

# LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES

**Luis Prieto Sanchís**

*Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. *¿Se pueden limitar los derechos fundamentales?—2. Las condiciones de la limitación: a) La cláusula del contenido esencial; b) La exigencia de justificación.—3. El margen de indeterminación de los derechos.—4. La norma de clausura.*

## 1. ¿SE PUEDEN LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?



A afirmación de que los derechos fundamentales son limitados representa casi una cláusula de estilo en la jurisprudencia constitucional: «no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que... en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo

otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos» (STC 2/1982); y lo mismo puede decirse también de la mayor parte de la doctrina <sup>1</sup>. Si con ello se quiere indicar que al amparo de los derechos sus titulares no puedan hacer lo que les venga en gana, la afirmación es obvia. En cambio, si se pretende sostener que aquellos derechos que la Constitución nos reconoce pueden ser cercenados por el legislador, la cosa ya no resulta tan clara. En el marco del constitucionalismo los derechos pueden representarse como límites o prohibiciones que pesan sobre el legislador <sup>2</sup> y resultaría en verdad sorprendente que el sujeto sometido a una obligación pudiera redefinir los términos de la misma. Como toda norma constitucional, los derechos ostentan un contenido prescriptivo que resulta inaccesible al legislador; si la Constitución proclama la libertad religiosa o la garantía del imputado de no declarar contra sí mismo, ello significa que ninguna ley puede impedir el ejercicio de aquella libertad –v. gr. haciendo obligatoria la misa dominical– o la efectividad de aquella garantía –v. gr. autorizando la tortura–. Y esto con total independencia de que eventualmente existan buenas razones políticas, o la mayoría parlamentaria así lo considere, para limitar, suspender o suprimir los derechos correspondientes. Sencillamente, no puede hacerlo porque la fuerza normativa de la Constitución impide que el legislador ordinario o cualquier otro poder público someta a debate lo que ha decidido el poder constituyente.

Estas consideraciones pueden servir de base a la tesis de la ilimitabilidad de los derechos: éstos tienen un contenido constitucionalmente declarado o tipificado y, salvo que ofrezcan una habilitación explícita al estilo del artículo 28,1 C.E. <sup>3</sup>, sencillamente no pueden ser limitados o cercenados,

---

<sup>1</sup> Una exposición de la más reciente doctrina y jurisprudencia en A. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>2</sup> Naturalmente, no todas las prohibiciones que pesan sobre el legislador adoptan la forma de derechos fundamentales; y, por otra parte, estos últimos no deben concebirse tampoco desde una perspectiva sólo defensiva o negativa, como el núcleo de lo que el legislador «no puede hacer», sino que ofrecen una dimensión positiva o directiva de ciertas esferas de la acción política. Pero, a los efectos que ahora nos interesan, creo que no hay impedimento en considerar que los derechos, más concretamente las libertades y garantías individuales, se configuran ante todo como un ámbito prohibido para la ley.

<sup>3</sup> Tras afirmar que todos tienen derecho a sindicarse libremente, dicho precepto añade que «la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar...». Pero, en realidad, aquí se produce una suerte de desconstitucionalización o delegación abierta en favor del legislador, que goza de competencia para configurar de acuerdo con su ideario el derecho de sindicación de cierta clase de funcionarios

como tampoco pueden serlo las demás normas constitucionales. Insisto en que esto no significa que los derechos sean *ilimitados*, en el sentido de que autoricen cualquier conducta; supone tan sólo que aparecen ya *delimitados* en el texto constitucional y, dentro de ese círculo delimitado, no cabe ninguna restricción. En consecuencia, los complejos problemas que a veces se presentan como casos de limitación de los derechos no serían tales: o bien la ley penetra en el recinto prohibido y entonces es inválida, o bien no lo hace y entonces el asunto nada tiene que ver con el régimen de los derechos; es verdad que en este último caso una norma imperativa que condicione la conducta de los ciudadanos puede aparecer *prima facie* como una limitación, pero si, tras la debida interpretación, resulta que no afecta a los derechos, su validez será incuestionable, pues no hay que pensar que toda conducta se halla en principio amparada por un derecho. I. de Otto lo expresó con claridad: 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 deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenece al ámbito del derecho fundamental»<sup>4</sup>. En suma, si he entendido bien, resultaría que aquellas conductas o ámbitos de inmunidad tutelados por el derecho no serían en ningún caso limitables, mientras que aquellos otros que quedasen fuera de esa definición podrían ser libremente configurados por el legislador.

