

DE LA IMPONDERABLE PONDERACIÓN Y OTRAS ARTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SANTIAGO SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional

Departamento de Derecho Político UNED

SUMARIO

1. Introducción
2. Los orígenes de la ponderación en los Estados Unidos
3. La «Abwägung» y el «Bilanciamento»
4. El uso de la ponderación por el Tribunal Constitucional español
5. El significado de la ponderación para el Tribunal Constitucional español
6. Ponderación y proporcionalidad
7. Ponderación, proporcionalidad y razonabilidad
8. Presupuestos teóricos de la ponderación y problemas que suscitan
9. La ponderación y el marco constitucional español

1. INTRODUCCIÓN

España, es de sobra sabido, y no obstante su experiencia de vieja nación, sufrió un retraso notable a la hora de adaptar su estructura jurídico-política a la modernidad, e incorporarse al grupo de Estados que integraban la elite de la forma democrática de gobierno. En cambio, algunas de las instituciones creadas al amparo de la Constitución de 1978 adquirieron con rapidez los hábitos de sus equivalentes en Europa y Estados Unidos, sin detenerse a examinar las peculiaridades históricas de esas realidades geopolíticas y culturales, ni a pensar en las consecuencias de la adopción de experiencias foráneas. Tal es el caso de nuestro Tribunal Constitucional, considerado como una entidad

simbólica del progreso jurídico constitucional, y protagonista de una transformación radical de nuestro universo jurídico, cuyos efectos aun no se han dejado sentir plenamente y que ha generado en algunos especialistas tanta perplejidad como desconfianza. Una desconfianza que nace de la impotencia dimanante de que no existe la posibilidad de exigirle responsabilidades por su actuación, dado el status privilegiado que se le ha otorgado como órgano constitucional, excepcionando la regla de oro de cualquier sistema democrático y constitucional, que equipara poder y responsabilidad.

Esa transformación prácticamente revolucionaria del ordenamiento jurídico se ha llevado a cabo de manera continuada, *fortiter et suaviter* y sin ruido ni descanso, mediante la utilización en la motivación de las distintas decisiones —autos, sentencias, declaraciones—, de unas técnicas ajenas a la práctica judicial secular española, que ha tomado prestadas de la experiencia de Estados Unidos, Alemania e Italia, y a las que no corresponde un concepto bien determinado. Me refiero a vocablos o expresiones tales como la razonabilidad, la adecuación, la proporcionalidad, y la ponderación. Aunque algunas sentencias de los Tribunales Constitucionales y otros autores las han denominado principios, criterios o parámetros, es más correcto el término de 'técnicas' porque indica de modo vago e incierto y pretendidamente neutral, un complejo, todavía sin sistematizar ni codificar, de medios de evaluación y de argumentación cuyo rasgo común es el de no ser reconducibles al razonamiento jurídico 'tradicional'. Es, si se quiere, la de técnicas, una expresión residual; es decir, que sirve para indicar y reunir en una fórmula unitaria, bajo el aspecto nominal pero no bajo el conceptual, todos los casos en los cuales los procedimientos que conducen a las decisiones del Tribunal no siguen el recorrido clásico silogístico-deductivo¹.

Esa práctica, sorprendentemente, se ha introducido sin soporte legal alguno, por la mera vía de hecho, de manera si no contraria —algo que sería discutible—, sí extraña al ordenamiento español y a nuestro universo jurídico. No se ha estimado necesario por el Tribunal justificar en absoluto la importación de ese peculiar modo de razonar sin raíces en, ni vínculos con, nuestro Derecho de la familia del «civil law». Los problemas que plantea son serios y múltiples y no es el menos importante el de su vaguedad y maleabilidad. Desconocemos, entre otras cosas, las causas reales del uso de estas técnicas en el razonamiento jurídico-constitucional, aunque podamos imaginarlas; no podemos, tampoco, definir a ciencia cierta su número, naturaleza jurídica, significado exacto, ámbito de aplicación y vigencia. Además el Tribunal Constitucional no ha hecho ni una sola alusión a lo que las mencionadas técnicas interpretativas suponen desde el punto de vista jurídico —para la certeza del Derecho, para la seguridad jurídica, para el principio de legalidad—; ni políticamente —para el principio de la división de poderes, para el Estado de

1. Omar CHESSA, «La misura minima essenziale dei Diritti Sociali: problemi e implicazioni di un difficile Bilanciamento», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, p. 1173, nota (8).

Derecho y para las libertades individuales para cuya protección se constituye el Estado. Ni una sola explicación 'razonable', 'ponderada' 'adecuada' y 'aceptable' de qué deba entenderse por 'razonabilidad', 'ponderación', 'adecuación'. Ni una sola palabra sobre la pretendida legitimidad del Tribunal Constitucional para emplear instrumentos interpretativos que implican ni más ni menos que la creación de un Derecho Constitucional Libre —lo que a mi juicio es una contradicción en los términos—, adaptable a la evolución de los tiempos, evolución interpretable claro está por el mismo Tribunal Constitucional.

Para comprender cómo y por qué ha ocurrido todo este proceso y para entender las razones de esta poderosa corriente alternativa a la interpretación jurídica tradicional, hemos de empezar por referirnos a las experiencias extranjeras, que han sido objeto de pormenorizados análisis y estudios, para luego examinar la experiencia propia y, finalmente, la doctrina que ha tratado de justificar esta orientación de la jurisdicción constitucional.

2. LOS ORÍGENES DE LA PONDERACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

Si bien la invocación de la ponderación («balancing») en las resoluciones del Tribunal Supremo norteamericano², —el primero que comienza a utilizarla de manera habitual— no aparece hasta la década de 1940³, el fundamento filosófico de la utilización de tal herramienta en la solución de los litigios de orden constitucional se encuentra en el denominado realismo jurídico, o «legal realism». El realismo jurídico fue una corriente de pensamiento integrada por juristas y sociólogos del Derecho de la categoría de Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo⁴, entre otros, unida por sus ataques a la

2. El único trabajo monográfico realizado en España que yo conozco sobre la ponderación en Estados Unidos, a la que a continuación vamos a referirnos, lo publicó Xavier ARBÓS, con el título «La Ponderación de intereses en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos» en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a J.J. Ruiz-Rico*, Vol. II, Madrid, 1997, Tecnos, pp. 1394-1410. Existen referencias más o menos extensas en las obras de Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984; y Francisco Javier DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEP, Madrid, y C., 1997.

3. Empero, según Richard H. PILDES, el proceso de sustitución del análisis categórico, seguido por el enfoque formalista, por los tests de ponderación comenzó 'grosso modo' alrededor de 1910. Vid. su «Avoiding Balancing: The role of exclusionary reasons in Constitutional Law», *Hastings Law Journal*, vol.45, n.4, 1994, p. 713, nota 3. En Europa es dable encontrar referencias a la ponderación a principios de siglo XX, por ejemplo, en la obra de Kelsen. Al abordar el problema de la interpretación y de sus medios usuales —'argumentum a contrario', analogía—, escribe: «A su vez, el principio de la llamada «ponderación de intereses», no es más que una formulación, no una solución del problema. Pues no da la medida objetiva con arreglo a la cual pudieran ser comparados los intereses contrapuestos y resueltos los conflictos entre los mismos. Esta medida o criterio no puede deducirse de la norma interpretada o de la ley u orden jurídico que la contiene, como piensa la teoría de la ponderación de los intereses.» En: *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, pp. 62-63.

4. La concepción del Derecho de Holmes aparece clara ya en el artículo «The Path of Law», publicado en el número 10 de la *Harvard Law Review*, en 1897. Roscoe Pound expuso su punto

jurisprudencia de conceptos o jurisprudencia mecánica. Bajo esta denominación agrupaban, sin matices ni distinciones, a todos aquellos intérpretes del Derecho Constitucional y teóricos del Derecho que acostumbraban a conferir a los términos y los conceptos usados en la formulación de las normas un significado cierto e invariable; de manera tal que en la aplicación de tales reglas, se decía, bastaba con un mero ejercicio silogístico⁵. Tras ese reproche, no se ocultaba que la acusación de fondo tenía que ver con la supuesta incapacidad del Derecho para adaptarse al cambio social. Y por más que los presupuestos de esa crítica no se ajustaran estrictamente a la verdad, porque la adaptación del Derecho a las transformaciones sociales es sobre todo responsabilidad —al menos compartida— del legislador, y porque los jueces nunca han desempeñado una labor puramente mecánica, ni siquiera en la época en que se les consideraba «bouche de la loi» —Montesquieu— u «oráculos vivientes» del Derecho —W. Blackstone—⁶, lo cierto es que la crítica de los pragmáticos abrió el camino a una nueva forma de interpretar los preceptos constitucionales, porque concedía márgenes más amplios al juzgador y, sobre todo, demandaba una motivación de las decisiones judiciales que otorgaba gran importancia a factores como las consecuencias sociales de las mismas o la imagen que podían dar de la labor juzgadora.

Por otra parte, es muy probable que un elemento inductor del abandono del 'formalismo' fuera el deseo de los jueces de dejar de aparecer a los ojos del justiciable como últimos responsables de las consecuencias inexorables del funcionamiento del sistema legal. «La ansiedad connatural al desempeño de la labor judicial y la conveniencia de proporcionar una apariencia de objetividad a las decisiones judiciales facilitaron, sin duda, el tránsito al relativismo legal y al uso por parte de los jueces de técnicas de distanciamiento del papel de ejecutores de la justicia»⁷. Entre esas técnicas se encontraba la ponderación.

de vista en «The scope and purposes of sociological jurisprudence», artículo publicado también por la *Harvard Law Review* en 1911; y Benjamin CARDOZO hizo lo propio en 1912, en *The Nature of Judicial Process*, Yale University Press, 1921. A estos nombres habría que añadir, lógicamente, los de John Dewey, Karl Lewellyn y Jerome Frank.

5. Con palabras similares lo expresaba T. Alexander Aleinikoff: «La ponderación supuso una ruptura notable con el pasado, que respondía al colapso del formalismo y del conceptualismo del siglo XIX, así como a medio siglo de cambios sociales e intelectuales. Basándose en las obras de Holmes, James Dewey, Pound, Cardozo, y los realistas, y enarbolando las banderas del pragmatismo, del instrumentalismo y de la ciencia, la ponderación representaba una clara tentativa del poder judicial de que podía demostrar que podía deshacerse de la jurisprudencia mecánica sin rechazar la noción misma de Derecho». En: «Constitutional Law in the age of balancing», *The Yale Law Journal*, vol.96, number 5, April 1987, p. 949.

6. La obra de Montesquieu, de donde procede la expresión, data de 1748, mientras que la de Blackstone, es de 1765. Sus metáforas, interesadamente tomadas al pie de la letra por los realistas y otros críticos afines, no pueden inducirnos a creer que los jueces hayan sido alguna vez meras máquinas de producción de silogismos, sin voluntad y sin dilemas axiológicos; simplemente, no serían humanos.

7. James G. WILSON, «The morality of formalism», *UCLA Law Review*, vol.33, n.1, p. 431-484.

Fue uno de los magistrados del Tribunal Supremo norteamericano, Harlan Fiske Stone, quien expresamente sentó, ya en 1936, las bases para el empleo de la ponderación como método de interpretación y aplicación del Derecho. «Expresaré sucintamente —escribía—, la que considero la tendencia resultante de nuestro pensamiento legal. Estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el Derecho no es un fin en si mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuados de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de la incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del Derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del Derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los límites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedentes y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el juez tiene libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de las ventajas económicas y sociales que, finalmente, inclinarán, el platillo de la balanza del juicio en favor de una norma en vez de otra. En este ámbito, el juez desempeña esencialmente la función del legislador, y en un sentido real, elabora Derecho»⁸. Zechariah Chafee Jr., por su parte, fue, en materia de libertad de expresión, quizás el primero en preconizar el uso de juicio de ponderación para solventar los supuestos de conflicto entre la libertad de expresión y los límites impuestos por el legislador⁹.

