entonces se convierte en una especie de gran huevo jurídico del que todo puede obtenerse y que todo lo predetermina, desde el Código penal a la ley de fabricación de termómetros (16). «La legislación se reduciría a exégesis de la Constitución... (pero) las cosas no son así, obviamente, y la Constitución no ha venido a sustituir, tampoco en este punto, la política por el reino del Derecho» (17). Y no se trata sólo de la petrificación del ordenamiento en torno a la Constitución, sino de algo que en el fondo se considera más alarmante: la derrota del Estado legislativo (democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático); la Constitución marco que permitía el juego de las mayorías en sede legislativa vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, terminan siendo los jueces quienes tienen la última palabra sobre todos los asuntos (18). Los temores de Kelsen se habrían confirmado.

Esta objeción, que sin duda es seria y cuenta con ilustres defensores, no deja de encerrar una aparente contradicción, pues viene a sostener que el constitucionalismo de los derechos le dice demasiado al legislador, cuya libertad política queda así asfixiada, y demasiado poco al juez, que de este modo y merced a los valores, principios y derechos ve incrementada su discrecionalidad hasta el infinito (19). Sin embargo, más allá de esto, creo que la crítica comentada reposa en dos presupuestos cuando menos discutibles y que, a mi modo de ver, afectan al núcleo de una teoría de los derechos en el Estado constitucional: el primero se refiere al carácter o fisonomía de las normas sustantivas de la Constitución, que la objeción del «huevo jurídico» o de la petrificación tiende

(15) Así, entre otras muchas, STC 18/1984 o 177/1988.

(16) La imagen es de E. FORSTHOFF: *El Estado en la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pág. 242.

(17) J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 75.

(18) Vid. E. W. BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo e I. Villaverde, Prólogo de F. J. Bastida, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, págs. 135 y sigs.

(19) Sobre esto llama la atención R. ALEXY en el «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», trad. de C. Bernal Pulido, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 2002, págs. 13 y sigs.

a concebir como si de leyes se tratase: si la Constitución parece decirle demasiado al legislador es porque sus preceptos son considerados como reglas del mismo tipo que las leyes. El segundo tiene que ver con la teoría de la interpretación, que la objeción judicialista tiende a plantear en términos escépticos o excesivamente realistas: si la Constitución parece decirle demasiado poco al juez es porque, en el fondo, no se toman muy en serio las posibilidades de la racionalidad jurídica a propósito de los derechos (20).

Lógicamente, no procede aquí ensayar una respuesta articulada a estas cuestiones, pero, cuando menos, se me permitirá una opinión. En la Constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados, pero ¿cómo se produce esa regulación? Aquí se encuentra el nudo del problema: la normativa constitucional no aparece —en general— como la decisión categórica de un grupo o ideología que, desde una filosofía política homogénea, diseña un marco unívoco y cerrado; no se asemeja a una regulación legal que, con mayor o menor precisión, trata de anudar ciertos supuestos o condiciones fácticas a determinadas consecuencias. Se trata más bien de lo que se ha dado en llamar una regulación *principialista* donde se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado (21). Aquí hay que darle la razón a Zagrebelsky: la Constitución pluralista no es ni un mandato legal ni un contrato; no hay voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador, ni siquiera como intención de partes contrapuestas que alcanzan un acuerdo. Lo que hay son «principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las “colisiones” y la fijación de los puntos de equilibrio» (22);

(20) Este es, por ejemplo, el caso de J. Waldron, entre cuyos argumentos en favor de un sistema parlamentario sin Constitución incluye la ya vieja crítica a la inevitable discrecionalidad de cualquier forma de justicia constitucional, en especial si adopta como parámetro de enjuiciamiento normas materiales o sustantivas como son los derechos, vid. «Freeman's Defense of Judicial Review», en *Law and Philosophy*, 13, 1994, págs. 27 y sigs.

(21) Para un análisis más detallado me permito remitir a mi *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 175 y sigs.

(22) G. ZAGREBELSKY: «Storia e costituzione», en *Il futuro della costituzione*, ed. de G. Zagrebelsky y otros, Einaudi, Torino, 1996, págs. 76 y sigs. Tal vez esto explique por qué el originalismo y la extraordinaria importancia que en Estados Unidos se concede a las intenciones del constituyente resultan en cambio de muy escasa relevancia en Europa. Sobre ello llama la atención E. Alonso García, «La jurisprudencia constitucional», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, pág. 208.

se produce, pues, una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles» (23).

Lo dicho creo que no es una peculiaridad de la Constitución en general, sino que se hace patente precisamente en el capítulo de los principios y derechos. Así, la Constitución estimula medidas de igualdad sustancial (art. 9.2), pero garantiza también la igualdad jurídica o formal (art. 14), y es absolutamente evidente que toda política orientada en favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda (24); son muy numerosos los derechos fundamentales que aparecen expresamente limitados (25) por otros derechos o por cláusulas como el orden público, y es claro que los dos polos del binomio (el derecho y su límite) tienden a la colisión sin que la Constitución misma establezca las condiciones de precedencia; el modelo del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las indiscutibles prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Y así sucesivamente; tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria.

Así pues, la Constitución carece del carácter cerrado y concluyente que suelen tener las leyes; es verdad que dice muchas cosas, que sus preceptos se proyectan sobre amplísimas áreas de relación jurídica, pero no es menos cierto que habla con muchas voces. Esto, que suele admitirse sin debate cuando se habla de las posibilidades de la acción legislativa (26), puede predicarse también para

(23) La expresión es de J. J. MORESO: *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997, pág. 167.