La interpretación comentada tiene algo de razón, y es que nos recuerda que el legislador no puede «inventar» límites a los derechos, que allí

---

<sup>4</sup> I. de Otto, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 137. Como tantos otros debates a propósito de la limitación de los derechos, éste se reproduce también en la doctrina alemana, entre otras razones porque el artículo 53.1 de la Constitución española está tomado —aunque no miméticamente— del 19.2 de la alemana; sobre el particular vid. J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, C.E.C., Madrid, 1994, pp.161 y ss. La tesis de De Otto es acogida en España por G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. DE ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS, Univ. Carlos III y B.O.E., Madrid, 1995, p. 589; también por R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Estudio sobre las libertades*, Titant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 261 y ss.; y, de forma más rotunda, por A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, quien escribe que «más allá de los contornos que los delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta», *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1997, p. 53. Por el contrario, aboga por una concepción amplia del contenido de los derechos y consiguientemente por una visión en términos de «límites» M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 93 y ss.

donde la Constitución ha tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen ya parte de lo querido o permitido por la Constitución. Sin embargo, este enfoque creo que plantea también algunas dificultades <sup>5</sup>. En primer lugar, revela un cierto optimismo acerca de la posibilidad de «recortar» con suficiente precisión el contenido de cada derecho y, por tanto las fronteras entre aquello que representa un «coto vedado» para el legislador y aquello otro que puede ser objeto de su libre decisión. Es verdad que algunos enunciados constitucionales presentan un referente empírico claro que permite discernir los contornos del derecho; por ejemplo, cabe decir que una ley que impide o sanciona las reuniones y manifestaciones de gente armada no constituye propiamente un límite al artículo 21 de la Constitución, ya que ésta *sólo* brinda protección a las reuniones sin armas <sup>6</sup>. Pero esto pocas veces sucede así. Lo más corriente es que la tipificación constitucional de los derechos contenga referencias normativas y valorativas cuyo significado no puede precisarse con certeza, al menos en un juicio abstracto; por ejemplo, los perfiles de la libertad ideológica y religiosa están dibujados por el orden público (art. 16.1), los de la libertad de expresión por el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4), y así sucesivamente. Incluso la imprecisión se incrementa cuando la propia configuración constitucional de un derecho remite a una ulterior delimitación legal; por ejemplo, la libertad personal del artículo 17.1 sólo podrá ser objeto de privación «...en los casos y formas previstas en la ley». Pero los problemas se complican todavía más si tenemos en cuenta que para determinar el contorno de un derecho no basta con acudir sólo a los enunciados normativos que los reconocen, sino que es preciso tomar en consideración todos y cada uno de los preceptos constitucio-

---

<sup>5</sup> Sin contar la dificultad evidente que deriva del artículo 53.1 de la Constitución, pues si, como veremos, el legislador cuenta con una habilitación general para regular el ejercicio de los derechos con respeto a su contenido esencial, parece que al menos ostenta una competencia configuradora sobre el contenido no esencial o accesorio. *Vid.* L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 24.

<sup>6</sup> Sin duda, aún se puede discutir si el concepto de «armas» utilizado por la ley limitadora es o no constitucional y, desde luego, mucho más se puede discutir si la interpretación legal de lo que es una «reunión pacífica» resulta congruente con la Constitución. Precisamente porque pueden surgir casos dudosos donde las cláusulas restrictivas han de sopesarse con el principio iusfundamental de la libertad de reunión, Alexy prefiere considerar esos límites de la Constitución alemana –sustancialmente idénticos a los establecidos en España– como una auténtica restricción al derecho y no como una parte de su tipificación, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, C.E.C., 1993, pp. 277 y ss.

nales<sup>7</sup> e incluso, según algunos, puede suceder que los datos constitucionales no basten «y no bastarán normalmente para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica; será preciso, entonces, acudir a criterios externos a la propia Constitución»<sup>8</sup>. De modo que si queríamos esquivar el siempre problemático juicio sobre la legitimidad de una ley limitadora de derechos nos encontramos con la no menos problemática tarea de definir los exactos contornos de cada derecho fundamental. Pero sobre este aspecto volveremos luego.