La ponderación alcanzó pronto, en el universo judicial norteamericano, una enorme difusión¹⁰; y aunque algunos se ha fijado solamente en uno de

8. En: «The Common Law in the United States», *Harvard Law Review*, vol. 50, n.1, 1936, p. 20. Harlan F. Stone fue magistrado del Tribunal Supremo entre 1905 y 1942.

9. En su obra *Free Speech in the United States* (Harvard University Press, 1941), escribía: «Para encontrar la frontera de cualquier derecho debemos ir más allá de las normas legales a los hechos humanos. En nuestro caso debemos considerar tanto los deseos y necesidades del individuo que quiere hablar, como aquellos del gran grupo de seres humanos entre los que habla. O sea, en lenguaje técnico, existen intereses individuales e intereses sociales que tenemos que contrapesar («which must be balanced against each other») si entran en conflicto, a fin de establecer que interés será sacrificado bajo las circunstancias de que se trate, y cual será protegido y se convertirá en fundamento de un derecho legal. No debe olvidarse que el acto de sopesar no puede hacerse como es debido sin determinar adecuadamente cuáles son los intereses implicados [...]» p. 31.

10. El «balancing», o ponderación, ha recibido una gran atención por parte de la doctrina norteamericana. Aquí, empero, al margen de los artículos que se mencionan de A. Meikeljohn, Louis Henkin, Walter F. Murphy, T. A. Aleinikoff y Frank M. Coffin, recogeré tan sólo una muestra de los estudios realizados siguiendo un orden cronológico: Laurent B. FRANTZ, «The First Amendment in the balance», *Yale Law Journal*, n. 71, 1962, pp. 1424 y ss; Wallace MENDELSON, «On the meaning of the First Amendment. Absolutes in the balance», *California Law Review*, vol. 50, 1962, pp. 821 y ss; Charles FRIED, «Two concepts of interest: some reflections on the Supreme Court's balancing test», *Harvard Law Review*, vol. 76, 1962-1963, pp. 755 y ss; M. NIMMER, «The right to speak from times to time: First Amendment theory applied to libel and misapplied to Privacy», *California Law Review*, vol. 56, pp. 935 y ss; Benjamin S. DUVAL, Jr., «Free communication of ideas and the quest for truth: toward a teleological approach to First Amendment adjudication», *The George Washington Law Review*, vol. 41, 1972, pp. 161 y ss; J. H. ELY «Flag desecration: a case study in the roles of categorization and balancing in First Amendment analysis», *Harvard Law*

sus campos de aplicación —las limitaciones gubernamentales a la libertad de expresión—, el Tribunal Supremo recurrió a menudo a ella para solventar múltiples pleitos constitucionales¹¹, en particular en la década 1960-1970, durante la que las demandas contra los poderes públicos por presuntas violaciones de distintos derechos fundamentales se incrementaron notablemente¹².

El uso de la ponderación partía sin duda de la creencia en que las demandas fundadas en pretendidas violaciones de derechos individuales podían solventarse mejor planteándolas y argumentándolas en términos de conflictos entre intereses en pugna. Idea procedente de la «escuela realista»¹³ que llevaba a los jueces a equiparar derechos e intereses¹⁴ y, finalmente, a recurrir a la práctica de la ponderación. De esta forma, además, evitaban entrar a señalar prioridades o establecer jerarquías, puesto que esa función, en el mejor de los casos, correspondía al poder legislativo. A la hora de ponderar, sin embargo, el Tribunal Supremo norteamericano no se mostró especialmente escrupuloso

Review, vol. 88, 1975, pp. 1482 y ss; Craig R. DUCAT, *Modes of Constitutional Interpretation*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1978, esp. pp. 116-192; Thomas I. EMERSON, «First Amendment doctrine and the Burger Court», *California Law Review*, vol. 68, 1980, esp. pp. 447-456; Paul W. KAHN, «The Court, the community and the judicial balancing: The jurisprudence of Justice Powell», *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 1, 1987, pp. 1y ss; Burt Neuborne, «Notes for a theory of constrained balancing in First amendment cases: an essay in honor of Tom Emerson», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 38, 1988, pp. 576 y ss.; Kathleen M. SULLIVAN, «Post-liberal judging: The roles of categorization and balancing», *University of Colorado Law Review*, vol. 63, 1992, pp. 293 y ss.; Robert F. NAGEL, «Liberals and balancing», *ibid.* pp. 319 y ss.; Richard H. FALLON, «Implementing the Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 111, n. 1, 1997, esp. pp. 77-83.

11. «En el debate constitucional la ponderación se ha convertido en un término referido a la actividad judicial explícita consistente en sopesar valores o intereses concurrentes para establecer la doctrina constitucional. El Tribunal resuelve problemas constitucionales por medio del contrapeso del interés estatal en adoptar una norma que contraviene el comercio interestatal y la carga que impone sobre el comercio; (la ponderación de) la necesidad de secreto del Presidente en el ámbito ejecutivo frente a la necesidad de los Tribunales de obtener la información que aquél retiene; o (la ponderación de) el interés social en la protección de la vida o de la vida potencial del feto frente al interés de la madre en poner fin a la gestación.» Louis HENKIN «Infallibility under Law: constitutional balancing», *Columbia Law Review*, vol.78, 1978, p. 1024. Estos son sólo unos pocos ejemplos de entre los numerosísimos que existen.

12. Recuérdese que esos años fueron cruciales en Estados Unidos en la lucha contra la desigualdad, sobre todo contra la discriminación racial. Se aprobaron entonces, entre otras, la Civil Rights Act (1964), el Decreto Presidencial 11-246 de 25 de septiembre de 1965, la Voting Rights Act (1965), la Fair Housing Act (1968), y se creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en materia de Empleo.

13. «Desde el punto de vista funcional —escribía Roscoe Pound—, el Derecho es un intento de satisfacer, reconciliar y ajustar esos intereses y demandas superpuestos y a veces conflictivos, bien garantizándolos directa e inmediatamente, bien mediante la delimitación, o compromiso entre, intereses individuales, para satisfacer al mayor conjunto de intereses, o a los intereses que pesan más en nuestra civilización, con el mínimo sacrificio del esquema de intereses globalmente considerado.» En: «A Survey of social interests», *Harvard Law Review*, vol. LVII, n.1, 1943, revisión del trabajo titulado *The theory of social interests*, publicado en mayo de 1921.

14. «Frente al vocablo 'derechos', el término 'intereses' proporciona una mayor flexibilidad a los jueces y, sin duda, sirve mejor a la preferencias judiciales por un relativismo moral.» R. George WRIGGHT, «Does Free Speech jurisprudence rest on a mistake?: implications of the commensurability debate», *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol 23, 1990, p. 776, nota 105.

con la entidad ni con la terminología de los factores ponderables. Además de considerar prácticamente intercambiables 'derechos' e 'intereses' en las supuestas colisiones entre la libertad de expresión y de prensa y los intereses gubernamentales (vid. p. ej. los casos *American Communications Ass'n v. Douds*, 339 U.S. 382, 400, 1950¹⁵ y *Niemotko v. Maryland* 340 U.S. 268, 276, —Opinión concurrente del magistrado Felix Frankfurter—, 1951), también utilizó como equivalentes de aquéllos los vocablos 'necesidades' y 'valores' (p. ej. en el caso *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 750-751, 1987).

Naturalmente la utilización del «balancing» en los juicios por infracción de la Primera Enmienda y su generalización como método de interpretación no se produjo de modo pacífico. Son conocidas en particular las críticas que a dicha práctica formularon dos juristas de reconocido prestigio e influencia en la judicatura y en la doctrina, sobre todo a raíz de la decisión recaída en el caso *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959). En una conferencia pronunciada en New York el 17 de febrero de 1960, el juez Hugo Black objetó contra el test de la ponderación con estas palabras: «El gran peligro que supone es que en tiempos de crisis confiere al Gobierno el poder de hacer lo que estime necesario para protegerse con independencia de los derechos de los individuos. Si la necesidad es grande, siempre podrá decirse que el derecho del Gobierno tiene más valor o importancia que los derechos individuales [...] Además el método de la ponderación aplicado a las libertades individuales presume en los legisladores y los jueces más poder que en los padres fundadores o más poder que el que yo considero debería ser confiado, sin limitación, a cualquier hombre o grupo de hombres. Me parece que el método de la ponderación desconoce los rasgos únicos de nuestra Constitución —estar escrita en un sólo documento, su superioridad sobre el poder legislativo, la división de poderes y el establecimiento de un poder judicial independiente— y nos devuelve al estado de supremacía parlamentaria que existía en Inglaterra»¹⁶.

Para Alexander Meiklejohn, «la teoría que sostiene que los valores constitucionales pueden ser 'ponderados'—«balanced»— por los tribunales de apelación es radicalmente hostil, no sólo a la primera enmienda, sino también al propósito y a las estipulaciones de la Constitución entendida como un todo.[...] La figura retórica de la ponderación —a la que recurre la opinión del Tribunal— sugiere la utilización de una balanza en la que es posible colocar dos

15. «En esencia —decía el Tribunal Supremo—, el problema es sopesar los probables efectos de la norma sobre el libre ejercicio del derecho a expresarse y reunirse frente a la determinación del Congreso, que considera las huelgas políticas conductas malvadas que causan un daño considerable al comercio interestatal, y que los comunistas y otros plantean amenazas continuas a ese interés público cuando se encuentran en posiciones de liderazgo sindical. Tenemos, por lo tanto, que realizar la «difícil y delicada tarea de ponderar las circunstancias para valorar la sustancialidad de las razones preconizadas en apoyo de la regulación del libre goce de los derechos.» *Schneider v. State*, 1939, 308 U.S., 147, 161»

16. Hugo BLACK, «The Bill of Rights», *New York University Law Review*, vol. 35, 1960, pp. 878 y 869-870.

pesos del mismo orden para que puedan ponderarse y comprobar, así, cual pesa más. Pero, en términos reales, la ponderación no se lleva a cabo. El problema legal (en el caso enjuiciado) dimana de la acusación contra Mr. Barenblatt de que ha dañado la seguridad, la preservación de la nación. (Pero) ¿cuánto daño ha causado? ¿qué tipo de daño? Es difícilmente aceptable que su solo acto (de negarse a responder) haya situado a la nación ante un peligro mortal. ¿De cuánto daño es responsable? Es este un cálculo que la opinión judicial ni hace ni siquiera toma consideración. Y de forma análoga, el peso situado en el otro platillo de la balanza es igualmente indeterminado. Se afirma que el interés individual de Mr Barenblatt sufre un daño menor como consecuencia de la acción del gobierno. Pero ¿qué interés o intereses suyos han sido sacrificados? ¿A qué equivalen?¹⁷.