(24) De hecho, la muy nutrida jurisprudencia a propósito de los artículos 9.2 y 14 puede ser leída en estos términos: si existe una justificación razonable que permita diseñar un régimen diferenciado en atención al restablecimiento de una situación de igualdad; el primero de los preceptos estimula una respuesta positiva, mientras que el segundo nos pone en guardia ante el riesgo de discriminación. Son razones justificatorias tendencialmente contradictorias. Por eso, el Tribunal Constitucional dice que el art. 9.2 es un «principio matizador» del art. 14 (STC 98/1985) o que «supone una modulación» del mismo (STC 216/1991).

(25) Y, en todo caso, el Tribunal Constitucional ha declarado que «no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras que en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos», STC 2/1982.

(26) Parece jurisprudencia constante que «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente

la esfera de la interpretación judicial y de la aplicación de los derechos. La Constitución sustantiva o principalista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias, y esto vale tanto para el legislador como para el juez. Ambos vienen llamados a conjugar esas razones para alcanzar un punto óptimo de recíproca satisfacción o, cuando menos, para evitar que ninguna de ellas quede anulada o definitivamente postergada; y ello por el sencillo motivo de que todas son razones constitucionales (27). Si no me equivoco, este es el sentido del llamado juicio de ponderación constitucional, que el propio Tribunal ha ido perfilando como la herramienta fundamental para interpretar las cláusulas materiales de la Constitución y singularmente los derechos (28).

Efectivamente, el sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible cuando nos hallamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, su regla constitutiva tiene como punto de partida un conflicto: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (29). Para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional, «no se trata de establecer jerarquías de derechos ni precedencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca» (30). No se trata, pues, de establecer jerarquías abstractas entre principios o derechos, ni de la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro; la ponderación desemboca más bien en una jerarquía móvil o axiológica (31) donde, a la vista de las circunstancias concurrentes, se

signo... Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo», STC 11/1981.

(27) «El intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos, si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos», STC 53/1985.

(28) El Tribunal viene haciendo uso desde época temprana del juicio de ponderación, así como del muy cercano juicio de razonabilidad a propósito de la igualdad, si bien parece que hasta la STC 66/1995 no concretó con nitidez las exigencias o pasos que comprende. Para una jurisprudencia más reciente puede verse STC 265/2000, 103/2001 y 53/2002.

(29) R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993, pág. 161.

(30) STC 320/1994.

(31) Así la denomina R. GUASTINI: «Los principios en el Derecho positivo», en *Distiguendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, pág. 170.

concede mayor peso o importancia a una de esas razones. En suma, cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso (la libertad religiosa y el orden público, la propiedad y la protección del medio ambiente, por ejemplo) y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso.

El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y ello con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideremos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad. Pero lo que me interesa destacar es que la ponderación aparece indisolublemente unida a una concepción de los principios y derechos como la que aquí se ha expuesto y que ambas obligan a un replanteamiento de la tensión siempre presente entre Constitución y democracia, entre los derechos y la ley; en concreto, obligan a cambiar un modelo que pudiéramos llamar geográfico por otro que denominaremos argumentativo. El primero es tal vez el más intuitivo y fácil de describir: presume que existen fronteras nítidas entre la competencia legal y la constitucional, que hay materias o esferas petrificadas desde la Constitución y que representan límites infranqueables para el legislador; y que, en justa correspondencia, es posible dibujar otras materias o esferas donde la decisión mayoritaria puede moverse libremente. Desde la perspectiva de la interpretación constitucional, la consecuencia es que todo caso o supuesto de hecho debe poder ser adscrito a una u otra esfera: o ejercemos un derecho en los términos de su reconocimiento constitucional, y entonces nuestra posición es inexpugnable, o no lo hacemos, y entonces desde la Constitución nada hay que decir. Por supuesto, pueden aparecer dificultades interpretativas a la hora de trazar esas fronteras, pero el presupuesto teórico resulta incommovible: la política y el Derecho cuentan con espacios propios.

Sin embargo, el que antes hemos descrito como efecto impregnación o irradiación hace inviable esa visión geográfica de las esferas separadas: no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional. Por las mismas razones, tampoco cabe excluir que un mismo supuesto presente propiedades adscribibles a la esfera de los derechos y, al propio tiempo, que presente otras adscribibles a la esfera de sus límites; esto es, puede ocurrir que *prima facie* un comportamiento sea calificable como ejercicio de la libertad ideológica o de la libertad de expresión y que, simultáneamente, deba también considerarse incurso en el ámbito de la cláusula limitadora, el orden público o el derecho al honor, por ejemplo. Por más que, *en de-*

finitiva, deban triunfar unas u otras razones, a la luz precisamente del juicio de ponderación. Este es el significado básico del modelo argumentativo.

Lo que no significa ciertamente que la ley se convierta en mera exégesis o ejecución de la Constitución, resultando a la postre superflua tanto la legislación como la democracia. El modelo argumentativo no yugula la libertad de configuración que corresponde al Parlamento, sino que sólo lo somete a una muy modesta exigencia de racionalidad, o de prohibición de la arbitrariedad, si es que quiere buscarse acomodo constitucional en el art. 9.3. Es difícil concebir una opción legal que no pueda exhibir alguna razón sustantiva con respaldo constitucional, pero, en todo caso, ocurre que la propia libertad de configuración del legislador opera siempre como argumento en favor de la conservación de la norma; cabe decir entonces que la democracia y su exigencia de respeto a la ley no sólo no quedan sacrificados por la ponderación, sino que forman parte de la misma. Pero, como las demás libertades y principios, en su aplicación concreta también el principio mayoritario o democrático ha de poderse conjugar con los demás y, por qué no, habrá de ceder cuando no sea capaz de superar el juicio de razonabilidad que la ponderación comporta.