Estas consideraciones nos ponen sobre la pista de una segunda dificultad. La tesis de la ilimitabilidad de los derechos pretende ofrecer una estrategia interpretativa simplificadora de los problemas que tradicionalmente ha planteado la limitación de los derechos y, en particular, seguramente también una fórmula para cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de la ponderación de bienes<sup>9</sup>. La idea central consiste básicamente en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos: en lugar de decir, por ejemplo, que una ley limita la libertad religiosa en nombre del orden público o la de expresión en nombre del derecho al honor, se viene a sostener que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos son en realidad «externas» o «ajenas» al contenido de la libertad tutelada; sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo del orden público o del honor un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional; de manera que allí donde la ley restrictiva aparece cabría decir que limita la «libertad natural», pero no la «libertad jurídica», cuyos contornos aparecen definidos por las conocidas cláusulas del orden público, del derecho al honor, etc: no habría, pues, limitación de la libertad religiosa por el orden público –porque eso ya está dicho o tipificado en la Constitución– sino legítima actividad legislativa a fin de configurar y garantizar ese orden que, al hallarse ya fuera de las fronteras del derecho delimitado, brinda cobertura constitucional a una ley que propiamente resulta ajena al sistema de libertades.

---

<sup>7</sup> Este es el origen de la llamada doctrina de los límites inmanentes, esto es, de aquellos que no aparecen expresamente mencionados en el enunciado constitucional que recoge el derecho, sino que se quieren hacer derivar de otros bienes constitucionales, como la seguridad colectiva o la protección de otros derechos.

<sup>8</sup> A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, citado, p. 69.

<sup>9</sup> Tiene razón L. AGUIAR cuando observa que la tesis de I. DE OTTO, en la práctica, más que contra el legislador se dirige contra el Tribunal Constitucional, «Los límites de los derechos fundamentales», citado, p. 24.

Me parece, sin embargo, que la pretendida simplificación queda en buena medida frustrada. Los bienes constitucionales que operan como límite o, si prefiere, como cláusulas delimitadoras del contenido de los derechos requieren, como es obvio, una interpretación; pero una interpretación que no puede ser independiente del contenido mismo de los derechos delimitados. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, se produce un «régimen de concurrencia normativa»<sup>10</sup>, de manera que el problema puede ser contemplado desde una doble óptica, la del derecho y la de su limitación, que al final se resuelve en una única tarea: dilucidar si la medida legislativa en cuestión representa una correcta interpretación de la Constitución. En otras palabras, una ley que pretenda configurar las conductas mediante normas de prohibición o mandato sin interferir en la esfera de los derechos tendrá que comenzar por demostrar que la suya es una interpretación correcta del título constitucional que desempeña el papel de frontera del sistema de derechos fundamentales, ya sea de forma expresa o tácita; e interpretación correcta quiere decir que, por ejemplo, ya no vale cualquier concepto de orden público, sino sólo aquel concepto que resulta a la luz de los derechos fundamentales y, en particular, de la libertad ideológica y religiosa. Porque si es cierto que algunas cláusulas «delimitan» la esfera de los derechos, será cierto también que tales cláusulas aparecen «delimitadas» por los propios derechos.

Desde mi punto de vista, la tarea de justificar que una ley restrictiva constituye un límite legítimo al derecho fundamental resulta del todo semejante a la empresa de justificar que esa misma ley constituye una interpretación plausible del concepto que opera como límite interno o criterio delimitador del derecho. Todo depende, en suma, de la justificación de la ley restrictiva a la luz del bien constitucional que le sirve de cobertura: si existe tal justificación, tanto da decir que se trata de un límite legítimo o de una actuación «fronteriza» pero no limitadora; y, a la inversa, si no existe, también es indiferente decir que la ley es inconstitucional porque limitó lo que no podía limitar, o porque delimitó mal lo que en principio sí podía configurar. Pensemos de nuevo en la libertad religiosa. Como es sabido, algunas

---

<sup>10</sup> «Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo», STC 254/88.