El recurso generalizado a la técnica de la ponderación como método interpretativo-resolutivo de pleitos representó, sin duda, en Norteamérica, una forma de acreditar que se había superado el viejo método formalista y que se tenían en cuenta en el razonamiento judicial consideraciones tales como los condicionantes del entorno socio-político y las posibles consecuencias del fallo judicial. La ponderación, por otra parte, proporcionó no pocos beneficios al poder judicial, porque de su utilización parecía desprenderse un halo de imparcialidad y de conexión con la realidad encomiables: que el juzgador conecta el abstracto universo jurídico con la realidad concreta de los hechos; que tiene en cuenta todos los intereses relevantes en el caso y los sopesa cuidadosamente a fin de alcanzar una decisión lo más objetiva posible; todo parecía sugerir postre, una motivación detallada y una adaptación de la jurisprudencia a las circunstancias siempre cambiantes de la vida.

Ello no obstante, la polémica sobre los presupuestos, la legitimidad y las consecuencias de la ponderación, ha continuado a lo largo de los años, como lo demuestra el Simposio celebrado en el Hastings Law School en febrero de 1994 con el significativo título «¿Cuándo es una línea tan larga como una roca pesada? Sobre la reconciliación de los valores públicos y los derechos individuales en el juicio constitucional¹⁸». El extraño título procedía de la opinión concurrente expresada por el juez del Tribunal Supremo Antonin Scalia en el caso *Bendix Autolite Corp. V. Midwesco Enters.* 486 U.S. 888, 897, que equiparó la labor de la ponderación constitucional con la comparación entre la longitud de una línea y el peso de una roca¹⁹.

17. «The balancing of self-preservation against political freedom», *California Law Review*, n.40, 1961, pp. 7 y 12-13.

18. Las comunicaciones presentadas al Simposio están recogidas en el número 45 de la revista *Hastings Law Journal*. Una de ellas, la de Richard H. Pildes, citada en la nota 5 de este trabajo, fue traducida al castellano por Rosario Serra Cristobal y publicada por la Revista española *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.14/15, pp. 27-62.

19. El texto completo del párrafo en el que se encuentra esa mención reza así: «Una vez evaluados 'grosso modo' los intereses de ambas partes, el Tribunal procede a juzgar cual es el más importante. Este proceso se denomina de ordinario 'ponderación', pero la analogía con la

3. LA «ABWÄGUNG» Y EL «BILANCIAMENTO»

De manera análoga al Tribunal Supremo norteamericano, pero en un ambiente jurídico cultural muy distinto, como el universo jurídico romano-germánico, los Tribunales Constitucionales alemán e italiano comenzaron, sobre todo desde la década de los años sesenta, a recurrir a fórmulas argumentativas semánticamente imprecisas del tipo de la adecuación, la proporcionalidad, la ponderación y la tolerabilidad, en la sentencias que dictaron en los juicios sobre la legislación que presumiblemente limitaba algunos derechos fundamentales, pero también en otros casos sometidos a su conocimiento.

Si hemos de aceptar la fundada opinión de Winfried Kluth, «el Tribunal Constitucional alemán reconoció expresamente en 1968 que la ‘prohibición de exceso’ (*Übermassverbot*) y el ‘principio de proporcionalidad’ (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) son reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional del Estado de Derecho, del que aquellas reglas se deducen (BverfGE 23, 127, 133)»²⁰. La prohibición de exceso y principio de la proporcionalidad en sentido amplio serían expresiones casi equivalentes, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se equipararía al principio de ponderación. En realidad, parece ser que El *Bundesverfassungsgericht* aplicó por primera vez la técnica de la ponderación —*Abwägung*— en su sentencia sobre el caso *Lüth* (BverfGE 7, 198, 210 y ss.), en el que, partiendo de la idea de la Constitución como «totalidad dinámica que ha establecido un orden objetivo de valores», el Tribunal fundamentó su decisión en la ponderación de los valores concurrentes en el pleito suscitado.

En efecto, la ponderación se inscribe en el constitucionalismo alemán en el contexto de la interpretación según valores o principios, que prescinde de los cánones tradicionales de la interpretación jurídica, y en el círculo más amplio del principio de la proporcionalidad de las leyes, donde se concreta como principio de la proporcionalidad en sentido estricto²¹.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica la realización por el Tribunal de un triple juicio: el de adecuación o idoneidad (*Geeignetheit*), el

balanza no resulta apropiada porque los intereses en ambos lados son incommensurables. Es como juzgar si una línea es más larga que una roca pesada.»

20. «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 219-220.

21. No es extraño, por lo tanto, que el Prof. Murphy escribiera: «El Tribunal Constitucional federal de Alemania Occidental utiliza a veces la ponderación para referirse a su principio de «proporcionalidad»[...] Aunque existe —añadía— un elemento afín a la práctica americana de la ponderación, se da una analogía mayor con esa parte de la regla americana del examen estricto —strict scrutiny— que exige que, cuando una acción gubernamental afecta aun derecho fundamental, el gobierno muestre que el propósito público es válido y «compelling», o importante o sustancial, y que el mismo propósito no podría lograrse mediante un procedimiento menos agresivo o adoptando otro tipo de medida.» Walter F. MURPHY, «An Ordering of Constitutional Values», *Southern California Law Review*, vol.53, 1980, p. 711, note 32.

de necesidad (*Erforderlichkeit* o *Notwendigkeit*) y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Proportionalität* o *Abwägung*). Con la ponderación se pretende determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales, estableciendo en cada caso cuál es la jerarquía entre los bienes supuestamente enfrentados. Los alemanes, por otra parte, a la hora de ponderar utilizan de modo indistinto los términos 'intereses', bienes' y 'valores'²² y se sirven de la expresión *Güterabwägung*.

Al igual que ocurrió en Norteamérica, la creación judicial de los principios de proporcionalidad y de ponderación y sobre todo su conversión en normas de control de la constitucionalidad de leyes y actos de los poderes públicos por parte del Tribunal Constitucional alemán fue objeto de algunas críticas²³, pero también se ha terminado aceptándose por la generalidad de la doctrina²⁴. Y ello a pesar de la plena conciencia de que «la transformación de los derechos constitucionales en valores, y la misma interpretación científico espiritual, que liberan al juez de la constitucionalidad no solo de los otros instrumentos argumentativos del juez del 'civil law', sino de la carga de proceder con un instrumental de argumentos típico [...] acaban por favorecer una creatividad jurisprudencial a menudo difícilmente controlable»²⁵.

En Italia, el denominado *bilanciamento* de los intereses y de los principios constitucionales se inscribe en el postulado de la *ragionevolezza*, o razonabilidad²⁶, que, a su vez, nace del principio de igualdad y se comenzó a utilizar en los años 1957 y 1958 como criterio para enjuiciar el por qué de tratamientos legislativos distintos de otros cuando se trataba de regular materias similares. «El *bilanciamento* representa la ulterior y última evolución del

22. Vid.: Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*, Madrid, CE-C, 1994, pp. 286 y ss.

23. Vid. E. FORSTHOFF, «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959; Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1976, H. RIDDER, «Wendekreis der Grundrechte», *Leviathan*, 1977.

24. Vid., entre otros, P. LERCHE «*Übermass and Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit un der Erforderlichkeit*», Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München Bonn, 1961; B. SCHLINK, *Auwägung inm Verfassungsrecht*, Dunker & Humblot, Berlin, 1976; H. SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles*, Nomos-verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1979.

25. Augusto CERRI, citando a C. Amirante y L. Elia, «Il 'Principio' come fattore di orientamenti interpretativo e come valore 'privilegiato': Spunti e ipotesi per una distinzione», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1987, p. 1820.

26. En este sentido, Anna MOSCARINI, p. ej., escribe: «Prevalece entre los jueces italianos la tendencia a asimilar la cuestión del *bilanciamento* en una perspectiva de interpretación de las disposiciones constitucionales y a hacer de ella una modalidad del control de la razonabilidad». *Ratio Legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, Giapichelli, 1996, p. 136. Roberto Bin — el primero de los autores italianos en dedicar una monografía al 'bilanciamento' —, escribe: «Una mirada *prima facie* a la jurisprudencia sugiere la hipótesis según la cual las técnicas de ponderación estén en gran parte calcadas del modelo del juicio de la razonabilidad, es decir, de un sistema de estructuras de argumentación que la Corte ha elaborado al referirse al principio de igualdad». En *Diritti e Argomenti Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 5.

juicio de razonabilidad en cuanto que afecta no ya directamente a las leyes ordinarias, sino a la solución de conflictos entre valores constitucionales en el momento de su concreción. Del juicio de igualdad al *bilanciamento* de intereses se percibe el paso de una técnica de juicio de tipo interpretativo a una de tipo no interpretativo o exclusivamente argumentativo. El *bilanciamento* es una forma de decidir que no deriva de un silogismo jurídico, sino que está dirigido a formular juicios de valor que son necesarios para seleccionar las premisas del silogismo mismo. Aquí la razonabilidad alcanza el máximo de independencia de las funciones aplicativas propias de un juez. Es ponderación. Ya no es subsunción»²⁷.

Según Roberto Bin, la doctrina del «bilanciamento» sustituyó en la jurisprudencia constitucional italiana a la doctrina de los límites naturales de los derechos fundamentales, que la Corte seguía prácticamente hasta el comienzo de los años 1970, y en virtud de la cual se entendía que la regulación del ejercicio de cualquier derecho realizada con el propósito de conciliar aquél con el ejercicio de otros derechos no suponía menoscabo o violación alguna. La coexistencia de distintos derechos conllevaba la necesidad de limitación recíproca. Pero la determinación estricta de los límites del derecho en cuestión implica que también se establezcan claramente los límites del interés o bien jurídico concurrente, lo cual resulta muy difícil cuando este último es un interés institucional —como la seguridad pública, el funcionamiento de la economía, etc.—. En esos casos la Corte se veía obligada a recurrir a conceptos indeterminados o definiciones elásticas, con pérdida de la certeza, de la coherencia y de la estabilidad propias de una interpretación clasificatoria y categórica de significados y jerarquías. La alternativa era salir de las reglas y de las formas de la interpretación y su nombre es ‘bilanciamento degli interessi’²⁸. «La ponderación como procedimiento argumentativo dirigido a justificar la asunción de las premisas de la decisiones es una operación que se sitúa en el mismo plano que la interpretación y que coincide con ella en los objetivos. La diferencia se encuentra en que mientras la interpretación tiene que ver con el texto, la ponderación (en gran medida), no»²⁹.

Así pues, la ponderación es una técnica que en realidad elude la interpretación y establece cual será la norma decisoria partiendo del peso que se atribuye a cada uno de los intereses concurrentes en el caso. «La decisión de ponderar no es ni interpretativa ni deductiva, sino que se basa en la formulación de juicios de valor no sujetos a un cotejo de coherencia sistemática, aun cuando en la motivación de la sentencia el juez constitucional pretende que la decisión aparezca como la salida natural y lógica de un itinerario rígida-

27. Francesco VIOLA, «Costituzione e ragione pubblica: Il Principio di ragionevolezza tra Diritto e Politica», *Persona y Derecho*, 46, 2002, pp. 42-43.

28. Roberto BIN, *Diritti e Argomenti Il Bilanciamento degli Interessi nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 56 a 61.