En realidad, lo que caracteriza al modelo argumentativo es que no admite espacios exentos o de inmunidad por parte de la ley, lo que no impide una amplia libertad de configuración que bien puede desarrollarse en todos los espacios de la política constitucional; es la imagen de la proporcionalidad y del equilibrio, más que la del coto vedado, la que ha de tomarse en consideración. Las consecuencias de este modelo, así como las de su opuesto, pueden contrastarse a la luz de una variada jurisprudencia constitucional en la que se abordan cuestiones límite entre la virtualidad de los derechos y las prerrogativas del legislador. Propongo examinar brevemente tres capítulos: el primero tiene que ver con el alcance material de los derechos y encierra una importante opción en torno a la interpretación del supuesto de hecho de los mismos; el segundo tiene que ver con el *ius puniendi* del Estado, una de las facultades donde siempre han querido atrincherarse esas prerrogativas del legislador; el tercero se refiere al problema de los derechos sociales cuya pretensión de efectividad jurídica sigue siendo considerada poco más que como un brindis al sol por parte de numerosos juristas. Es interesante advertir que la doctrina del Tribunal Constitucional ofrece argumentos para todos los gustos y que, en cualquier caso, resulta manifiestamente contradictoria (32).

(32) El respeto al autprecedente ha sido construido por el Tribunal Constitucional como una garantía vinculada al artículo 14 que obliga a todos los jueces ordinarios; así, como una exigencia de la igualdad y de la regla de la universalidad, los órganos jurisdiccionales deben resolver los casos que sean sustancialmente iguales del mismo modo y un cambio de doctrina requiere una

2. ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL MODELO

a) *El alcance de los derechos*

Hemos dicho que los derechos todo lo inundan, pero ¿significa esto que cualquier conducta puede hallar el amparo o la cobertura de un derecho constitucional? Es obvio que no toda conducta se halla tipificada como derecho, pero entonces ¿cuál es su suerte?, ¿hemos de suponer que ahí renace el famoso espacio exento para la configuración legislativa? La respuesta a estos interrogantes depende de varias cuestiones, que no procede desarrollar ahora, pero que conviene enunciar: primero, si se mantiene una teoría amplia o estrecha a propósito del supuesto de hecho de los derechos; y segundo, si se acepta o no la presencia de un derecho general de libertad (33). Inicialmente, el Tribunal enfocó el problema desde una versión amplia y cercana al derecho general. Así, a propósito de si la objeción de conciencia puede formularse sólo frente al servicio militar —que es lo que expresamente dice la Constitución— o si cabe reconocer otras modalidades no tipificadas, declaró que «la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone el derecho no sólo a formar la propia conciencia, sino a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma». En consecuencia, y «puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica... puede afirmarse que la objeción de conciencia es un *derecho reconocido explícita e implícitamente* en la ordenación constitucional española» (34); esto es, reconocido explícitamente por el art. 30.2 en su modalidad específica de objeción al servicio militar, e implícitamente y con carácter general (no absoluto) en el art. 16.1. La afirmación creo que tenía una importancia capital: la existencia de un derecho implícito a la objeción en el seno del art. 16.1 significa que todo caso de objeción debe ser tratado como un caso de limitación del derecho recogido

motivación especial que lo justifique. Pueden verse SSTC 63/1984, 49/1985, entre otras muchas; también M. GASCÓN: *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 50 y sigs.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no parece ser fiel a su propia doctrina, y no porque haya cambiado de criterio en varias ocasiones, sino porque, habiéndolo hecho de manera palmaria, casi nunca lo reconoce ni, en consecuencia, lo motiva. Al contrario, suele empeñarse, a veces contra toda razón, en que dicho cambio en realidad no se produce. Alguna jurisprudencia citada en las próximas páginas representa un buen ejemplo de este modo de actuar.

(33) Vid. R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., págs. 292 y sigs. Mi opinión sobre el particular en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., págs. 217 y sigs.

(34) STC 15/1982. La cursiva es mía.

en dicho precepto. Quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, *en principio* ejerce un derecho fundamental, por más que el juicio definitivo puede desembocar en la negación o rechazo de la posición iusfundamental a la vista de la presencia en el caso de otras razones más fuertes en favor de tal deber jurídico.

Esta doctrina general tuvo oportunidad de plasmarse en la resolución de un caso concreto, la ley que despenalizaba la práctica del aborto en determinados supuestos y que guardaba silencio a propósito de la objeción, es decir, más claramente, que no la reconocía como una posición o actitud lícita. El recurso de inconstitucionalidad que se suscitó denunciaba precisamente la omisión en la ley de un reconocimiento explícito de la objeción en favor del personal sanitario. La respuesta del Tribunal fue concluyente: el legislador pudo en efecto haber regulado *de forma específica la objeción al aborto, incluso tal vez debió hacerlo*, pero su silencio no debe interpretarse como un obstáculo para el ejercicio de la misma, pues el derecho a formularla «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación», pues —reitera una vez más— «la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial a la libertad ideológica y religiosa» (35). En otras palabras, el Tribunal venía a reconocer la legitimidad de una modalidad de objeción no contemplada ni en la Constitución ni en la ley y, por tanto, de una modalidad cuya única cobertura constitucional era la genérica libertad de conciencia: porque la libertad de conciencia es un derecho fundamental —y sólo por eso— rehusar el cumplimiento de un deber jurídico, en este caso de naturaleza profesional, puede exhibir alguna pretensión de licitud.

