

## EN DEFENSA DE UN MODELO DE REGLAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

**Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz**

*Universidad de Santiago de Compostela*

### 1. INTRODUCCIÓN



**I**RATARÉ de rebatir los argumentos con los que Robert Alexy defiende, en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* (1986)<sup>1</sup>, que un modelo de reglas es insuficiente para captar la estructura de las normas de derechos fundamentales. Aunque Alexy se refiere a las normas de la Ley Fundamental de Bonn y a la interpretación que de ellas realiza el Tribunal Constitucional Federal alemán, su análisis es trasladable sin violencia a las normas de la Constitución española y a la interpretación del Tribunal Constitucional español, de modo que también tiene relevancia para nosotros. El sentido de contestar los argumentos de Alexy no es meramente polémico-filosófico: se trata también de despejar un obstáculo teórico a la doctrina según la cual las normas de derechos fundamentales son en sentido

---

<sup>1</sup> Trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Las referencias de páginas incluidas en el texto que sigue corresponden a esta edición. Publ. orig., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986.

propio reglas y como tales deben ser interpretadas. A mi juicio, la posibilidad de considerar las normas de derechos fundamentales como reglas tiene interés como una técnica para reforzar dogmáticamente el efecto normativo de los derechos fundamentales. Una técnica así llevaría —si resulta adecuada— a aclarar la noción de «límites» de los derechos, a evitar la idea de ponderación de los derechos con otros bienes constitucionales protegidos, y en definitiva a dar más certeza a la figura de los derechos fundamentales<sup>2</sup>. De todos modos la mencionada técnica es sólo una posibilidad por explorar<sup>3</sup>, y no una teoría cabal. De momento me contentaré con revisar la objeción que Alexy plantea a esa posibilidad.

Me remito al libro citado para establecer las premisas conceptuales de la discusión, tales como la noción de «norma de derecho fundamental» o la distinción entre las categorías teóricas de «principios» y «reglas». Simplemente me limitaré a recordar aquí un par de ideas, con alguna matización. En caracterización de Alexy, los *principios* prescriben que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (piénsese por ejemplo en el principio de seguridad jurídica). En contraste, llamamos *reglas* a mandatos que prescriben —obligan, permiten o prohíben— una conducta determinada y que no admiten otras excepciones que las expresamente previstas (piénsese en la norma que fija en los 18 años la mayoría de edad de los españoles). Es cierto que en la realidad del Derecho no hay apenas este tipo de reglas concluyentes y definitivas, sino que por el contrario todas las normas obligan sólo prima facie (esto es, en tanto no pesen más las razones para desobedecerlas). Sin embargo, a mi juicio la categoría de reglas mantiene utilidad para el análisis jurídico, pues una vez aplicado o interpretado el Derecho en un caso puede reconstruirse la regla completa relevante en dicho caso. Es decir, es posible una formulación retrospectiva de reglas concluyentes. En consecuencia, cuando esta posibilidad se realiza respecto de aplicaciones o interpretaciones

---

<sup>2</sup> De hecho, pienso que el modelo de reglas puede ser visto como una representación formal del modelo de «interpretación sistemática y unitaria de la Constitución» defendido por Ignacio de Otto como alternativa a la idea de ponderación de bienes y valores constitucionales. Vid. I. DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y las libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 93-172.

<sup>3</sup> A esa exploración me he dedicado, de momento sin conclusiones, especialmente en el transcurso de una estancia de investigación en la Universidad Carlos III de Madrid. Aprovecho para agradecer afectuosamente a su rector, el profesor Peces-Barba, y al resto del Área de Filosofía del Derecho, la excelente acogida personal y ayuda intelectual de que disfruté. Agradezco también a la Xunta de Galicia la beca concedida para realizar dicha estancia.



con autoridad última (caso de las sentencias del Tribunal Constitucional), podría dar lugar a la formulación de verdaderas reglas jurídicas. Y, en lo que nos interesa aquí, verdaderas reglas de derechos fundamentales.