29. *Ibidem*, p. 143.

mente hermenéutico»³⁰. De acuerdo con G. Scaccia, las fases de la ponderación son tres: una primera, de identificación de los bienes y valores constitucionales afectados por la legislación examinada por la Corte, que ha sido denominada por R. Bin como establecimiento de la topografía del conflicto; una segunda, de determinación de la regla del conflicto, mediante una ponderación *ad hoc*, durante la cual se procede a verificar el peso relativo de los bienes o valores enfrentados en las circunstancias del juicio; y una tercera, de evaluación del interés público que se pretende satisfacer mediante el sacrificio de los valores protegidos. En el supuesto específico de medidas legislativas limitativas de derechos fundamentales, la Corte Constitucional italiana ha proporcionado a través de numerosas sentencias las pautas que deben seguirse para proceder a la ponderación, que son tres: a) el criterio del «*contemperamento*», que obliga a coordinar los intereses contrapuestos de manera tal que se evite el sacrificio de uno de ellos; b) el criterio del «*minimo mezzo*», o de la restricción estrictamente necesaria del derecho en cuestión para alcanzar un fin constitucionalmente relevante; y c) la regla de «*la coesistenza del limite*», que obliga a que la norma limitadora de un derecho fundamental debe sustentarse en un interés constitucionalmente relevante que compense con su actuación el sacrificio del derecho³¹.

4. EL USO DE LA PONDERACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La primera referencia a la ponderación aparece muy pronto, en el *Auto 29/81*, con motivo de la solicitud de la suspensión de la ejecución de un acto emanado de los poderes públicos. Se decía en aquél lo siguiente: «La regla permisiva de la suspensión protege exclusivamente al *interés particular* del recurrente, para evitarle perjuicios patrimoniales o de otra condición diferente que le agravarían; mas este sostén, dado su alcance meramente individual, puede ceder y postergarse, cuando tal posición subjetiva se enfrente a *intereses comunitarios o a derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero*, siempre que estos últimos posean axiológicamente una superior entidad cualitativa, según la ponderación natural de los valores³², por alcanzar amplios espectros sociales o prevalentes derechos y libertades de otras personas ajenas al acto del objeto del recurso, o que fueran beneficiadas con él; debiendo de considerar el Tribunal, para resolver el conflicto entre perjuicio y

30. Gino SCACCIA, «Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, p. 3954.

31. Todo ello está desarrollado con acumulación de citas doctrinales y jurisprudenciales en el artículo antes referido de Gino SCACCIA, que ha sido actualizado en la obra del mismo autor titulada *Gli Strumenti della Ragionevolezza nel Giudicio Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, cap. 6, pp. 324-383.

32. La cursiva, salvo indicación expresa, es imputable al autor de este trabajo.

perturbación, y entre los intereses y valores contrapuestos, *la presencia, alcance y contenido de los mismos*, con criterios de *ponderada racionalidad*, para determinar, en definitiva, los que existen y son preferentes, y los que faltan o son postergados, y como repercuten en la concesión o denegación de la suspensión de la ejecutoriedad del acto sometido al recurso de amparo.» Tras esta farragosa parrafada, el Tribunal se niega a considerar lisa y llanamente si debería acceder a la concesión de la suspensión demandada, teniendo en cuenta los perjuicios irreversibles o de difícil reparación que podrían causarse al recurrente. La denegación, mediando esa posibilidad, sólo está contemplada en la norma —el art. 56.1 de la LOTC— cuando de la suspensión «pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero». La Ley Orgánica, por otra parte, no menciona valor³³ alguno, ni equipara valores con intereses, ni contiene mención axiológica alguna. En fin, el Tribunal no entra a analizar en el auto cuáles son «la presencia, el alcance y el contenido» de los posibles perjuicio y perturbación, por lo que realmente nos quedamos con las ganas de aprender como se lleva a cabo esa delicada tarea de la «ponderación natural de los valores».

En la *STC 31/1981*, el Tribunal se sirve de nuevo de la ponderación en un contexto muy distinto del anterior. Se trataba de establecer si una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en la que se había declarado culpable al procesado había o no violado su derecho a la presunción de inocencia. Pues bien, en uno de los fundamentos jurídicos se afirma: «El principio de libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde valorar *su significado y trascendencia*, en orden a la fundamentación del fallo contenido en la Sentencia. Pero para que dicha *ponderación* pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso.» Aquí parece que el Tribunal Constitucional, arrogándose olímpicamente una competencia propia del Juez o Tribunal que conoce del proceso penal —cual es la valoración de la prueba—, apunta que *la ponderación consiste en valorar el significado y la trascendencia de los distintos elementos de prueba* y llegar a una conclusión. ¿Equivalen esos «significado y trascendencia» a «la presencia, alcance y contenido», a los que aludía en el Auto anterior, de los elementos probatorios?

En el *Auto 375/83* encontramos un párrafo en el que la referencia a la ponderación se sitúa en un ámbito que no es el de las decisiones judiciales, y

33. El Tribunal vuelve a calificar de 'valores' a los intereses individuales y generales en otro auto —123/83— pronunciado también ante una pretensión de suspensión de la ejecución de un acto presuntamente lesivo.

que reza así: «Todo *bien* o valor constitucionalmente reconocido, puede representar, en supuesto de conflicto, un límite para otros *bienes* o valores. En principio, *la Ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a este Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al efectuarla.*» Desde luego, el legislador pondera y, también, según los casos, estima conveniente, cree necesario, considera oportuno o adecuado, valora como urgente, se inclina por lo que resulta aconsejable, etc.etc., porque como órgano legislativo elegido democráticamente y ejecutor del 'indirizzo político', es el competente para hacerlo, pero ¿dónde se encuentra la competencia del Tribunal Constitucional para «corregir los errores que cometa el legislador al ponderar»? ¿A qué ponderación se refiere el Tribunal?

En la famosa *STC 53/1985*, recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra el proyecto de ley orgánica de reforma del Código Penal, que dio lugar a la formulación de cinco opiniones discrepantes, nos encontramos con una de las primeras invocaciones de la ponderación que servirá de base a posteriores sentencias y que suscita varios interrogantes. En efecto, en su fundamento jurídico n.º 9, el Tribunal plantea la litis como un enfrentamiento entre la vida del *nasciturus* y la vida y la dignidad de la mujer, y después de decir que «se trata de graves conflictos que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*», afirma: «ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer, pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus* —¡aunque al final lo tienen!—, dado que dicha prevalencia supone la desaparición de un (¡)bien constitucionalmente protegido (!) — los signos de exclamación son míos—, sino que encarna (¡)un valor central del ordenamiento constitucional (!)». Y concluye: «Por ello, en la medida *en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto*³⁴, *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»³⁵.

En la *STC 53/1986*, el Tribunal continuó anclado en esa perspectiva conflictiva, en esa ocasión, entre el derecho a la huelga y el interés público en el

34. Aseveración ésta más que discutible; pensemos en el propio derecho a la vida —cosa distinta es que su protección alcance sólo a las personas—, en la libertad de pensamiento o en el derecho a no ser torturado, por citar algunos ejemplos.

35. Un enfoque *más razonable* del asunto hubiera empezado definiendo el referente del término «Todos» del artículo 15 de la C.E., que como es obvio significa todas las personas y, luego de conectar esta noción con la sancionada años ha en nuestro Código Civil, habría concluido que el *nasciturus* no es persona, ni tampoco, *ex Constitutione*, 'bien constitucionalmente protegido' alguno. Por lo que no existe conflicto alguno, ni ponderación que traer a colación. Pero aun si aceptamos a los puros efectos dialécticos el planteamiento del T.C., habría que preguntarse que entiende el Tribunal por 'carácter absoluto' de los derechos y en qué se tradujo la 'ponderación' en este caso.

mantenimiento de unos servicios mínimos; y volvió a recurrir al artificio de la *ponderación* desde un presupuesto a mi juicio cuestionable. «Que tipo de garantías ordenadas al mantenimiento de los servicios esenciales —decía el T.C.— pueden ser adoptadas sin menoscabo del derecho consagrado en el artículo 28.2 C.E. es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente, remitiendo a *la ponderación, de un lado, de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad sobre la que incide, y, de otro, a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute.*» (Fundamento jurídico 3.º). Naturalmente, el Tribunal no explicó el significado de la ponderación, ni el cómo ponderar, ni cuándo hacerlo, ni el por qué.

El Tribunal Constitucional, en el ya prolongado desempeño de su función, *ha ponderado también «las circunstancias individuales del procesado»* (STC 33/1999); *ha ponderado entre el derecho a la libre expresión invocado por el trabajador «y las modulaciones que a su contenido impone la buena fe»* (STC 1/1998); *entre «los derechos y libertades de los artículos 25.1, 16.1 y 20.1 a y c de la C.E. y la vida, la seguridad de las personas y la paz social»* (STC 136/1999); y *entre otros derechos, bienes, valores y principios*. Son múltiples y variadas, en fin, las situaciones en las que el Tribunal ha ponderado.

Con todo, si existe *un terreno en el que el recurso a la ponderación ha proliferado es el de los pretendidos conflictos entre la libertad de expresión o de información y otros derechos o bienes*³⁶, particularmente *el derecho al honor*. Admitamos en descargo del órgano político jurisdiccional, que su vacilación sobre el que debería ser el contenido de ellos le impulsaba a moverse en las procelosas y turbias aguas de la actividad ponderativa. Desde sus primeras sentencias, el TC adoptó un punto de vista conflictivo³⁷, que básicamente partía de la consideración de cada derecho como un coto individualista al arbitrio de su titular.

Pero ¿existía jurídicamente hablando tal conflicto? La respuesta habría sido negativa si se hubiera empezado por una labor delimitadora del contenido de los derechos fundamentales y de su ejercicio, excluyendo de su respectivo ámbito de protección acciones o conductas que suponían otra cosa. Por ejemplo, la injuria no puede caer bajo el círculo protector de la libertad de expresión, porque excede o traspasa el ámbito de ésta última. Procedía, en cambio, hablar de conflicto entre derechos fundamentales, bien por la razón antes apuntada, bien porque no se tenía una noción clara de los derechos funda-

36. Particularmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

37. Es esta una idea que expuso Juan CIANGIARDO en su obra *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, (Pamplona, EUNSA, 2000), a tenor con la cual el concepto de derecho que maneja el conflictivismo jurídico se reduce a una facultad que todo hombre posee de hacer cuanto le plazca, sin más límites que los que impone —externamente— su existencia junto a los restantes hombres» (p. 11); un concepto individualista del derecho, que ha perdido de vista su fundamento ontológico y su carácter relacional.

mentales en cuestión y se partía de un concepto elástico —o mas bien práctico— de los mismos que, por su propia índole, remitía la fijación de sus contornos en cada caso a las instancias judiciales o constitucionales. Así, la STC 104/1986 sentó en su fundamento 5.º que: «cuando del ejercicio de la libertad de opinión y del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco que siempre hayan de ser consideradas éstas prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otro.»

Desde esa premisa inicial — la de la indeterminación del derecho o libertad fundamental y de sus límites— se siguió una línea de razonamiento que ha empleado argumentos no solamente discutibles, sino innecesarios. En efecto, para justificar ese planteamiento se ha afirmado una y otra vez: 1) que los derechos no son absolutos; 2) que todos se sitúan en un mismo nivel y, por lo tanto, no existe una jerarquía entre los mismos; y 3) que en el caso de conflicto entre uno o varios derechos y otro u otros derechos es menester ponderar para resolverlo.

Si he calificado de discutibles, e incluso de innecesarios, esos argumentos es por las razones siguientes: en primer término, sostener que no hay derechos constitucionales absolutos no es del todo cierto si pensamos que la vida de las personas, en concreto cuando se ha constitucionalizado como derecho fundamental, lo es. Pero también lo son el derecho a no ser torturado, como lo ha reconocido la STC 151/1997³⁸, o la libertad de pensamiento. En cuanto al resto de los derechos fundamentales, lo son siempre que su ejercicio se mantenga dentro de los umbrales del respectivo alcance de cobertura; si se traspasan aquellos, ello supone un abuso, exceso o extralimitación, que no constituye ya ejercicio del derecho en cuestión³⁹. La cuestión reside en la «delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que se deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental»⁴⁰. En segundo lugar, el hecho de que el TC

38. «En efecto, salvo contadas excepciones, como la del derecho a no ser sometido a torturas, los derechos fundamentales no son absolutos.» (Fto. jco. 5.º).