Lo mismo ocurre con la negativa a transfundir sangre que formulan los Testigos de Jehová: no hay ninguna norma en el ordenamiento que reconozca expresamente esta forma de objeción y, sin embargo, sí existen normas, incluso con garantía penal, que imponen el deber de cuidado y de realización de los actos terapéuticos necesarios para salvar la vida. El conflicto es, sin duda posible y sólo se puede resolver mediante ponderación. Así lo ha reconocido el Tribunal: «la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y de las comunidades, así como la laicidad y la neutralidad del Estado. La respuesta constitucional... sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades del caso. Tal juicio ha de establecer el alcance de un derecho —que no es ilimitado o absoluto— a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes

(35) STC 53/1985.

constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público...» (36).

Sin embargo, esta forma de ver las cosas cuenta con alguna excepción notable. Este es el caso de dos sentencias producidas a propósito de Ley de 1987 que reguló la objeción de conciencia al servicio militar. Aunque esta forma de objeción carece actualmente de interés, no ocurre lo mismo con la —a mi juicio, errónea— doctrina general entonces formulada. En el primero de los fallos puede leerse que la objeción sólo resulta legítima porque así lo establece el art. 30.2, «en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo de la libertad ideológica o de conciencia, que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia» (37). Y la segunda, más rotunda si cabe, afirma que «la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado» (38).

Me parece que esta doble línea jurisprudencial sirve para ilustrar dos formas diferentes de entender la objeción de conciencia y los derechos fundamentales en general: como reglas o como principios, según un modelo geográfico o según el modelo argumentativo. Las dos sentencias últimamente citadas entienden la objeción como una regla definitiva y, por eso, son coherentes al decir que no cabe reconocer algo así como un derecho general a objetar: nadie goza de una posición iusfundamental definitivamente tutelada sólo porque su conducta resulte acorde con sus convicciones. Allí donde la Constitución no tutela claramente una conducta en forma de derecho quiere decirse que existe una esfera de plena libertad para el legislador, que puede imponer los deberes o restricciones que tenga por conveniente. De nuevo la imagen geográfica de las fronteras.

Los primeros pronunciamientos que se han citado, en cambio, conciben la objeción y los derechos como principios o según el modelo argumentativo; es decir, con un carácter *prima facie*: nadie, en efecto, puede pretender el amparo del Derecho meramente porque su conducta resulte conforme a sus convicciones morales, o simplemente porque la juzgue oportuna, pero la presencia del derecho a la libertad de conciencia (o la libertad a secas) sí obliga a tratar la

(36) STC 154/2002.

(37) STC 160/1987

(38) STC 161/1987.

cuestión como un problema de límites al ejercicio de los derechos o, más exactamente, como un conflicto entre estos últimos y las razones que proporcionan las normas incumplidas u objetadas; no existe un derecho general, definitivo y concluyente, pero sí existe lo que pudiera llamarse un derecho a la argumentación, un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, cuyo resultado, como ya se ha dicho, queda librado al juicio de ponderación. Como es obvio, los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan. Ese es, a mi juicio, el sentido último de un constitucionalismo de los derechos.

b) *Los derechos y el ius puniendi del Estado*

Un problema en cierto modo similar se plantea con las normas penales: ¿es completamente libre el legislador a la hora de seleccionar los bienes jurídicos, de diseñar las formas de imputación, de establecer las penas y, en definitiva, de configurar el tipo en todos sus aspectos? o, por el contrario, ¿existe también aquí un deber de ponderación fiscalizable? En el marco del Estado legislativo de Derecho la respuesta hubiera sido clara: el legislador, como titular o representante de la soberanía, ha de poder moverse en esta esfera con total libertad. Pero en el constitucionalismo de los derechos esa respuesta ya no puede ser tan categórica. La primera cuestión a despejar es si existe alguna conexión entre los derechos y el *ius puniendi*, esto es, si el catálogo de los ilícitos penales puede considerarse una limitación a los derechos y, por tanto, sometida a las restricciones constitucionales que ya conocemos.

Pues bien, a primera vista parece que esta cuestión ha de ser resuelta de modo afirmativo. El Tribunal Constitucional no sólo ha declarado que las penas afectan a los derechos, lo que es obvio siquiera sea en las privativas de libertad, sino que a su juicio toda norma penal constituye un desarrollo de los derechos, en el sentido del art. 81.1 (39), con el lógico resultado de que hoy todo el Código Penal se aprueba mediante ley orgánica. Ciertamente, este pronunciamiento nada tenía que ver con la eventual limitación del legislador a través del principio de proporcionalidad, sino con el problema del rango, ordinario u orgánico, que habían de adoptar las normas penales. Pero, cualquiera que

(39) STC 140/1986, que declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley de Control de Cambios al no haber sido aprobada con el carácter de orgánica.

fuese su propósito, el empeño del Tribunal por «organizar» la materia penal sólo podía apoyarse en un argumento que entonces tal vez pasara inadvertido, y es que, de un modo u otro, las penas afectan o desarrollan derechos fundamentales. En otras palabras, si las normas penales han de ser leyes orgánicas porque desarrollan derechos fundamentales (40), entonces habrán de respetar las condiciones establecidas para la regulación de tales derechos. Y, si esto es así, parece claro que la exigencia de justificación a través de la ponderación es una carga que pesa sobre el legislador penal.

Con todo, la conclusión puede ser apresurada. A la vista de la jurisprudencia del Tribunal parece que el lema podría ser que en materia penal «ponderación poca y muy deferente hacia el legislador». Tal vez el pronunciamiento más explícito haya sido el de la Sentencia 55/1996, a propósito del delito de negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutoria al servicio militar. El punto de partida es que resulta imprescindible mantener «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo». Para seleccionar los bienes jurídicos y las conductas atentatorias contra los mismos, el legislador cuenta, pues, con un «amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática»; amplio margen que se torna «plena libertad» para el diseño de la política criminal, de manera que, en suma, «la relación de proporción que debe guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador...». ¿Absoluta discrecionalidad, por tanto? Aquí viene la segunda parte de la argumentación: al Tribunal «tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito exento».