Tanto los derechos subjetivos como los bienes colectivos pueden ser materia de principios constitucionales, como dice Alexy (p. 109). Cabría objetar que mientras que asegurar los derechos fundamentales sí parece ser una «cuestión de principios», no puede serlo al mismo tiempo la promoción de intereses públicos cuando ella exiga desplazar los derechos<sup>4</sup>, aunque tales intereses estén acogidos en valores y otros bienes constitucionales protegidos. Sin embargo no hay razón para circunscribir la noción de principio a la protección de derechos individuales, excluyendo de ella a las normas que protegen bienes colectivos. Aunque pensemos que los derechos, por encima de otros intereses, hay que respetarlos «por principio», no tenemos por qué concluir que los derechos, y sólo los derechos, se protegen por normas que técnicamente son principios. Es más, lo contrario parece más correcto: los principios se refieren tanto a derechos (aunque acaso no los protegen, según veremos) como a otros bienes. Así por ejemplo, creo que entrañan principios tanto la alusión de la Constitución española a la dignidad de la persona (art. 10.1), que fundamenta derechos subjetivos; como la alusión al enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46), que protege un bien colectivo subordinado a la garantía de los derechos fundamentales. Lo que importa es la estructura de las normas, que en ambos casos es la misma: se trata de mandatos de optimización, en expresión de Alexy, los cuales pueden establecer umbrales de realización. En efecto, los principios ordenan realizar una conducta (típicamente satisfacer un valor) en la mayor medida posible, la cual viene limitada en parte por la coexistencia de principios con mandatos parcialmente opuestos; pero es posible que el mandato del principio fije aquellos niveles de realización del mismo por debajo de los cuales postergar el principio por la intervención de otro significa sencillamente incumplirlos.

Una interpretación correcta de los principios constitucionales exige un examen conjunto de los mismos, aspirando a obtener un entramado coherente de fines compatibles entre sí y jerarquizados por su importancia. Alexy detalla tres mecanismos que operan en esta tarea armonizadora, que él presenta como una búsqueda de proporcionalidad entre los principios: a) la ponderación entre

---

<sup>4</sup> Como es sabido, ésta es una de las ideas desarrolladas por RONALD DWORKIN. Vid. por ejemplo *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., London, Duckworth, 1978, p. 82. Hay trad. cast. de M. GUSTAVINO: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

principios opuestos (que llama proporcionalidad en sentido estricto), con el fin de determinar las posibilidades jurídicas de llevar a cabo cada uno de ellos; *b*) el examen de los medios necesarios para satisfacer los principios, con el fin de escoger los más respetuosos con todos ellos o con los prevalentes; y *c*) el examen de los medios adecuados para satisfacer los principios, con el fin de rechazar aquellos medios que no satisfacen ningún principio pero perjudican alguno (pp. 111 y ss.). De estos tres mecanismos el más importante, por su carácter previo, parece ser la ponderación. Su finalidad es establecer relaciones de precedencia entre los principios válidos, lo que a mi juicio implica la tarea de trazar (o reconocer, según se mire) los umbrales de realización de cada principio de modo que su satisfacción mínima sea posible simultáneamente. Pondré un ejemplo. Creo que podemos asumir que la protección de la intimidad personal y la protección de la información libre son dos objetos cuya maximización está ordenada por sendos principios constitucionales (los cuales fundamentan reglas de derechos fundamentales, pero podemos prescindir de esto ahora). Estos objetivos son susceptibles de entrar en colisión en ciertos casos, por lo que es preciso armonizar los principios que los promueven, cuidando siempre de preservar la aplicación de ambos, pues ambos son igualmente válidos. Para lograr esto hay que hacerse con una idea de lo que dichos principios exigen como mínimo (sus umbrales de realización) y a partir de ahí establecer una relación de preferencia de uno sobre el otro. Así lo ha hecho nuestro Tribunal Constitucional a través de varias sentencias (v.gr. SSTC 172/1990 y 20/1992): la libertad de información veraz prevalece sobre la protección de la intimidad sólo cuando el hecho divulgado tiene relevancia pública.