39. «La distinción entre cobertura y protección es importante a la hora de separar la cuestión de la categoría de la acción a la que el derecho (cualquier derecho) se aplica, de la cuestión de si el derecho debería prevalecer en casos de conflicto con otros intereses, o de otros derechos. Ningún derecho puede ser ilimitado en su cobertura, pero al menos resulta plausible imaginar que un derecho es (absoluto) ilimitado en la protección que dispensa dentro del alcance de su cobertura.» Fred SCHAUER, «Categories and First Amendment. A play in three acts», *Vanderbilt Law Review*, n. 2, 1981, p. 276.

40. Ignacio DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988,

haya decidido no establecer en abstracto jerarquía alguna entre los derechos y libertades fundamentales⁴¹, no significa que todos ellos tengan el mismo valor. La vida, lógica y existencialmente, posee un valor prioritario y preeminente; y algo similar puede decirse —aunque sea procedimental o proceduralmente⁴²— de la libertad de expresión política respecto de los derechos de reunión de asociación y de participación en los asuntos públicos; o ¿es que es posible un ejercicio real de éstos sin que esté previamente garantizada aquélla?

En fin, de la tesis inicial de la falta de carácter absoluto de los derechos, no se sigue inexorablemente la necesidad de que haya que ponderar los derechos o libertades supuestamente enfrentados. Ponderar o no es una opción o facultad que como tal puede o no ejercitarse, pero no es la única. Siempre que se plantea un dilema se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes y se sopesan las consecuencias probables de la misma, pero en buen número de ocasiones adoptamos la decisión de que se trate partiendo de juicios de principio o categóricos, que son la base de nuestro sistema ético o moral y que implican una opción determinada. Lo cual nos lleva al centro de nuestra preocupación: ¿qué ha entendido y qué entiende nuestro TC por ponderación?

5. EL SIGNIFICADO DE LA PONDERACIÓN PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Durante varios años el TC no proporcionó indicio que permitiera colegir o averiguar que había de entenderse por ponderación como concepto técnico-jurídico, limitándose a señalar que se trataba de una operación casuística y necesaria. En principio, todos los elementos presentes en el litigio podían considerarse ingredientes de la misma: los intereses en juego, las normas, sus límites y fines, las circunstancias del momento, etc., pero no se sabía que hacer con ellos. De esta manera, el TC anuló varias sentencias de la jurisdicción ordinaria, por omitir un trámite o evacuarlo incorrectamente, que nadie sabía en

p. 137. Postura mantenida asimismo por Antonio-Luis MARTÍNEZ PUJALTE, que escribe: «más allá de los contornos que lo delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta, pues el derecho fundamental se impone a todos los poderes públicos.» En: *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1994, p. 53. A idéntico resultado llega también Pedro Serna cuando dice: «la determinación teleológica del derecho convierte automáticamente en superfluas otras delimitaciones extrínsecas de los derechos, ya sea en orden a su ejercicio singular, ya sea desde la perspectiva del posible conflicto con otros.» en su artículo «Derechos Fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana Iura*, 4, 1994, p. 229.

41. Son muchas las sentencias del TC en las que afirma que en los supuestos de conflictos no se trata de establecer jerarquías ni prevalencias *a priori*, sino conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos en su eficacia recíproca. Véase por todas la STC 320/1994.

42. Sobre lo que esto significa, vid. Giovanni SARTORI, *Teoría de la Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 376.

que consistía. Expuesta como fórmula sin explicitación ni desarrollo, la ponderación era una exigencia de difícil o imposible satisfacción, que remitía en última instancia a la discrecionalidad del intérprete supremo de la Constitución. «Ponderación entre la lesión [...] y el derecho fundamental», «ponderación de valores frente a la libertad de expresión», «juicio ponderativo de los valores en conflicto», «ponderación de los derechos en presencia», «juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes» o «del caso concreto», «ponderación entre el derecho fundamental [...] y las modulaciones que a su contenido impone el deber de buena fe», «ponderación de las circunstancias individuales del procesado», «ponderación entre los derechos fundamentales [...] y la vida, la igualdad de las personas y la paz social», etc., etc.

La utilización *ad libitum* y *ad nauseam* de la ponderación por el TC no se ha acompañado, como antes se indicó, de una explicación plausible de la misma. Ni siquiera de la opción semántica del TC, porque no hay que olvidar que no es lo mismo «la consideración imparcial de los aspectos contrapuestos de una cuestión», que «la acción de medir una cosa o un derecho»; en el primer caso, estamos ante una labor de identificación y comparación neutras de dos magnitudes opuestas, mientras que en el segundo lo que hacemos es calibrar la importancia o transcendencia de una sola cosa; en el primer caso, estamos descartando *ab initio* el carácter preponderante de cualquiera de los aspectos enfrentados, mientras que en el segundo nos ceñimos a aquilatar o precisar el valor de algo, sin relación necesaria alguna con otro objeto comparable.

Aparte de esa falta de precisión conceptual, uno de los interrogantes más serios que plantea el uso de la ponderación es su aplicabilidad indefinida e indiscriminada a circunstancias personales o reales, derechos, limitaciones, valores, principios, bienes. ¿Cuál es su ámbito? ¿Acaso son verdaderamente ponderables los derechos, los valores y los principios? De poco sirve argüir en defensa de la misma su condición de metáfora, con la que algunos la califican, porque en el caso español el TC la ha convertido —en virtud de no sé que autoridad ni competencia— en requisito indispensable del juicio de constitucionalidad. Ello es así no obstante haberla considerado al mismo tiempo como «una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los jueces y tribunales del Poder Judicial, por mandato de la propia Constitución (art.117.3)» (STC 76/1995, fto.jco.5). La cuestión es que si forma parte de las facultades⁴³ inherentes a la potestad de juzgar, ¿como puede, dada su naturaleza, ser una condición «sine qua non» de todo juicio en el que se lesione o vulnere un derecho fundamental? como el TC sostiene. De otra parte, si es privativa de jueces y Tribunales ¿cómo es que ha sido el TC quien ha exigido e impuesto su utilización?

Una de las paradójicas conclusiones a la que ha llevado la práctica seguida por el TC ha sido que ha acabado por definir la ponderación como «una

43. La palabra facultad indica la capacidad para realizar cierta función, pero no implica la obligatoriedad de realizarla.

labor *hermenéutica* que no es sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca» (STC 219/1992, fto.jco.2.). Y digo paradójica porque si hay algo que la doctrina ha dejado claro es la índole argumentativa y no interpretativa del juicio ponderativo. Como escribió en su día Antonio Saitta: «en las sentencias en las que la decisión final se justifica mediante la ponderación entre valores constitucionales diversos —y a veces contradictorios— se recurre a técnicas argumentativas y no formales o deductivas. Si la demostración de un razonamiento científico constituye el paradigma de la argumentación deductiva, en el lado opuesto, o sea como ejemplo de argumentación persuasiva, está la motivación de la sentencia constitucional en materia de ponderación y de relativización de los diversos principios constitucionales.⁴⁴ En el mismo sentido, Gino Scaccia más recientemente ha escrito: «con la imagen metafórica del «bilanciamento degli interessi» se entiende la referencia a una técnica no interpretativa que extrae la regla de la decisión de la ponderación de los principios constitucionales concurrentes, disponiéndolos en una relación jerárquica. [...] La decisión de ponderar es, por lo tanto, una decisión *interpretativa y no deductiva*, basada en la formulación de juicios de valor no sometidos a una verificación de coherencia sistemática, incluso en el supuesto de que en la motivación de la sentencia el juez constitucional tienda a hacer aparecer la decisión como la salida natural y lógicamente necesitada de un itinerario rígidamente hermenéutico⁴⁵.

Y también resulta paradójica la práctica del TC porque la determinación del contenido de los derechos convierte a la ponderación en algo totalmente superfluo. Porque si la ponderación consiste en fijar el ámbito las libertades y derechos otorgando a cada uno su valor, habrá que colegir que una vez determinado aquél, el supuesto conflicto entre derechos no será tal, sino extralimitación o abuso de uno de ellos, lo que en definitiva excluirá cualquier ponderación ulterior. Lo cual nos plantea otro problema de no menor importancia que no abordaré aquí: ¿qué hacer cuando el contenido de los derechos o libertades presuntamente enfrentados aun no ha sido fijado? ¿sigue siendo posible 'ponderar'? ¿será de la competencia de los tribunales ordinarios, del TC o de ambos? ¿Dejará el TC de ponderar cuando establezca el contenido de todos los derechos y libertades fundamentales constitucionalizados?

6. PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD

Aunque parezca increíble, el camino de la indeterminación recorrido por el TC español en el uso de la ponderación no acaba aquí. Hay que añadir la

44. En: *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 135.

45. En: *Gli «Strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 310.

incertidumbre que suscita la conexión-confusión que ha establecido entre las técnicas de la ponderación y de *la proporcionalidad*. Así, mientras en la STC 219/1992, el TC subrayaba que «en el juicio de ponderación debe operar, entre otras circunstancias, el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de un derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos», sentando en consecuencia que «*la ponderación constituye un género más amplio*» y que «el juicio de proporcionalidad no es sino una variante o especie de la ponderación en bienes o intereses»⁴⁶, las Sentencias 50/1995, 66/1995, 161/1997 y 53/2002, entre otras, consideran que *el juicio o mandato de ponderación está comprendido en el principio de proporcionalidad*; pero bajo la denominación de 'proporcionalidad en sentido estricto'. M. González Beilfuss se ha referido a este enredo en términos similares: «la jurisprudencia constitucional recaída hasta ahora tampoco ha diferenciado nítidamente la ponderación del principio de proporcionalidad. Influida por la relación existente entre ambos conceptos, el Tribunal los ha empleado en muchas ocasiones de forma prácticamente indistinta, refiriéndose en unos casos a la proporcionalidad como modalidad de ponderación, y en otros a la ponderación como elemento integrante de la proporcionalidad»⁴⁷.

Ni siquiera aparece(n) clara(s) la(s) diferencia(s) en el círculo de los estudiosos que parecen haberlas captado. Por ejemplo, el Prof. L. Prieto Sanchís —que justifica el uso de la ponderación— sostiene que: «la proporcionalidad es la fisonomía (¡fisonomía significa aspecto externo!) que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes; (y) [...] se descompone en cuatro elementos, que deberán ser acreditados por la decisión o norma impugnada: un fin constitucionalmente legítimo de la interferencia en la esfera de los derechos; [...] la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin [...]; la necesidad del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios [...] ; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto. [...] La ponderación de bienes se resuelve en el principio de proporcionalidad»⁴⁸. En suma, a tenor con lo

46. Javier Barnes «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, p. 35.

47. En: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 103-104.

48. Luis PRIETO SANCHÍS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 8, 2000, Madrid, pp. 444-445 y 447.

expuesto, ponderación y proporcionalidad son similares, o conducen a lo mismo.