Pero, si no es un ámbito exento, el problema reside en determinar cómo y con qué alcance se articula el control. El Tribunal pasa revista a los elementos que componen el juicio de ponderación y argumenta a partir de conceptos genéricos y meras orientaciones, como por otro lado tal vez no pueda ser de otra manera. Por lo que se refiere a la existencia de bien jurídico, ha de darse por supuesta mientras no se acredite la presencia de objetivos «constitucionalmente proscritos» o «socialmente irrelevantes» (41). En relación con la exi-

(40) Cosa que, dicho sea de paso, me parece más que discutible. Vid. la acertada exposición y crítica de C. LAMARCA: «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 1987, págs. 118 y sigs.

(41) Más que exigir un «bien jurídico» como fundamento del tipo penal, el Tribunal parece conformarse con excluir un «mal jurídico».

gencia de eficacia o idoneidad de la pena en orden a combatir la conducta infractora, no se plantea cuestión alguna en el caso examinado, aunque quizás también se comparta la opinión de que «en pocos casos puede resultar de todo punto manifiesto y evidente que una pena de privación de libertad...o una sanción económica... sea del todo inútil para alcanzar el fin perseguido» (42). Sobre la necesidad de la reacción penal, esto es, sobre la existencia de medidas alternativas menos gravosas, el control «tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio plenamente innecesario... de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento». Y, finalmente, a propósito del principio de proporcionalidad en sentido estricto, el límite de la pena es que «en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona». La conclusión fue que la pena de dos años, cuatro meses y un día a seis años, prevista para el delito de negativa a cumplir la prestación social sustitutoria, resultaba plenamente constitucional (43).

Con este bagaje doctrinal, que representa una de las expresiones más restrictivas del juicio de proporcionalidad, el Tribunal ha rechazado la violación del criterio comentado en algunos supuestos que razonablemente se prestaban a una solución distinta: por ejemplo, consideró que no era desproporcionada la pena de doce años, cuatro meses y un día para un almacenista que se apropió de carne de vacuno congelada propiedad de cierta Comisaría de Abastos, y ello a pesar de que el propio juzgador solicitaba la conmutación de la pena por otra más equitativa (44). Del mismo modo, no ha encontrado desmesurada una pena superior a dos años de cárcel para quienes de forma reincidente pescaran cangrejos en tiempo de veda (45). Finalmente, el Tribunal tampoco halló moti-

(42) J. BARNÉS: «El principio de proporcionalidad. Estudio introductorio», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pág. 30. Afirmación que desde una perspectiva medianamente crítica o garantista resulta cuando menos discutible, vid. L. FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés y otros, Trotta, 5.ª ed., Madrid, 2001, pág. 473.

(43) Toda la jurisprudencia citada en los dos últimos párrafos corresponde a la STC 55/1996.

(44) STC 65/1986.

(45) STC 53/1994.

vos de reproche a la pena de seis meses a un año de privación de libertad para sancionar la negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia, y ello aunque esa pena resultaba superior a la prevista para el hecho mismo de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas (46).

Esta línea jurisprudencial, tan cautelosa en la teoría como restrictiva en la práctica, se vio truncada por la Sentencia 136/1999, relativa al fallo condenatorio por colaboración con banda armada contra los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. No procede aquí comentar los distintos pronunciamientos de esta decisión, pero sí quiero llamar la atención sobre un aspecto para nosotros muy relevante, que es la relación entre sanción penal y derechos fundamentales. En efecto, cuando se ocupó de la prestación sustitutoria en la resolución antes comentada, el Tribunal había declarado que «en la medida en que determinados comportamientos no sean expresión lícita de la libertad ideológica ni queden amparados por la objeción de conciencia legal o constitucionalmente estatuida, pueden ser, en principio, objeto de tipificación penal». De donde se deduce que entre derechos fundamentales y conductas delictivas existe algo así como una frontera nítida y precisa: o el sujeto ejerce un derecho en los términos constitucionalmente permitidos, y entonces no puede ser sancionado; o comete un delito, y eso es señal de que no ejerce un derecho. Esto es expresión del que hemos llamado modelo geográfico, que en verdad hace ociosa la ponderación, ya que ésta parte de un conflicto entre derechos o principios capaces cada uno de ellos, por separado, de subsumir la conducta o norma objeto de enjuiciamiento.

Pues bien, la Sentencia de Herri Batasuna acoge explícitamente un cambio en la forma de ver el problema. El Tribunal comienza afirmando que la cesión de espacios de propaganda electoral en favor de ETA constituye un delito de colaboración con banda armada y que, por tanto, dicha conducta no representa un ejercicio lícito de la libertad de expresión o de los derechos de participación política. ¿Significa esto que entonces hemos abandonado por completo el territorio de los derechos? Si así fuera, aquí debió terminar la argumentación, con la consiguiente desestimación del amparo, pues, de acuerdo con la interpretación precedente, desde el momento en que una conducta ingresa en el catálogo de los delitos ha de abandonar el de los derechos. Pero no fue esto lo que ocurrió. La argumentación del Tribunal prosigue diciendo que lo anterior «no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos» y, aunque se muevan en la ilicitud penal, todavía pueden beneficiarse de un juicio de ponde-

(46) STC 161/1997.