## 2. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS Y LAS REGLAS ADSCRITAS

Al contrario de lo que sucede con las reglas, dos principios válidos pueden entrar en colisión, porque la precedencia de un principio sobre otro no significa que el principio postergado es inválido. Alexy menciona como ejemplos de colisión de principios válidos las ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, donde se evalúa el peso respectivo de los principios enfrentados. Del análisis de dos decisiones sintomáticas de esa clase, Alexy extrae dos importantes enseñanzas: *a*) «Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una



regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente» (*ley de colisión*) (p. 94). En efecto, el Tribunal Constitucional resuelve la colisión estableciendo que en las condiciones dadas hay razones suficientes para que uno de los principios preceda sobre el otro; y esto equivale a formular una regla que tenga como supuesto de hecho dichas condiciones y como consecuencia jurídica la misma que, en tales condiciones, resulta del principio prevalente. El resultado de la actividad del Tribunal es una *regla adscrita*. De hecho este efecto informa la segunda enseñanza: *b)* «Como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso» (p. 98).

Pues bien, Alexy se limita a concluir de aquí que hay normas de derechos fundamentales que son reglas, sin dar el paso ulterior que parece reclamar su argumento: todas las normas de derechos fundamentales pueden reducirse a reglas y son por tanto, en última instancia, reglas. Creo que la pertinencia de este paso se aprecia en su propio análisis del que llama «fallo sobre la incapacidad procesal», donde se dilucidó la constitucionalidad de un juicio oral que tenía visos de causar un infarto al acusado. En su fallo el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró que «si existe el peligro concreto, manifiesto, que el acusado en caso de llevarse a cabo la audiencia oral, pierda su vida o experimente graves daños a su salud, entonces la continuación del proceso lo lesiona en su derecho fundamental del artículo 2, párrafo 2 frase 1 LF» (cit. en p. 93). Según Alexy, el Tribunal llegó a este resultado tras sopesar, para las condiciones mencionadas, los dos principios en colisión, que Alexy designa como  $P_1$  (derecho a la vida y a la integridad física) y  $P_2$  (aplicación del Derecho penal). Como resultado el Tribunal Constitucional Federal alemán produjo una regla adscrita del tenor citado, que menciona las condiciones bajo las cuales se produce una lesión de un derecho fundamental. Hasta aquí la interpretación de Alexy. Pero parece entonces que no hay lesión del derecho fundamental en cuestión simplemente porque se atente contra  $P_1$ , sino que es preciso que se den las condiciones en las que  $P_1$  precede sobre  $P_2$ . Por tanto el derecho fundamental no está en realidad garantizado por  $P_1$ , sino por la regla adscrita que se elabora después de examinar el efecto conjunto de  $P_1$  y  $P_2$  en el caso. En suma, la verdadera norma de derecho fundamental es una regla (adscrita) –la regla que prohíbe las acciones que satisfacen las condiciones en las cuales se produce una lesión de un derecho fundamental–, *q.e.d.*

### 3. EL MODELO DE REGLAS

Alexy entiende que las normas de derechos fundamentales no son ni solamente principios, ni solamente reglas, sino una combinación de ambas clases de normas. Que no son sólo principios le parece obvio al observar que en la Constitución también existen normas que garantizan derechos fundamentales de modo no genérico sino preciso y unívoco. Comparto esta impresión<sup>5</sup>, que espero corroborar argumentativamente en seguida. Que las normas de derechos fundamentales no son sólo reglas le parece también claro a Alexy al apreciar que, al menos en tres supuestos sintomáticos, es inevitable recurrir en algún momento a la ponderación para aplicarlas. Discrepo de este parecer, al menos entendidas las normas de derechos fundamentales como aquellas que garantizan derechos fundamentales. Si por el contrario partimos de una concepción puramente formalista –tal como comienza proponiendo Alexy–, según la cual son normas de derechos fundamentales aquellas recogidas en los lugares apropiados de la Constitución, entonces no cabe duda de que hay entre ellas principios. Pero como he puesto de relieve, ni siquiera en el planteamiento de Alexy pueden interpretarse todas esas normas como fuente de auténticos derechos fundamentales. Muchas de ellas son más bien fuente de argumentos para justificar la protección de derechos fundamentales, en lugar de normas que por sí mismas protegen derechos fundamentales.