religiones han defendido los sacrificios humanos como acciones gratas a Dios, pero obviamente en nuestra cultura existe poca comprensión hacia tales prácticas. La ley penal que las sanciona puede ser considerada como una justificada limitación del derecho a la libertad religiosa a la luz de la cláusula del orden público y, sobre todo, del derecho a la vida; o bien como una legítima restricción de la libertad general a la luz de los mismos principios y ajena por completo a la esfera de los derechos. Pero, en todo caso, se precisa una justificación a partir de los bienes que se quieren proteger: en el primer caso, afirmando que tales bienes (la vida en nuestro ejemplo) autorizan una restricción de la libertad y, en el segundo, que cuando entran en juego esos bienes (debidamente interpretados, claro está) ya no estamos en presencia de ninguna libertad. La justificación es obvia en ambos casos, pero porque sea obvia no deja de ser una justificación. En suma, el núcleo de la cuestión está en el respaldo constitucional de una actividad legislativa que limita o que es fronteriza con las libertades, por más que en el ejemplo antes propuesto resulte tan evidente que no sea preciso argumentarla. Se trata simplemente de la expectativa a una actuación constitucional de los poderes públicos.

En realidad, creo que ésta es una conclusión que ha de aceptarse aun cuando se prefiera mantener la idea de que las leyes que interfieren en la esfera de los derechos son límites aparentes y no reales. Así, de una manera que se me antoja un tanto inconsecuente con su posición inicial, entre nosotros Martínez-Pujalte sostiene que apelar a los límites internos «no significa necesariamente que sean límites preexistentes a la regulación legislativa, y que existirían igualmente si tal regulación no se hubiese producido». Pero, ¿en qué quedamos?; resulta que primero los límites internos eran fruto de una configuración constitucional y ahora pueden ser creados por el legislador, que goza además «de un cierto margen de discrecionalidad»<sup>11</sup>. La respuesta a esta paradoja se ilustra mejor con los ejemplos que propone el citado autor: que los deficientes psíquicos estén privados del derecho de sufragio no es algo que imponga la Constitución, sino que «parece lógico»; en cambio, que los militares queden al margen de la libertad sindical ya no «parece lógico», sino que deriva de una voluntad constitucional. Esta última parte es cierta: los militares no gozan de libertad sindical porque así lo permite la Constitución y lo ha decidido la ley, pero ¿qué encierra ese primer

---

<sup>11</sup> A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, pp. 80 y s.

llamamiento a la lógica en el caso de los deficientes? Sencillamente, una manera de llamar a la empresa de justificación de la que venimos hablando: si al parecer es pacífico que los deficientes no voten o que los profesores, al amparo de la libertad de cátedra, no puedan efectuar soflamas racistas, es porque tales *prohibiciones* se juzgan razonables o justificadas. Pero en eso consiste la limitación de un derecho fundamental, en acreditar la justificación de la medida restrictiva, en que ésta «parezca lógica». Lo que no significa, por cierto, que la intervención legislativa haya de exhibir necesariamente un título constitucional expreso, como si la ley fuese mera ejecución de la Constitución; basta, a mi juicio, con que el fin perseguido no sea contrario a la Constitución y represente un sacrificio razonable para el derecho.

Por otra parte, y como veremos luego con más detenimiento, el conflicto no tiene por qué aparecer en todos los niveles del razonamiento, de manera que una ley que tal vez no ha sido diseñada como límite a un cierto derecho y cuya validez coexiste sin problemas, en su aplicación sin embargo puede generar colisiones cuya solución remite de nuevo a la ponderación de la que tratábamos de huir. Por ejemplo, cabría aceptar que el tipo penal de injurias no limita la libertad de expresión porque ésta aparece ya configurada o delimitada por la protección del honor, aunque por mi parte creo que es preferible decir que se trata de un límite legítimo porque protege de forma proporcionada el derecho constitucional al honor. Sin embargo, y como resulta obvio y reiterado, en el caso concreto una conducta puede representar al mismo tiempo ejercicio de la libertad de expresión y comisión de un delito de injurias. Entonces no hay recetas mágicas, dado que no existe una jerarquía abstracta o general entre los derechos y dado que la acción realizada es subsumible en el supuesto de hecho de cada uno de ellos; el problema sólo podrá recibir solución –discutible, por otra parte– a la luz de las circunstancias particulares, y esto es lo que se denomina ponderación.