ración que sopesa la gravedad de la pena impuesta con la gravedad de su conducta; juicio que desembocó en la estimación del recurso por violación del principio estricto de proporcionalidad de las penas. Un principio que sólo es aplicable cuando está en juego el ejercicio de derechos fundamentales; de donde se puede deducir que en el caso examinado no se trataba de una conducta «al margen» de los derechos, sino del ejercicio de un derecho en conflicto con una limitación penal y por eso, porque había un conflicto, fue viable la ponderación.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de aventurar algunas conclusiones sobre el estado de la cuestión. La primera es que el ejercicio del *ius puniendi* no representa un espacio exento al control de constitucionalidad a través del juicio de ponderación, y ello por dos razones: porque toda pena debe considerarse como una afectación de derechos fundamentales, y toda afectación de esta clase conlleva una carga de justificación; y porque el propio tipo penal, en la medida en que sea o pueda concebirse como un límite al ejercicio de derechos, constituye también una forma de afectación de los mismos y por idénticas razones ha de adecuarse a esa exigencia de justificación. De manera que la conexión entre Derecho penal y derechos fundamentales es doble: en virtud de la pena y en virtud de la conducta tipificada, que limita o circunscribe la esfera del legítimo ejercicio de los derechos. La segunda conclusión es que, con una sola excepción, el control de constitucionalidad se formula hoy en términos de extraordinaria cautela.

Con todo, es interesante advertir que ese espíritu rigorista no se proyecta con la misma intensidad cualquiera que sea la conexión de la norma penal con los derechos fundamentales. Cuando se plantea sólo la desproporción de la pena a la vista de la gravedad del hecho, el Tribunal hace gala de innumerables invocaciones a la discrecionalidad política del legislador y a la necesidad de una estricta autocontención en el control. En cambio, esa severidad se torna en delicadeza cuando el mismo Tribunal se plantea en qué medida la existencia de una amenaza penal puede disuadir o retraer a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Si confiamos en que esta doctrina se mantenga (de lo que no estoy nada seguro), el resultado parece claro: la carga de la justificación de la legitimidad de la norma penal es mayor cuando la conducta representa un ejercicio abusivo, pero ejercicio al fin y al cabo, de un derecho fundamental; de donde se deduce que existe un alto interés en determinar cuáles son los tipos penales que limitan derechos, no porque impongan una sanción privativa de libertad, sino porque la conducta tipificada supone un ejercicio abusivo de tales derechos (47).

(47) No podemos detenernos en este aspecto, pero creo que si se asume una concepción amplia del supuesto de hecho de los derechos, así como la presencia de un derecho general de li-

Que el bien jurídico sea en verdad *relevante* desde el punto de vista constitucional o social, que la reacción penal resulte *eficaz*, que no existan alternativas *menos gravosas*, que la pena no aparezca como *excesiva*, que su relación con la gravedad del delito no implique una *patente desproporción*, que la amenaza penal no disuada el ejercicio de los derechos más allá de lo *razonable*. Según el Tribunal Constitucional, el control sólo puede prosperar cuando el incumplimiento de estos requisitos se muestre *manifiesto e indubitado*, por lo que cabría pensar que nuestro resultado es algo desalentador ya que podría resumirse así: «el legislador penal puede ser un poco arbitrario, pero no demasiado». Sin embargo, tampoco cabe esperar mucho más. El Derecho, como nuestro lenguaje, está plagado de nociones que proporcionan sólo «grados de verdad»: ¿cuanta oscuridad se precisa para que un hecho sea cometido con nocturnidad?, ¿hasta qué punto ha de ser violento o desconsiderado un tratamiento para ser calificado como «degradante»? Este género de razonamientos, llamados *sorites* (48), son los que están presentes cuando nos interrogamos sobre la eficacia, necesidad o proporcionalidad de la pena: ¿qué grado de ineficacia, demasía o exceso de pena ha de concurrir para que la debamos considerar arbitraria? El Tribunal Constitucional parece sugerir que un altísimo grado, pero, en cualquier caso, parece que esto no nos lo puede resolver ningún juicio de ponderación. Que, sin embargo, no me parece inútil, pues representa un llamamiento a la racionalidad legislativa y al desarrollo de la argumentación allí donde antes —y seguramente ahora también— reinaba sólo la discrecionalidad del poder. De nuevo el constitucionalismo de los derechos abre importantes posibilidades de control, en este caso todavía apenas exploradas.

c) *Los derechos sociales*

Si hay algún fragmento constitucional que suela ser tomado muy poco en serio por especialistas y profanos, ese es el de los derechos sociales o, más exactamente, el de los *principios rectores de la política social y económica* del

bertad, entonces cabe sostener que todo tipo delictivo constituye una limitación al ejercicio de la libertad y debe ser tratado como tal. En consecuencia, y dando por supuesto que la norma penal supere los tres primeros criterios del juicio de ponderación, lo que no parece difícil a la vista de la doctrina comentada, sin embargo siempre resultará sospechosa de que su sanción resulte excesiva al disuadir a los individuos en el ejercicio de sus derechos más allá de lo razonable.

(48) Vid. J. J. MORESO: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, citado, págs. 108 y sigs.

Capítulo III (49). Derechos «aparentes» o «prometidos» (50), «declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico» (51), «conjunto de preceptos heterogéneos, cuyo rasgo común es el de enunciar una serie de objetivos necesarios de la acción del poder, al que la Constitución deja sin embargo una amplia libertad, no sólo para escoger los medios, el modo y el tiempo de alcanzarlos, sino también y sobre todo para concretizarlos» (52), son algunos de los juicios más benevolentes que pueden escucharse sobre estos principios, derechos o cláusulas que articulan el presunto carácter social de la Constitución de 1978. Estaríamos, pues, en presencia de una suerte de «desconstitucionalización» operada por la propia Constitución, que aquí habría dejado de ser una norma vinculante para convertirse en una bienintencionada recomendación.