La fundamentación de los derechos subjetivos, y acaso su configuración genérica, ha de buscarse en principios y reglas; pero la plasmación técnica de la salvaguardia jurídica de los derechos bien puede ser una regla. Cuando esto ocurre es esta regla, y no las normas que le sirven de fundamento, la fuente normativa definidora de lo que es propiamente un derecho protegido. Por eso podría ser equívoco e inapropiado llamar «norma de derecho fundamental» a la que fundamenta los derechos, en lugar de a la regla en virtud de la cual se constituyen los derechos como tales. Esta regla es un derivado hermenéutico de disposiciones que formalmente son de derechos fundamentales, una vez puestas en relación con el conjunto del ordenamiento. Por decirlo así, el intérprete constitucional, tras indagar en el contenido normativo de las disposicio-

---

<sup>5</sup> De la Constitución española tal vez cabría citar como ejemplo de ello el artículo 25.1: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.» O el art. 15, *in fine* «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.»



nes de la Constitución, *declara* la presencia de una regla por medio de la cual se *constituyen* derechos fundamentales. En realidad la configuración de esos derechos es tarea conjunta de todas las normas constitucionales, ya sean reglas o principios, pero en último término el derecho no adquiere su forma y contenido definitivo hasta que aquellas normas son interpretadas y destiladas en una regla que por tanto, y a efectos prácticos, es la norma que constituye el derecho.

Sea como sea, es evidente que hay normas de derechos fundamentales –tanto en su sentido formal como en el de normas que propiamente garantizan derechos fundamentales– con una manifiesta estructura de principio<sup>6</sup>. Ahora bien, en mi opinión es posible reinterpretarlas de modo consistente con la hipótesis de que las normas de derechos fundamentales *pueden* ser concebidas como reglas. Como mi intención es defender esa hipótesis frente a los argumentos de Alexy, me voy a detener a examinar los tres supuestos sintomáticos de reconocimiento constitucional de derechos con los que él pretende mostrar que la ponderación de principios es inevitable y por tanto el modelo de reglas imposible.

a) Según Alexy la ponderación es necesaria incluso allí donde el legislador no puede alterar la regulación constitucional de los derechos, que por tanto parece determinante (derechos fundamentales sin reserva). Su argumento es que a veces hay razones en contra de la solución predeterminada, y que no hay alternativas viables que eviten la ponderación de unas y otras razones. En particular –sostiene–, no se evita con teorías de las restricciones inmanentes de los derechos (Dürig) o de las restricciones de los supuestos de hecho (Müller). En el primer caso, porque al especificar tales restricciones hay que prescindir de ciertos argumentos contrarios a la vigencia de los derechos (por ejemplo, argumentos basados en derechos no fundamentales de terceros), o recurrir a la valoración social o a la valoración ética, de modo que desaparece la predeterminación que el modelo propugna y se entra de lleno en la ponderación. En el segundo caso, porque para identificar si una situación está protegida por un derecho fundamental no basta con comprobar mecánicamente que no es posi-

---

<sup>6</sup> Piénsese, por ejemplo, en el enunciado que abre el artículo 27.1 CE: «Todos tienen el derecho a la educación.» Negar que se trata de una disposición de derecho fundamental —la cual por lo demás expresa una norma que afirma directamente un derecho fundamental— sería negar la evidencia. Y sin embargo aquel enunciado parece contener más una orden indeterminada de que se fomente la educación (mandato de optimización, principio) que un imperativo con contenido preciso que haya que cumplir en sus propios términos (mandato concluyente, regla). Volveré más adelante sobre este ejemplo.

ble realizarla de modo alternativo, sino que hay que ponderar las razones para prohibirla.

No voy a discrepar con Alexy en la necesidad de estudiar conjuntamente las razones constitucionales que pesan a favor y en contra de los derechos. Mi punto de vista, sin embargo, es que este estudio es previo a la configuración de los derechos fundamentales. Por eso, y para marcar la distinción, voy a seguir a quienes evitan el término «ponderación» para referirse a esa fase previa y hablan en su lugar de interpretación conjunta de las normas constitucionales. En realidad, el contenido de esta interpretación conjunta o integral puede describirse como una ponderación de razones constitucionales. Pero en vista de que el término «ponderación» suele asociarse a una fase posterior del enjuiciamiento constitucional, aquella en la que los derechos ya definidos se ponen en relación con otros bienes constitucionales, creo aconsejable ligar el uso de dicho término a esa fase y desligarlo de la fase previa, de definición de los derechos. Con esta distinción en mente, creo que puede afirmarse que una vez identificada la verdadera norma de derecho fundamental –particularmente su supuesto de hecho– está excluida toda ponderación de la misma con otras normas constitucionales. Porque una vez identificadas como tal, la norma de derecho fundamental es concluyente. La única ponderación ulterior que cabe es la que se plantea entre las razones para respetar esa norma concluyente de derecho fundamental y las razones para no respetarla; o lo que es lo mismo, entre las razones para obedecer la Constitución y las razones para no hacerlo. Pero, claro está, no es ésta la ponderación de que habla la dogmática constitucional.