El TC tampoco ha establecido una línea divisoria entre los ámbitos en los que deben manejarse u operar las técnicas de la ponderación y de la proporcionalidad. Y así lo ha constatado la doctrina: «nuestra jurisprudencia constitucional parece partir del presupuesto de que el ámbito propio del principio de proporcionalidad es el de las relaciones entre el poder público y la libertad individual (SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996) [...]. Sin embargo, no faltan ocasiones en que el Tribunal hace referencia a la proporcionalidad en ámbitos que no son los de la intervención del poder en la esfera de libertad del individuo; por ejemplo, en la STC 219/1992»⁴⁹ (ya aludida).

Una de las más preocupantes utilizaciones de la proporcionalidad como canon de constitucionalidad, se produjo con motivo de la resolución del recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 29 de noviembre de 1997, que había condenado a la Mesa Nacional de Herri Batasuna por un delito de colaboración con banda armada. Por primera vez y de forma impredecible el TC declaraba la inconstitucionalidad de un precepto del Código Penal por considerar desproporcionada la pena allí prevista. Tal desproporcionalidad suponía la vulneración, a juicio del TC, del principio de legalidad penal, inserto en el artículo 25 de nuestra Constitución⁵⁰.

En la Sentencia 136/1999, el TC utilizó —por vez primera— el principio de proporcionalidad «un principio que no figura por su nombre en la Constitución»⁵¹, que no había sido invocado por los recurrentes⁵², «para invadir un espacio de decisión que corresponde a la soberanía del legislador», sin justificar debidamente tan «innovador paso» y dejando a un lado «el efecto de inseguridad» que la Sentencia «introduce en un ordenamiento como el penal, en el que debe ser un eje diamantino la seguridad y la certeza»⁵³.

Hay que subrayar en efecto que el principio de proporcionalidad, que ha sido aplicado de manera esporádica en el pasado cercano en el exclusivo contexto del Derecho Penal y del Derecho Administrativo sancionador, no está recogido en el párrafo 3 del artículo 9.º de la Constitución, ni en ningún otro de sus preceptos. De ahí que el TC se haya visto obligado a fundamentar el recurso al mismo en nociones tales como el Estado de Derecho, el valor justicia y la

49. José M.ª RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de intereses en el Derecho Administrativo*, M. Pons, Madrid, 2000, p. 110.

50. Sobre el principio de proporcionalidad en materia penal pueden verse, entre otras, las obras de Teresa AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal* (Madrid, Civitas, 1999).

51. En palabras de, D. Rafael de Mendizábal Allende, uno de los Magistrados discrepantes.

52. La LOPJ 6/1985, dispone en su artículo 11.3 que «Los Juzgados y Tribunales de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre (¿)sobre las pretensiones que se le formulen (![...], en aras de la congruencia procesal se entiende.

53. En términos del voto particular discrepante del Magistado D. Vicente Conde Martín de Hijas, con el que el firmante de este artículo coincide plenamente.

dignidad de las personas —SSTC 85/1992 y 111/1993, entre otras—, las cuales desde la óptica de la seguridad jurídica —que sí está recogida en la CE—, servirían más bien para desaconsejar su uso en el ámbito del Derecho Constitucional o, al menos, delimitarlo debidamente mediante la fijación de su contenido, naturaleza y supuestos de aplicabilidad.

El TC cita en su resolución previas sentencias enfatizando que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo» Pero «pese a ese enunciado general, viene a la postre a hacer un escueto juicio de proporcionalidad, utilizando ésta como criterio sustancial, al referirlo a la cuantía de la pena. De haber seguido la lógica de la argumentación[...], la consecuencia más coherente hubiera debido ser la censura de la subsunción de la conducta de los recurrentes en el tipo penal aplicado, y no la elevación de la censura de la aplicación del precepto por el Tribunal supremo al precepto penal mismo[...] El uso que se hace del principio de proporcionalidad constituye una aplicación desmedida del mismo. [...] Paradójicamente, la aplicación del principio (resulta) desproporcionada»⁵⁴.

7. PONDERACIÓN, PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD⁵⁵

Si de la vaguedad e indeterminación de la ponderación y de la proporcionalidad nos habla reiteradamente la jurisprudencia constitucional, ¿qué decir cuando en una sentencia se invoca conjunta o separadamente de aquéllos el instrumento de la razonabilidad⁵⁶ para controlar la constitucionalidad de una norma o de un acto de los poderes públicos? Porque, a semejanza de lo que ocurre con el binomio ponderación-proporcionalidad, el TC ha utilizado desde muy temprano el binomio proporcionalidad-razonabilidad⁵⁷ de manera

54. *Ibidem*.

55. No voy a entrar aquí, ni puedo, dada la índole de este trabajo, a estudiar en detalle el problema de la razonabilidad de las decisiones judiciales, ni de las Sentencias del Tribunal Constitucional. Angel Carrasco Perera, uno de los pocos especialistas en el tema, la ha definido como «método específico de aplicación normativa», añadiendo que «puede hablarse de juicio de razonabilidad cuando el Tribunal tenga que aplicar un precepto fundamental a un supuesto de hecho de forma tal que manifieste una voluntad de llegar a un resultado convincente, por medio de un método de aplicación normativa estrictamente jurisdiccional a partir de una norma constitucional cuyo contenido no está totalmente determinado por su texto.» «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, pp. 45-46.

56. No hace falta insistir en que el criterio, test o «standard», de la razonabilidad —«reasonableness»— es un de los primeros instrumentos a los que primero acudió el Tribunal Constitucional, como tempranamente lo hizo el Tribunal Supremo norteamericano para controlar la constitucionalidad de las medidas limitadoras de los derechos y libertades.

57. Así, en la STC 113/1989 se dice: «Cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionales protegidos y guardan proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcional de los valores recogidos en la Constitución.»

asociada a veces, diferenciada otras, sin establecer jamás su respectivo significado y alcance, sin importarle por ejemplo si lo proporcional resulta razonable⁵⁸

Según Juan Cianciardo «las diferencias entre razonabilidad y proporcionalidad son poco importantes: la razonabilidad tiene su origen en el Derecho anglosajón, y es la proporcionalidad, en el Derecho europeo continental. Se ha afirmado con razón —prosigue— que los elementos del principio de proporcionalidad en sentido amplio coinciden sustancialmente con los elementos del juicio de razonabilidad»⁵⁹.

Sea como fuere, a estas alturas no sabemos a ciencia cierta si el concepto de proporcionalidad no es sino una de las variables del de la razonabilidad⁶⁰, ni donde empieza y acaba lo 'razonable' de una disposición legislativa o de un acto de gobierno. En cambio, tenemos la certeza de que una resolución judicial que resulte comprensible o justificable por estar basada en la aplicación del principio de proporcionalidad, puede resultar arbitraria e irracional y, por lo tanto, poco razonable, sobre todo si se ponderan todas las circunstancias concurrentes. Así es si se toman en consideración los que la doctrina estima requisitos para que una decisión sea razonable: «1) que la decisión se tome en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría adoptar, una decisión estrictamente racional; 2) que la decisión logre un equilibrio entre exigencias contrapuestas; y 3) que sea aceptable por la comunidad»⁶¹.

Una explicación aceptable del principio de razonabilidad es la que la identifica con la no arbitrariedad⁶². O, por decirlo en términos kantianos: entre la razonabilidad y la arbitrariedad existe no ya una contradicción, sino una oposición o repugnancia real entre extremos, entre los que no cabe mediación⁶³.

58. «En bastantes ocasiones el TC utilizó el principio de proporcionalidad sin apenas diferenciario de otros principios. Uno de los casos más evidentes en este sentido es el del principio de razonabilidad, que aparece en muchas ocasiones íntimamente ligado a aquél. A ello contribuyó la interpretación dada por el TC al principio de igualdad recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto la doctrina de la justificación «objetiva y razonable» del trato desigual, concretada en la necesaria existencia de una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (STC 22/1981), no ayudó precisamente a diferenciar ambos principios desde un inicio, Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, obra citada en nota 48, p. 35.

59. Obra citada en la nota 39, p. 285.

60. «El juicio de razonabilidad —escribe L. Prieto Sanchís—, que ha resultado especialmente fecundo en la aplicación jurisprudencial de la igualdad, se traduce aquí —cuando se lesiona un derecho para proteger otro bien o derecho—, en una exigencia de ponderación entre dos principios en conflicto (y) [...] la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto». Obra citada en nota 49, pp. 442-443.

61. M. ATIENZA, «Para una razonable definición de «Razonable», *Doxa*, 1997, p. 193.

62. Tal es la postura, acertada a mi juicio, del Prof. Tomás Ramón FERNÁNDEZ en su ensayo *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas, 1998. De ella provienen las citas entrecomilladas de las referencias aparecidas en varias sentencias del TC.

63. «La oposición real es una oposición sin contradicción (*ohne Widerspruch*). No viola el principio de identidad y de (no)-contradicción: es, por lo tanto, perfectamente compatible con la lógica formal. Hay otro tipo de oposición que, por el contrario, se manifiesta por la 'contradicción'

En este sentido, es dable admitir que el TC ha definido la razonabilidad negativamente cada vez que ha calificado de arbitrarias las decisiones «que se presentan como fruto de un voluntarismo casuístico» carentes de «una justificación objetiva y razonable», o «manifiestamente irrazonadas o irrazonables por incurrir en contradicciones internas o errores lógicos». Evidentemente, tal entendimiento de la razonabilidad no puede ser suficiente, por su generalidad, para operar como canon de constitucionalidad. No comparto, por lo tanto, la opinión de que «la razonabilidad (*ragionevolezza*, *Angemessenheit*) podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales»⁶⁴. Tampoco me parece admisible identificar la razonabilidad con la exigencia de motivar las decisiones judiciales, porque en ese caso se convierte en superfluo como tal criterio autónomo.

A la razonabilidad son aplicables las palabras que Gino Scaccia escribió refiriéndose a su versión italiana, *la ragionevolezza*: «Se trata de una categoría tremendamente incierta. Conviven en ella consideraciones prácticas y valoraciones de justicia, ponderación de intereses y valores con procedimientos analógicos y operaciones estrictamente hermenéuticas, en una combinación de factores tan variables como para hacer inoperante, cuando no imposible, cualquier tentativa de racionalización y de *reductio ad unitatem*. No sorprende entonces que se haya podido afirmar que en realidad la razonabilidad no existe y que los parámetros a los que se acostumbra a reconducir (la coherencia, la proporcionalidad, la adecuación, la pertinencia) carecen de sustancia conceptual y expresan solamente una «exigencia genérica de justicia de las leyes» (L. Paladin)⁶⁵.

8. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DE LA PONDERACIÓN Y PROBLEMAS QUE SUSCITAN

Ni las leyes españolas, ni la Constitución, ni los textos constitucionales extranjeros, contienen mención alguna de las técnicas de la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad, empleados con frecuencia por los Tribunales Constitucionales, aunque la doctrina trate de reconducirlos a enunciados del estilo del Estado de Derecho o Estado Constitucional⁶⁶. Los Tribunales Constitucionales tampoco han elaborado una doctrina explicativa de sus fundamentos

(*durch den Widerspruch*): se trata de la oposición dialéctica. Lucio Colletti, *Politique et Philosophie*, Éditions Galilée, 1975, pp. 61 y siguientes.

64. Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Distribuciones Fontamara, México, 1997, p. 38.

65. *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 9.

66. Por ejemplo, Javier Barnes, refiriéndose al principio de proporcionalidad, escribe: «El Tribunal Constitucional español ha hecho no pocos pronunciamientos (SSTC 85/1992, 111/1993, 55/1996, etc.) que [...] se resuelven en afirmar que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor justicia proclamado en el art. 1.1. CE». OP.cit en la nota (46), pp. 19 y 20.

teóricos, ni de las razones de su empleo, ni han estimado necesario precisar sus respectivos significados.