En contra de lo que pudiera pensarse, el Tribunal Constitucional hace una invocación frecuente de los derechos sociales y no siempre su uso resulta tan retórico como acaba de sugerirse (53). En líneas generales, creo que la jurisprudencia del Tribunal pone de relieve una virtualidad que es, al propio tiempo, una insuficiencia. La virtualidad es que los principios rectores encarnan normas objetivas que ofrecen cobertura para una acción estatal que en otro caso pudiera reputarse lesiva desde la óptica de ciertos derechos y libertades. La insuficiencia es que esos principios entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios o poco concluyentes como para que casi cualquier política pueda justificarse, pero también para que casi ninguna pueda considerarse obligatoria. Esta última cuestión se conecta al problema de la difícil dimensión subjetiva de los principios rectores, esto es, al problema de cómo cimentar posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional.

(49) Cualquiera que sea el modo de entender los derechos sociales, conviene advertir que no todos están en dicho Capítulo. Por ejemplo, si consideramos, como creo que hay que considerar, que los derechos sociales son los derechos prestacionales, resulta que encontramos uno de enorme importancia recogido en la Sección 1.ª del capítulo II, el derecho a la educación. Lo que, por cierto, demostraría que no hay dificultades técnicas insalvables para diseñar derechos sociales de prestación con la máxima protección jurídica.

(50) J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 24.

(51) F. GARRIDO FALLA: «El artículo 53 de la Constitución», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 21, 1979, pág. 176.

(52) F. RUBIO LLORENTE: Prólogo a *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, cit., pág. XIII.

(53) Me ocupé del tema en «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 96 y sigs.

Ciertamente, del artículo 53.2 y 3 se deduce un régimen jurídico devaluado y que dificulta procesalmente la tutela de estos principios, dado que se hallan excluidos del recurso de amparo y que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ahora bien, tampoco conviene olvidar: primero, que si los principios «informarán... la práctica judicial» es que de algún modo podrán ser invocados ante los tribunales. Segundo, que naturalmente el Tribunal Constitucional puede tener conocimiento de los mismos a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. Y tercero, que ni siquiera cabe desechar en forma absoluta la posibilidad del amparo, al menos siempre que sea posible demostrar una conexión entre alguno de los derechos susceptibles de ese procedimiento y una pretensión prestacional nacida del Capítulo III (54); al fin y al cabo, allí donde no existe un catálogo explícito de derechos sociales, como sucede en la Constitución alemana, la viabilidad de su tutela depende de que se puedan adscribir a otros derechos fundamentales explícitos, y así se ha hecho en alguna ocasión; si esa argumentación puede ensayarse en Alemania para brindar alguna protección, también podrá hacerse —incluso con mayor razón— en España para ampliar la esfera del amparo.

Pero, más allá de los problemas procesales, la dificultad principal de los derechos sociales deriva de su propia estructura o fisonomía, que en líneas generales responde a la tipología de las normas programáticas, directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: «realizar una política de... u orientada a..., promover las condiciones para...» en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida; no sabemos a partir de qué umbral de incumplimiento comienza a operar la garantía. Incluso cuando los principios adoptan la forma externa de derechos, resultan tan imprecisos que apenas permiten fundar pretensiones concretas por vía de interpretación: el derecho a la vivienda, por ejemplo, puede intentar satisfacerse mediante subsidios de alquiler o fijando un precio tasado o, en fin, mediante la construcción pública; por otra lado, ¿qué condiciones ha de reunir una «vivienda digna»? ¿debe garantizarse a todos o sólo a quienes carecen de cierto nivel económico? Diríase, pues, que nos halla-

(54) No sería la primera vez que el Tribunal amplía el ámbito del amparo. Por ejemplo, se ha construido una especie de derecho al rango de ley orgánica a partir de la conexión entre los artículos 17.1 y 81.1 (STC 159/1986); o un derecho a la motivación de las decisiones judiciales sobre la base de la conexión entre los artículos 120.3 y 24.1 (STC 14/1991).

mos resueltamente en la esfera de la política, exenta de cualquier control jurisdiccional (55).

Así parece considerarlo el Tribunal Constitucional. De un lado, en efecto, da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo (56), acaso identificando la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores, que son cuestiones que conviene diferenciar. De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación con el principio de protección familiar (art. 39), sostiene que «es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado (57); y lo mismo cabe decir de la Seguridad Social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de «entre tales poderes son el legislador y el Gobierno quienes deben adoptar decisiones y normas...» (58). Finalmente, tampoco parece haber acogido el criterio de «irregresividad» o irreversibilidad, esto es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una obligación de «avanzar», sí establecen una prohibición de «retroceder»: del artículo 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener «todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual» (59).

Por tanto, los resultados no parecen hoy por hoy excesivamente prometedores. Sólo en alguna ocasión el Tribunal se ha pronunciado en favor de un núcleo indisponible para el legislador; así, a propósito del sistema de Seguridad Social, el Tribunal dice que el artículo 41 «consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... *un núcleo o reducto indisponible para el legislador*» (60). Ciertamente, no queda muy claro el concreto alcance de ese núcleo, pues para determinarlo se remite a «la conciencia social de cada

(55) Vid. E. W. BÖCKENFÖRDE: *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., págs. 76 y sigs. En cambio, con una argumentación sugestiva, Alexy opina que mediante ponderación es posible justificar un catálogo de derechos sociales mínimos, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, etc., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 495.

(56) ATC 241/1985.

(57) STC 222/1992.

(58) STC 189/1987.

(59) STC 134/1987.