Para concluir este punto: cuando los derechos fundamentales tienen una regulación constitucional inmodificable por el legislador es posible una identificación del contenido de dichos derechos, a través de una interpretación integral de los principios y reglas constitucionales, que los configure como directamente aplicables. Una vez así configurados, y por definición, los derechos surten de razones jurídicas que excluyen cualquier otra razón jurídica que potencialmente pudiera oponerse, por lo que una ponderación con tales razones sería cuando menos inútil.

b) Según Alexy, la ponderación es también necesaria cuando la regulación constitucional de los derechos puede complementarse con una ley que respete su contenido esencial (derechos fundamentales con reserva simple). Su argumento es que si se entiende la garantía del contenido esencial como una proscripción de las restricciones desproporcionadas, entonces interviene una ponderación; y si se entiende, en cambio, como la protección absoluta de cierto núcleo normativo, entonces tarde o temprano se plantearán casos dudosos





en cuya resolución entrarán en juego relaciones de preferencia entre principios (ponderaciones).

De nuevo, mi punto de vista es que las relaciones de preferencia entran en juego para determinar el contenido esencial del derecho, durante el proceso de interpretación conjunta antes aludido, pero no después de que dicho contenido ha sido identificado. La garantía del contenido esencial opera, en efecto, como una defensa jurídica de ciertas razones para la acción sobre otras (defiende un núcleo normativo frente a normas, intereses y preferencias opuestas). Por efecto de esa defensa, las razones prevalentes (la protección de la esencia del derecho fundamental) siempre vencerán en una ponderación, por lo que carece de sentido plantearla. Cuando el legislador se ocupa válidamente del derecho en cuestión añade al contenido esencial de éste, predeterminado en la Constitución, nuevos datos relevantes para identificarlo. Por eso al aplicar un derecho fundamental legalmente configurado no hay tampoco ponderación con otros bienes constitucionales. Lo que hay es, primero, una interpretación del contenido del derecho, en función de su contenido constitucionalmente predeterminado y del contenido *válidamente añadido* por el legislador (esto es, del contenido que éste quiso añadir y que es acorde con las posibilidades jurídicas definidas por la Constitución y por la armonía con las demás leyes). Y, segundo, una aplicación de dicho derecho, constitucional y legalmente configurado, como razón concluyente.

c) Según Alexy, por fin, la ponderación es también necesaria cuando la regulación constitucional de los derechos puede complementarse con una ley que respete –además de su contenido esencial– ciertas condiciones explícitas (derechos fundamentales con reserva cualificada). Su argumento es que hay casos en que no está claro si esas condiciones –que representan preferencias constitucionales– están satisfechas en la proporción adecuada, lo cual remite a la ponderación. Además, si los derechos fueran reglados, siempre que se aplicasen regirían indiscriminadamente las condiciones previstas para su restricción, lo cual acarrea problemas (v.gr. al extender la inviolabilidad del domicilio a los locales de negocio resultaría inconstitucional inspeccionar éstos por causas no previstas para la intervención en los domicilios). Por el contrario, si los derechos son también principios, pueden aplicarse, en razón del principio, a casos no previstos explícitamente, y por tanto pueden esquivar las condiciones exigidas para restringir los casos sí previstos (v.gr. si los locales de negocio son inviolables en razón del mismo principio que anima a la inviolabilidad del domicilio, pero no directamente en virtud de ésta, su inspección no está sujeta a los requisitos previstos para restringir la inviolabilidad del domicilio).