Todo ello no ha sido obstáculo para que la ponderación se haya ido imponiendo de manera generalizada en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Para explicar el fenómeno se ha invocado por la doctrina a la adopción de «planteamientos axiológicos y valorativos en la interpretación y en la aplicación del Derecho»⁶⁷, abstracción hecha de si el texto constitucional en cuestión menciona expresamente una serie de valores y principios, o no lo hace. Así, por ejemplo, la Constitución española propugna una serie de valores, principios y derechos que podrían llegar a entrar en contradicción y cuya 'conservación íntegra' exige un nuevo modo de interpretación —la ponderación—, que se ha definido como «una exigencia de justificación racional de la decisión que sólo vale o resulta aceptable para el caso concreto»⁶⁸. En ese contexto, hay que comenzar por recordar que el denominado juicio de ponderación, al igual que otras artes para convencer, es propio de la doctrina de la 'nueva retórica'⁶⁹, que «asume una importancia fundamental en la interpretación de la estructura de la sentencia constitucional, (pues en ella), de forma más evidente que en otro campo del razonamiento jurídico, aparece claro que el juez no utiliza instrumentos lógico-formales, sino que se vale de una *instrumentación persuasiva* bastante más compleja *basada, más que en deducciones mecánicas, en refinadas técnicas de motivación*, que reciben buena parte de su eficacia preceptiva de los *topois* argumentativos utilizados»⁷⁰.

La ponderación es una técnica de interpretación y aplicación del Derecho que se inscribe en el seno de una corriente de pensamiento⁷¹ que caracteriza al constitucionalismo de la segunda mitad del siglo xx con los siguientes rasgos: (a) la diferenciación dentro de las normas constitucionales entre principios y reglas y el predominio de los primeros sobre las segundas; (b) la necesidad de interpretar los principios mediante la ponderación, en lugar de la subsunción; (c) la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que implica el condicionamiento de la validez de las normas subconstitucionales y, por

67. J. M.^a RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 145.

68. LUIS PRIETO SANCHÍS, *Ley, Principios, Derechos*, Madrid, I. De Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas', Univ. De Carlos III— Dykinson, 1998, p. 40.

69. El movimiento de la 'nueva retórica' se inicia con la obra de Charles PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA publicada en París en 1958 con el título *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. De su vitalidad son muestra los múltiples trabajos sobre la argumentación y el razonamiento jurídicos publicados en el seno del Centre National Belge de Recherches de Logique por Eds. Bruylant (Bruxelles). Perelman define la nueva retórica como «el estudio de las técnicas discursivas tendentes a provocar o incrementar la adhesión a las tesis presentadas a determinada audiencia». En: *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2ème ed., Dalloz, Paris, 1979, p. 114.

70. Antonio SAITTA, op. cit. en la nota (44), pp. 29-30.

71. Denominada neoconstitucionalismo. Entre los pensadores que la forman cabría incluir a Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y Luis Prieto Sanchís Sobre su significado puede consultarse con indudable provecho la obra colectiva titulada *Neoconstitucionalismo (s)*, Ed. de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

lo tanto, del legislador; y (d) el protagonismo adquirido por los jueces como consecuencia de su papel de creadores-actualizadores del Derecho y, más concretamente, del juez de la ley, es decir, del Tribunal Constitucional⁷².

Esta caracterización deriva de que las Constituciones en cuestión —de España, Alemania, Italia, Portugal— han incorporado contenidos con dosis elevadas de indeterminación y una considerable carga valorativa. Los neoconstitucionalistas acostumbra en este punto a referirse a la obra de Ronald M. Dworkin *Taking the rights seriously*⁷³ como origen de la tesis que sostiene la presencia en la Constitución de normas que no son propiamente reglas, sino principios o valores positivados, pero plenamente vinculantes y eficaces. «Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Son mandatos de optimización. [...] No contienen *mandatos definitivos* sino solo *prima facie*. En cambio, las reglas «son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.[...] Son razones definitivas, no razones *prima facie*»⁷⁴.

Pues bien, este Derecho constitucional por principios o 'principal', «ductil» por naturaleza, es decir, a un tiempo invasivo y flexible, tendría necesidad de una metodología interpretativo-aplicativa no severamente deductiva, como la de la subsunción [...], sino de una técnica ponderativa, conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos. Una metodología, por tanto, dirigida a la ponderación o al balanceamiento de los principios y de los valores en juego, en cada ocasión transportados al caso concreto, que permitiría tener en cuenta las exigencias de justicia que cada vez cada caso justamente lleva consigo⁷⁵.

¿Por qué la ponderación? Pues porque la ponderación es, según sus defensores, el procedimiento apropiado para resolver los casos en los que se produzca una colisión entre principios o valores constitucionales enfrentados —por ejemplo, la justicia y la libertad—, para determinar casuísticamente el alcance de aquellos. Esta diferencia cualitativa entre principios y reglas sirve para explicar dos métodos de interpretar y aplicar el Derecho.

En efecto, a la hora de aplicar el Derecho puede producirse un conflicto de reglas o un conflicto de principios. Si se produce un conflicto entre dos reglas, porque ambas han previsto consecuencias jurídicas diversas para un

72. Estas cuatro características fueron expuestas por Robert Alexy en *El concepto y la validez del Derecho* (Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 159-161) como fórmulas definidoras de la concepción del Constitucionalismo, como opuesta al Legalismo.

73. Publicada en 1976. La traducción al castellano lleva el título de *Los derechos en serio* (Ed. Ariel, Barcelona, 1984 y 1985). En esa obra está incluido, en sus páginas 61 a 101, el texto que Dworkin había escrito años antes, en 1967, publicado en la *University of Chicago Law Review* (35), n.14 bajo el título «The Model of Rules», en el que se desarrollaba la distinción entre reglas y principios.

74. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pp. 86-87, 99 y 101.

75. Susana Pozzolo, «Un constitucionalismo ambiguo», *Neoconstitucionalismo(s)*, cita. En la nota (71), p. 193

mismo supuesto individual determinado, podemos resolverlo utilizando los criterios que implican la declaración de la invalidez de una ellas. Estos criterios son el temporal —la posterior deroga a la anterior—, el jerárquico —la superior deroga a la inferior— y el de especialidad —la particular deroga a la general—.

Pero el conflicto entre principios, se dice, no puede solventarse de la misma forma, porque los principios son contemporáneos —coexisten en el tiempo y en el texto normativo—, gozan del mismo rango —no existe jerarquía entre los mismos— y, finalmente, ninguno de ellos es más general ni más particular que los otros.»Las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de los dos tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido el principio desplazado, ni que en el mismo haya que introducir una excepción. Mas bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entra en colisión principios válidos— tienen lugar en la dimensión del peso.» Pues bien, según «la ley de la ponderación cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁷⁶. En cuanto a su aplicación concreta, consiste «en el establecimiento de una jerarquía axiológica móvil entre dos principios enfrentados»⁷⁷, es decir, de un orden de primacía entre valores válido para un caso concreto, pero no necesariamente para otros casos futuros.

Los problemas e interrogantes que plantea la ponderación son numerosos, pero tan sólo vamos a suscitar algunos de ellos relacionados con sus presupuestos teóricos. Y en este sentido quizás lo primero que debemos preguntarnos es sobre la pertinencia de la distinción dentro de las normas jurídicas entre principios o valores y reglas; sobre todo cuando dichos principios y reglas forman un conjunto normativo, y no un programa o una mera declaración de intenciones, que como tal es Derecho positivo y de obligado cumplimiento. ¿Puede realmente sostenerse que existe entre aquellos una diferencia cualitativa?⁷⁸. Si ambos son entidades normativas con idéntica fuerza vinculante, ¿quién, y qué, determina que deba prevalecer según los casos su 'condición ontológica' de principio sobre su 'naturaleza jurídica de precepto'?

76. Robert ALEXY, *op. cit.*, páginas 89 y 161.

77. Ricardo GUASTINI, «Principi di Diritto d discrezionalità giudiziale», *Diritto Pubblico*, 3, 1998, p. 654. R. Alexy ya lo había dicho con otras palabras: «la solución de la colisión consiste en que teniendo en cuenta las circunstancias del caso se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*». *Op. cit.* en la nota (76) p. 92.

78. Véanse al respecto las observaciones y críticas recogidas por José M.ª Rodríguez de Santiago en las páginas 45 a 48 de la obra citada en la nota (49).

Por otra parte, si «los principios pueden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos»⁷⁹, si «detrás de toda regla late un principio constitucional»⁸⁰, si «los derechos fundamentales son [...] expresión jurídica de un sistema de valores [...] que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»⁸¹, o, en suma, si se confiere, como se ha hecho, a todos los derechos fundamentales el carácter de encarnaciones de principios o valores, ¿no son prácticamente todas las normas constitucionales normas-principio? Ello implica lógicamente la generalización del empleo de la ponderación en todo juicio de constitucionalidad.

Una seria objeción que cabe hacer a la exigencia de la ponderación, como canon de constitucionalidad de las leyes y de actos de los poderes públicos⁸², es que parece desconocer que el Parlamento y el Gobierno, órganos legítimamente elegidos por el pueblo, ya han realizado aquella función en las fases previas de la dinámica política. Desde el momento en que la sociedad manifiesta la existencia de un problema o la pertinencia de abordar la regulación de algún tema de interés general, se genera un conjunto de opiniones e intercambios en los medios de comunicación y en los partidos políticos que supone ya una enorme labor de delimitación de los pros y los contras de cualquier posible solución política. El ejercicio de las actividades de gobierno y legislativa es siempre el resultado de ¡ponderar! valores y principios, intereses y derechos. Pero parece que es menester recordar que «el sentido de los textos normativos es disminuir el ámbito dentro del cual el juez puede realizar esas opciones valorativas», y que «la introducción de una argumentación sobre la base de valores y su ponderación implica precisamente la pérdida de la función normativa del texto»⁸³ y, en última instancia, la asunción de esa función por el juzgador de turno. ¿Acaso no significan nada las exposiciones de motivos de las disposiciones legislativas, la motivación de los actos administrativos y las *ratio decidendi* de las resoluciones judiciales? Constituyen la manifestación patente de que el legislador de turno, la administración pública y los jueces y tribunales analizan, estudian los pormenores y las implicaciones, y sopesan la necesidad o la conveniencia de la opción —ley, decisión o sentencia— que van a adoptar, teniendo en cuenta desde luego los intereses en juego y las circunstancias del momento. ¿Es preciso añadir un nuevo juicio ponderativo a toda esa ingente actividad justificadora a la hora de la interpretación constitucional?

79. R. ALEXY, op. cit., p. 109

80. L. PRIETO SANCHÍS, «Observaciones sobre antinomias y el criterio de la ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, 11, 2000, pp. 21-22.

81. STC 54/1985, fto.jco. 4.º.

82. O la exigencia de la razonabilidad, de la proporcionalidad, y de cualesquiera otras representaciones intelectuales indeterminadas de la justificación de la concreta decisión, que integran la nueva nomenclatura interpretativo-aplicativa de los Jueces de la Ley.

83. Eduardo ALDUNATE LIZANA, «Interpretación, valores y sistema constitucional», *Cuadernos de Derecho Público*, 15, 2002, p. 84.