(60) STC 37/1994. La cursiva es mía.

tiempo y lugar», pero lo importante es que su existencia, en éste y seguramente en otros derechos prestacionales, acredita lo que pudiéramos llamar una «competencia de configuración» por parte del Tribunal, al margen y por encima del legislador, pues a la postre es al Tribunal a quien corresponde traducir la «conciencia social» en exigencias concretas. Que los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa, al menos, que algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política.

También aquí el constitucionalismo de los derechos permite vislumbrar unas posibilidades casi inexploradas. Los principios rectores son enunciados constitucionales y todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido esencial o núcleo indisponible (61). Que para determinarlo hallamos de apelar a la «conciencia social», interpretada naturalmente por el Tribunal Constitucional, no debe producir escándalo; también la fijación del *tertium comparationis* «es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga» (62) y no por ello se ha puesto en duda la fuerza obligatoria del principio de igualdad ante el legislador. Sin duda, los derechos sociales presentan dificultades añadidas: enunciados poco concluyentes que no imponen conductas concretas, exigencia de medios financieros y de servicios públicos, frecuente colisión con otros derechos o con las prerrogativas del legislador para diseñar su política social y económica, etc. Todo ello es cierto, pero no impone una abdicación absoluta del Derecho en favor de la política. Las exigencias de proporcionalidad y razonabilidad, en suma, las exigencias de los derechos constitucionales no quedan derogadas, tampoco en este capítulo. Y precisamente es tarea de la argumentación constitucional intentar conjugar unas pretensiones conflictivas pero que reposan en razones justificatorias que tiene un igual fundamento en la Constitución. Una vez más, nada de «materias» exentas o de espacios de inmunidad.

* * *

(61) La idea de contenido esencial se compagina mal con la concepción de los derechos que aquí se ha desarrollado. De un lado, porque sugiere algo tan extraño como que un derecho tiene «partes», y sobre esto llama la atención J. JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, cit., pág. 70. De otro, porque viene a emparentar con ese modelo geográfico y no argumentativo que hemos comentado: núcleo intocable donde el legislador nada tiene que decir y completa libertad en el resto. Lo que pretende indicarse en el texto es simplemente que en los principios rectores del Capítulo III existe también un contenido constitucional que obliga al legislador y que puede ser usado como base de un juicio de ponderación.

(62) F. RUBIO LLORENTE: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEC, Madrid, 1993, pág. 640.

El Derecho constitucional puede ser considerado como un ordenamiento separado del que representa el Derecho ordinario; concretamente como aquel que regula la organización y el ejercicio del poder y, a lo sumo, determinadas y tasadas relaciones jurídicas entre ese poder y los ciudadanos. Aunque esta forma de ver las cosas sigue teniendo un peso importante entre nuestros operadores jurídicos, he procurado mostrar que una Constitución densamente rematerializada, el constitucionalismo de los derechos, propicia un enfoque diferente donde ya no cabe hablar por un lado de cuestiones constitucionales y, por otro, de cuestiones de Derecho ordinario, porque todas están o pueden ser constitucionalizadas. Lo que no es equivalente a decir que todas vengan determinadas desde un viejo documento fundacional. Sin duda, el Estado constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aun contradictorias concepciones ideológicas, preservando siempre los derechos de los individuos y de los grupos minoritarios; simplificando, el Estado constitucional democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del legislador, pero bastante también reservarse a la esfera de lo inaccesible para la mayoría. Sin embargo, creo que es equivocado pensar que entre el ámbito de lo innegociable y el ámbito de lo político existe algo así como una frontera material siempre nítida; acaso es cierto que algunos fragmentos constitucionales se inscriben más bien en el capítulo de la justicia, mientras que otros pertenecen principalmente al capítulo de la política, pero ni la configuración legislativa está excluida por completo en el primero, ni la configuración judicial puede hallarse en absoluto excluido del segundo.

Suponer que hay «materias» de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen «materias» de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional. Por ello, tal vez en lugar de pensar en «materias», deberíamos pensar en círculos de competencia. Desde luego, tampoco aquí la separación puede ser tajante, pero, cuando menos, apunta en un sentido susceptible de conjugar los dos principios en pugna: el principio de la democracia, pues ningún ámbito queda por completo sustraído a la particular concepción de la mayoría; y el principio de la constitucionalidad o de la defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, pues ningún ámbito queda tampoco absolutamente al arbitrio de la política.

En las páginas anteriores he intentado defender que esta forma de ver las cosas no tiene un interés puramente académico, sino que se proyecta sobre el núcleo mismo del Derecho constitucional y del sistema de derechos, que hoy es justamente el capítulo de su interpretación. Los tres casos o ejemplos que he desarrollado, al margen de su importancia intrínseca, han servido como banco

de pruebas de esas dos concepciones y, por fortuna, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos ha suministrado ejemplos en favor de cada una de las alternativas. La primera, que he llamado de reglas o geográfica, se empeña en esa visión más simplista: si la Constitución no ha tutelado de modo explícito una conducta, el legislador puede operar libremente y nada hay que decir; si no lesiona el contenido de los derechos, la ley puede establecer los tipos delictivos y las penas que juzgue convenientes; si la política social y económica es competencia de la mayoría, ninguna pretensión iusfundamental cabe sostener en esa esfera. Muy distinto es el enfoque del modelo argumentativo o de principios y no reiteraremos sus diferentes consecuencias en los casos examinados. Su aspecto fundamental consiste precisamente en un entendimiento amplio de los derechos y de las cláusulas materiales de la Constitución para, a partir de ahí y apelando a una racionalidad jurídica que a todos alcanza, o debe alcanzar, proceder a un examen, no de la competencia legislativa en sí misma, sino de sus ejercicio a la luz de las razones en pugna.