Por lo que respecta al argumento de Alexy en esta tercera situación, mi objeción es ya previsible. Para controlar jurídicamente la conformidad con una reserva cualificada hay que evaluar si la intervención legislativa en el derecho fundamental constitucionalmente predeterminado es proporcional a la salvaguardia del interés protegido por la reserva. Esto, que en la perspectiva de Alexy parece ser una ponderación de normas de derechos fundamentales, es en mi perspectiva una interpretación previa a la configuración de la norma de derecho fundamental. Desde mi punto de vista, la norma de derecho fundamental tiene una configuración básica en su predeterminación constitucional, que es normalmente autosuficiente (y por lo demás es la que define su contenido esencial). Una vez que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, interviene en la regulación del derecho, éste adquiere una nueva configuración. La validez de ésta depende, entonces, de que la intervención legislativa se atenga a la competencia atribuida por la Constitución, la cual impone condiciones que a su vez necesitan ser interpretadas. Pero interpretar en qué consisten estas condiciones y cuándo son satisfechas, para así conocer si la configuración legislativa del derecho tiene autoridad constitucional, no es lo mismo que ponderar un derecho fundamental con las restricciones que pudieran exceptuar su aplicación. Si lo que Alexy afirma es que ha de ponderarse la proporcionalidad de la intervención legislativa que restringe el derecho fundamental, creo que cabe objetarle que en la medida que la intervención es legítima (esto es, conforme a la proporcionalidad que la Constitución demanda) ésta no restringe un derecho fundamental, sino que colabora a configurarlo. No hay un derecho fundamental que el legislador exceptúa si la proporcionalidad lo justifica, sino un derecho fundamental que el legislador modifica si la proporcionalidad le autoriza.

Veamos ahora cómo resolver los problemas que plantean las condiciones de restricción de derechos fundamentales reglados cuando se quiere aplicar éstos extensivamente (como, en el ejemplo de Alexy, los que plantean las condiciones para restringir la inviolabilidad del domicilio cuando se quiere aplicar ésta a los locales de negocio). A mi modo de ver, la clave está en que la aplicación extensiva de un derecho fundamental no significa sino la aplicación de una norma (regla) de derecho fundamental adscrita. Si es posible fundamentar la existencia de un derecho fundamental que no está garantizado por una disposición constitucional (por ejemplo, si es posible fundamentar la inviolabilidad de locales de negocio en una Constitución que se limita a disponer que «el domicilio será inviolable», junto a un «derecho al libre desarrollo de la personalidad») no es porque haya una regla explícita, sino que ha de ser porque hay



una norma adscrita. Esa adscripción se fundamenta en principios constitucionales, además de en las reglas explícitas, pero su resultado es una regla de derecho fundamental distinta (que afirma, simplificando: «Está prohibido violar los locales de negocio»). Por consiguiente, la aplicación de esta nueva regla, y su desarrollo, no están sujetos a las condiciones previstas para la regla expresada en la disposición constitucional (en el ejemplo, las restricciones a la inviolabilidad de los locales de negocio no están sujetas a las condiciones para restringir la inviolabilidad del domicilio). Las condiciones que afectan a la nueva regla derivan de las mismas fuentes diversas que fundamentan su adscripción constitucional, y no son traslación automática de las condiciones que figuran en la disposición original. Por todo ello creo que Alexy tiene razón al negar que la regla sobre la inviolabilidad del domicilio sea aplicable a un local de negocio, porque éste no es un domicilio. Es mucho más correcto entender que los locales de negocio son inviolables en virtud de principios constitucionales. Pero éste es el fundamento remoto de la inviolabilidad de los locales, Su fundamento cercano, y la norma que la garantiza, es la regla adscrita. En definitiva, sigue en pie la hipótesis de que la verdadera norma de derecho fundamental es una regla.

#### 4. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN LA RECONSTRUCCIÓN DE REGLAS

A pesar de que, por lo dicho, no creo forzoso concluir con Alexy que la normación de los derechos fundamentales responde a un modelo mixto de reglas y principios, considero muy apropiadas sus consideraciones sobre la intervención de los principios en tal normación. Lo que ocurre es que a mi juicio esa intervención del nivel de los principios puede ser previa a la conformación de los derechos fundamentales, la cual en ese caso se establece propiamente en el nivel de las reglas. Teniendo presente esta importante diferencia de enfoque, las apreciaciones de Alexy sobre los principios son aplicables al modelo de reglas de derechos fundamentales que aquí defiendo. En particular es aplicable la idea de que son principios válidos, relevantes para las decisiones iusfundamentales sometidas a la Constitución, todos aquellos que puedan ser presentados correctamente a favor o en contra de una decisión iusfundamental (p. 130). Es decir —en mi enfoque del análisis de Alexy—, son relevantes todos los principios que sirven de fundamento a las reglas (explícitas o adscri-



tas) que establecen derechos fundamentales. Entre tales principios se cuentan tanto los que confieren derechos fundamentales «prima facie» como los que promueven bienes colectivos.