Incluso aquellos que la propugnan, reconocen «el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta la ponderación: [...] cuando se decide la presencia de un fin digno de protección [...], cuando se examina la idoneidad de la medida adoptada (y se la compara con otras quizás menos onerosas), [...] y, sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna casi inevitable»⁸⁴. Pero no ven en ello una vía abierta al arbitrio de los jueces ni les preocupa la creación judicial del Derecho; es decir, no ven un riesgo cierto para la seguridad jurídica, ni una sustitución del legislador democrático⁸⁵. Quizás precisen de un sofisticado aparato óptico para constatar que la ponderación no es una pauta, sino mas bien una nebulosa que tiene muy poco de Derecho —al que en exclusiva debe estar vinculado el juez—, y mucho de transacción o componenda. La obligación de motivar las sentencias, constitucionalmente prescrita, no es suficiente. Tampoco lo es el deber de argumentarlas, habida cuenta del énfasis que pone en su fuerza para «provocar o aumentar la adhesión de sus destinatarios» y no en la eficacia lógico-demostrativa del discurso.

La ponderación entre principios se parece, paradójicamente, al cálculo de costes y beneficios que los anglosajones denominan 'trade off'. Como es sabido, «en la medida en que actúan de acuerdo con cálculos racionales, los individuos y las sociedades se ven obligados a decidir continuamente, entre dos cosas que valoran, cuánto están dispuestos a prescindir de una de ellas a fin de obtener alguna cantidad de la otra. Eso es lo que significa 'to trade off'; ¿cuánto tiempo de ocio estará dispuesto a intercambiar un individuo por cuánta renta? ¿De cuánto aire limpio está dispuesta a prescindir una comunidad para seguir utilizando los vehículos privados? [...] . El 'trade off' es una decisión, o una acción resultante de una decisión, adoptada por una persona o una colectividad, entre dos cosas, ambas deseadas, pero consideradas hasta cierto punto incompatibles entre sí. Si los dos deseos son verdaderamente alternativas incompatibles es preciso hacer una elección: tanto de uno frente a tanto del otro. Esa es la esencia del 'trade off'⁸⁶.

En verdad, «la metáfora de la ponderación sugiere una comparación utilitaria, mecánica y cuantitativa del peso o valor de dos peticiones según una balanza que es igualmente apropiada para ambos.» Pero ¿es una metáfora adecuada? ¿cómo pueden situarse en los platillos de una balanza un derecho fundamental y el interés gubernamental en regular determinado aspecto o condición de aquél?⁸⁷ ¿cómo se pueden ponderar la libertad y la igualdad? ¿son equivalentes los conflictos entre meros intereses, los conflictos entre derechos

84. Op. cit. en la nota (81), p. 25.

85. Ibidem, pp. 25-26.

86. C. B. MACPHERSON, *The Rise and Fall of Economic Justice*, Oxford Univ.Press, 1987, pp. 45 y 27.

87. Frank M. COFFIN, «Judicial Balancing: the Protean Scales of Justice», *New York Univ. Law Review*, n.1, 1988, p. 199.

y los conflictos entre un derecho fundamental y un interés legalmente protegido? Todo ello, claro está, suponiendo que existan tales conflictos⁸⁸.

9. LA PONDERACIÓN EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Comencemos admitiendo que el lenguaje de la Constitución contiene dosis considerables de vaguedad debido a razones de índole diversa: a) la generalidad inherente a toda norma destinada a organizar la vida política de un pueblo que, a su vez, contiene un conjunto de normas; b) la pluralidad de ideologías e intereses presentes en su texto; c) la utilización de términos que no son, propiamente hablando, técnico-jurídicos; y e) la dificultad inherente a la regulación de la dinámica política y de los derechos fundamentales.

Por si fuera poco, al carácter impreciso de la letra constitucional se añade el hecho de haber recogido de manera explícita y destacada un conjunto de valores y principios. «La referencia axiológica contenida en el apartado 1.º del artículo 1 de la Constitución española de 1978 es absolutamente original y demasiado atrevida⁸⁹. Se da además la circunstancia de que el enunciado del artículo 1.º no es exhaustivo: «España [...] propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político;» es decir, que pueden hallarse otros valores en la Constitución. Sin ir más lejos, el Tribunal Constitucional ha ‘encontrado’ otros valores constitucionales superiores más (como la dignidad humana —en su Sentencia 21/1991 de 11 de noviembre y concordantes; y la vida humana— en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril), y puede descubrir otros en el futuro. Si se exceptúa el pluralismo político, habrá que convenir que las nociones de libertad e igualdad, así como la de la justicia son polisémicas, relativas, históricas y, hasta cierto punto, inaprehensibles⁹⁰.

Es cierto, en fin, que aparte de los valores recogidos en la letra de la Constitución, el conjunto de derechos y principios que se incluyen en nuestra Constitución son el trasunto en el plano jurídico, de determinados valores. Pero esto es normal; el Derecho, todo el Derecho, ha representado siempre algún tipo de concepción del mundo y de la vida y de los valores a ellos asociados: paz social, justicia, principalmente, libertad, etc.⁹¹. El Código Penal

88. Particularmente esclarecedora es al respecto la obra de T. DE DOMINGO PÉREZ *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, CEO y C., Madrid, 2001.

89. J. Javier SANTAMARÍA IBEAS, *Los Valores Superiores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 98, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.

90. Importa subrayar, en contrapartida, que el artículo 9.3 de la Constitución ha sancionado, también, un serie de *principios de contenido definido* entre los que destacan la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El enunciado del artículo 120.3 de que las sentencias serán motivadas ha de entenderse precisamente como una concreción de aquellos en la actuación del poder judicial.

91. Decía D. Luis Legaz y Lacambra que el Derecho está transido de eticidad (porque) entre los valores éticos y la persona humana tiene que interponerse el modo social de la vida

español, por ejemplo, tiene por finalidad primera salvaguardar los valores de la vida, la dignidad, la integridad física, la libertad personal y todas sus manifestaciones; la Ley Orgánica 10/1995 por la que se aprobó aquél decía literalmente que «se ha considerado al Código Penal como una especie de 'Constitución negativa', que ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social.» Pero esa condición valorativa o 'principal' que impregna a todo Derecho digno de ese nombre no nos obliga inexorablemente a utilizar instrumentos interpretativos especiales, máxime si su empleo implica un peligro cierto y notable para el mantenimiento del principio jurídico de la seguridad y del principio político de la división de poderes.

Por otro lado, la inserción en una Constitución normativa de ciertos valores o, mejor dicho, la decisión de interpretarla en términos axiológicos⁹², puede afectar en alguna medida a su naturaleza; o, en otras palabras, dotarla coyunturalmente de determinada carga axiológica puede suponer una merma de la juridicidad entendida en el mejor sentido del texto de la Constitución. Porque la interpretación conforme a los valores plantea dificultades desde el punto de vista de la predictibilidad y de la justicia⁹³, y lleva a pensar en interpretaciones politizadas en su argumentación, que responden a opciones ideológicas⁹⁴ y contingentes. A resultados de este tenor conduce el uso de técnicas semánticamente fluidas y jurídicamente indeterminadas, como la ponderación, la proporcionalidad o la razonabilidad, por mas que se hayan visto transformadas por obra

del hombre. La justicia no puede —añadía— realizarse como justicia en la vida personal; en ella se funde con la caridad; por ello requiere el modo de ser del Derecho como forma social de existencia. Pero, entonces, el Derecho es 'punto de vista sobre la justicia', esto es, justicia, vista desde cierta perspectiva. *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 275.

92. Véanse los trabajos de: Teresa FREIXES SANJUÁN y José Carlos REMOTTI CARBONELL, «Los valores y los principios en la interpretación constitucional», *Revista Española de derecho Constitucional*, 35, 1992, pp. 97-109; Francisco RUBIO LORENTE, titulado «Principios y valores constitucionales», y de J. L. CASCAJO CASTRO «Los valores y la Constitución», en *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández —Carvajal*, vol I, Universidad de Murcia, 1997pp. 645-661 y 127-143; Ángel Manuel ABELLÁN, «En torno a la comparación entre valores, principios y normas constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 48, 1997, pp. 253-261; y Eduardo Aldunate Lizana, artículo citado en la nota (84).

93. De manera similar, escribe el Prof. Jiménez Campo, «la afirmación —, de que la Constitución expresa un sistema u orden objetivo de valores (STC 53/1985 de 11 de abril) tiende a la relativización, paradójicamente, del carácter vinculante de la propia Constitución, cuando no a la introducción de una arbitraria jerarquización entre sus diversos enunciados, y engendra desconfianza, en todo caso, sobre las posibilidades de alcanzar un entendimiento a través de la argumentación (las referencias axiológicas son por ello de muy delicado empleo; tienen casi siempre —como dice J. H. Ely del razonar iusnaturalista— la ventaja de que se pueden invocar para apoyar lo que se quiera y la desventaja de que todo el mundo lo sabe) J. JIMÉNEZ CAMPO, «Interpretación de la Constitución», *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, T.I, (Manuel Aragón Reyes, Coordinador), Madrid, Civitas, p. 56.

94. «No pueden ocultarse los peligros que derivan de las interpretaciones 'emotivas' (o, si se quiere, 'impresionistas') de las normas constitucionales o internacionales en tema de derechos, interpretaciones que hace treinta años se relacionaban con 'el uso alternativo del derecho' y que ahora se conectan con la denominada 'teoría de los valores'. Alessandro PACE, «Metodi interpretativi e costituzionalismo», *Quaderni Costituzionali*, 1, 2001, p. 42.

y gracia de la varita mágica del hada constitucional en elementos objetivos del ordenamiento y en requisitos de la constitucionalidad de las decisiones judiciales.

A mi juicio, algunos de los efectos generales de la labor ponderadora llevada a cabo por el Tribunal han sido el desdibujamiento de sus funciones básicas y el desbordamiento del ámbito competencial de la jurisdicción constitucional, ambos contrarios a la letra y al espíritu de la Constitución. ¿Desde cuándo la finalidad de la jurisdicción constitucional ha sido el establecimiento o restablecimiento de un equilibrio —¿cuál?— entre principios o intereses concurrentes? ¿Se satisfacen así las demandas de justicia del texto constitucional?

El juicio de ponderación —y las técnicas asimilables aquí estudiadas— han ampliado el ámbito de actuación del Tribunal Constitucional y le han permitido alterar la distribución de poderes prevista por el poder constituyente, invadiendo esferas atribuidas a otros órganos constitucionales y mutando la Constitución. Como consecuencia de ello, no podía ser de otra manera, se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de su actuación. En fin, el *damnum absque iniuria*, causado por algunas de sus sentencias es inaceptable en un Estado de Derecho.

A título particular, en mi condición de ciudadano español, confesaré, para concluir, que cada vez que leo una Sentencia del Tribunal Constitucional cuyos fundamentos discurren siguiendo la línea de la argumentación construida sobre la base del juicio de la ponderación, —el de proporcionalidad o similares— no puedo evitar sentirme ante dicho Tribunal como Alicia ante Humpty Dumpty en aquel famoso diálogo:

«Te has cubierto de gloria

—No sé qué es lo que quiere decir con eso de «gloria» —observó Alicia.

Humpty Dumpty sonrió despectivamente. —Pues claro que no...y no lo sabrás hasta que te lo diga yo. Quiere decir «ahí te he dado con un argumento que te ha dejado totalmente apabullada».

—Pero «gloria» no significa «un argumento que deja totalmente apabullado»

—objetó Alicia.

—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz mas bien desdeñoso— quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

—La cuestión —insistió Alicia— es si se *puede* hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes⁹⁵.

—*La cuestión* —zanjó Humpty Dumpty— *es saber quién es el que manda..., eso es todo.*»

95. Lewis CARROLL, *Alicia a través del espejo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 122-123.