Si bien, como vimos, los principios nunca confieren verdaderos derechos fundamentales (fuente de razones concluyentes), entiendo que sí confieren derechos «prima facie» cuando de ellos se sigue la existencia de una regla de derecho fundamental. Así ocurre, según creo, con el principio expresado al comienzo del artículo 27.1 CE —«Todos tienen el derecho a la educación»—, el cual no garantiza directamente un derecho concluyente (pues parece claro que el derecho a la educación admite excepciones constitucionales, como por ejemplo para obstaculizar la instrucción antidemocrática), pero sí lo garantiza indirectamente. Porque del artículo 27.1 CE se sigue la adscripción constitucional de una regla que establece un cierto derecho a la educación, el cual está configurado por el conjunto del artículo 27 CE interpretado en relación con el resto de los principios y reglas constitucionales.

Los principios que promueven bienes colectivos, por su parte, intervienen en la normación de los derechos fundamentales para delimitar (normalmente de forma restrictiva) los supuestos de hecho de las reglas de derechos fundamentales adscritas. Esta actuación se produce ya en virtud de su propia relevancia constitucional (esto es, por su necesaria intervención al interpretar integralmente la Constitución), ya por mediación de la legislación sobre derechos fundamentales (esto es, por el peso que el legislador les atribuye, a veces en atención a un mandato constitucional expreso). Los principios sobre bienes colectivos tienen un origen diverso, que en todo caso ha de tener respaldo en la Constitución (si bien en la práctica la dogmática constitucional no siempre respeta esta elemental exigencia)<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Alexy detalla para la Ley Fundamental de Bonn esta diversidad de fuentes de los principios sobre bienes colectivos (p. 131). La misma diversidad podemos rastrearla también en la Constitución española. En efecto, aquellos principios pueden reconocerse en los cuatro ámbitos que detecta Alexy: a) *En los supuestos de hecho de las disposiciones de derecho fundamental referidas a derechos subjetivos*. Así, en el art. 20.1.d) CE, sobre la libertad de información, cabe detectar un principio que promueve el flujo de información capaz de formar la opinión pública. b) *En las cláusulas restrictivas directas de las disposiciones de derecho fundamental*. Así, como restricción a la libertad ideológica en el art. 16.1 CE cabe detectar un principio que promueve el mantenimiento del orden público. c) *En las disposiciones legislativas nacidas de las cláusulas restrictivas consistentes en remisiones al legislador*. Así, en la legislación sobre la televisión privada, que responde a las remisiones del art. 20 CE, cabe detectar un principio que promueve la utilidad pública de la televisión. d) *En las disposiciones constitucionales no iusfundamentales*. Así, en el art. 1.1 CE se detecta un principio que promueve el pluralismo político.



Como bien dice Alexy, las disposiciones de derechos fundamentales pueden ser consideradas «como expresión de un intento de establecer determinaciones frente a las exigencias de principios contrapuestos» (p. 133). En cuanto que confieren derechos «prima facie» (esto es, en cuanto que de ellas se sigue la existencia de reglas de derechos fundamentales), esas disposiciones contienen el anuncio de una norma que garantiza un derecho frente al mandato de principios opuestos. Se trata de un anuncio, y no de una materialización, porque para la configuración de la norma que garantiza concluyentemente el derecho no basta la disposición que lo enuncia, sino que es precisa además la concurrencia de todos los principios y reglas constitucionales que afectan a ese enunciado. Pero la determinación provisional del derecho, su anuncio, no ha de tomarse en vano, pues es «prima facie» vinculante: sólo es legítimo apartarse de ella fundamentando esa desviación en otras normas constitucionales (fundamentación que ha de justificar también, como apunta Alexy, apartarse del principio que ordena –«prima facie», por definición– atenerse al texto constitucional). Ahora bien, esto no quiere decir –contra lo que se desprende del esquema de Alexy– que el paso del anuncio del derecho fundamental a su determinación definitiva consista en una ponderación de normas de derechos fundamentales. La actividad que tiene lugar en esa transición puede ser descrita como una ponderación –aunque es preferible calificarla como interpretación integral de la Constitución–, pero lo es de normas provisionales, las cuales no garantizan por sí solas derechos. Sólo después de realizada esa actividad interpretativa o ponderadora, cuando se ha logrado la determinación normativa del derecho, nos encontramos con una norma de derecho fundamental, capaz de garantizar un verdadero derecho. Esa norma es, como vengo insistiendo, una regla.

Terminaré ensayando la reconstrucción de la regla de derecho fundamental correspondiente al ya mencionado «derecho a la educación» proclamado en el artículo 27.1 CE. Su apariencia de principio que ordena maximizar la educación puede explicarse, según creo, de modo que subsista la idea del carácter reglado de las normas de derechos fundamentales. Un modo de hacerlo es considerar que el enunciado constitucional «Todos tienen el derecho a la educación» confiere un derecho subjetivo, y expresa una norma de derecho fundamental, sólo en cuanto al mandato determinado que es posible detectar en él –digamos: «Está prohibido impedir que una persona realice su pretensión de educarse», una regla–; pero no en cuanto al mandato genérico en que consiste su ser propio –digamos: «Debe fomentarse la educación de todos», un principio–. Según esta lectura, el artículo 27.1 CE tiene una triple sustancia. Ante todo expresa un principio, el cual no garantiza por sí mismo derechos subjetivos pero hace posible justificar normas que sí lo hacen. En segundo

término, como proyección inmediata de esa justificación, expresa una regla que asegura un derecho específico, el cual cabría entender como el «contenido mínimo» del derecho a la educación. Este contenido mínimo reglado, que viene a ser un reflejo del que antes llamé «umbral de realización» del principio, garantiza el derecho a acceder a la educación sin obstáculos arbitrarios. Finalmente, en tercer lugar, por efecto de los aspectos anteriores —esto es, por la proyección más lejana del principio que fomenta la educación, y por la derivación razonable de la regla que protege una pretensión educativa mínima—, el artículo 27.1 CE sostiene la argumentación de nuevas reglas (adscritas) de derechos fundamentales relativas a la educación.

Tal vez pueda añadirse que el conjunto de la regla mínima (nuclear) y las reglas adscritas a partir de las demás normas constitucionales dan cuenta del llamado «contenido esencial» del derecho. De aceptar esto, resultará que el «contenido esencial de los derechos fundamentales» no es sino el contenido reglado de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales. Siendo así, cabría distinguir dos tipos de normas de derechos fundamentales. Por un lado, las que regulan el contenido esencial del derecho (en el sentido de que lo fijan mediante reglas obtenidas de la interpretación constitucional). Estas serían las normas de derechos fundamentales en sentido propio, las que garantizan tales derechos al definir un interés personal que es inviolable por ninguna razón distinta de la protección de otros derechos fundamentales. Son las normas que desentraña el Tribunal Constitucional al determinar cuándo los derechos han sido infringidos. Por otro lado, frente a esas normas de derechos fundamentales más potentes, cabría distinguir otras que *dirigen* la configuración del contenido global de los derechos (en el sentido de que lo orientan mediante reglas y principios obtenidos de la interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico). Éstas serían las normas que permiten al legislador y al aplicador del Derecho dotar a los derechos fundamentales de un contenido variable, informado por los mandatos de optimización (principios) y por las demás normas vinculantes —y, por descontado, respetando el contenido esencial reglado. Son las normas que reconocen y aplican los operadores jurídicos, las cuales éstos deben interpretar de modo favorable a la mayor efectividad de los principios jurídicos, más allá por tanto de la mera sujeción a las reglas que garantizan los derechos. De todos modos, para elaborar una distinción así se necesita más reflexión. Por lo pronto creo bastante salvar la hipótesis de que la *garantía* (no así tal vez la configuración global) de los derechos fundamentales es un asunto de reglas.