Ahora bien, si lo anterior fuese cierto, no alcanzo a descubrir las ventajas de sustituir el lenguaje más común e intuitivo de los límites por el lenguaje de la delimitación. Unas veces con buenas razones, otras con razones discutibles y esperemos que pocas veces sin razón alguna los poderes públicos pretenden determinar qué conductas son huelgas ilegales (o, si se prefiere, ilícitos ajenos al derecho de huelga), cuándo se puede entrar en nuestro domicilio o cuándo podemos ser detenidos, en qué casos procede imponer una sanción pese a que invoquemos en nuestro favor la libertad de conciencia o, en fin, qué tipo de penas son proporcionadas a cada delito. Y,

a la postre, la legitimidad de esas leyes depende de que se consideren una limitación justificada de los derechos fundamentales o, lo que me parece equivalente, una intervención justificada a la luz de algún bien que opere como título de cobertura de la acción legislativa y, al propio tiempo, como frontera delimitadora del derecho. De otro lado, la legitimidad de una ley todavía no resuelve los problemas que puede generar su aplicación, esfera en la que de nuevo pueden plantearse problemas de límites: cuando un profesor es despedido por violar el ideario del centro, cuando un periodista es castigado por injurias o cuando los promotores de una manifestación se encuentran ante la prohibición de la autoridad podrán pensar –y tendrán razón– que su libertad de cátedra, que su libertad de expresión o que su derecho de manifestación se han visto limitados; que sea con buenos motivos o sin ellos no interesa por el momento. Por eso, cuando intuitivamente pensamos que una ley limita cierto derecho fundamental, o que su aplicación entra en conflicto con algún derecho, es efectivamente así.

## 2. LAS CONDICIONES DE LA LIMITACIÓN

### a) **La cláusula del contenido esencial**

La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador. En este sentido, quizá la garantía más llamativa sea la recogida en el artículo 53.1 de la Constitución, al establecer que «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio» de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II. Una cláusula que tiene su origen en el artículo 19 de la Ley Fundamental alemana, con la que, sin embargo, presenta dos diferencias de cierta importancia: la primera es que, así como en Alemania no hay ninguna habilitación genérica en favor de la ley, sino que la garantía entra en juego sólo cuando existe un apoderamiento específico <sup>12</sup>, en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda inter-

---

<sup>12</sup> Concretamente, dice el artículo 19 de la Ley Fundamental que «Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el

ferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional; la segunda diferencia, más sutil y que aquí tiene menor transcendencia, es que en su redacción alemana la cláusula sólo está prevista para leyes limitadoras de los derechos, mientras que en la española parece extenderse a cualquier intervención legislativa, incluida naturalmente la limitadora <sup>13</sup>.

Como es bien conocido, en la interpretación de la cláusula del contenido esencial pugnan dos posiciones, las llamadas teorías relativa y absoluta. En síntesis, la primera viene a identificar el contenido esencial con la ya comentada exigencia de justificación de la medida limitadora, lo que conduce a un cierto vaciamiento de la garantía en cuestión: el contenido esencial de un derecho sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima <sup>14</sup>, lo que en hipótesis podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase. La segunda, en cambio, viene a sostener la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificatorias de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate. Pero si la primera teoría puede desembocar en un vaciamiento de la cláusula, esta última parece hacerla innecesaria o propiciar incluso una disminución del nivel de las garantías. Innecesaria porque si los derechos tienen naturaleza constitucional, es obvio que la ley no puede llegar a lesionarlos y mucho menos en su «esencia», pero ello sin necesidad de que lo diga el artículo 53.1; sencillamente, en virtud del principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales se muestran resistentes frente al legislador. Y puede propiciar una disminución del nivel de garantías porque si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del «contenido adjetivo o periférico» debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada.

---

derecho fundamental indicando el artículo correspondiente». Y añade el apartado segundo: «En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia».

<sup>13</sup> Que la competencia para regular o desarrollar los derechos comprende también la posibilidad de establecer límites ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional; así en sentencia 140/86

<sup>14</sup> Como dice ALEXY, desde esta perspectiva «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación», *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 288.

Pese a todo, parece que en principio sólo la versión absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de los derechos. Lo que ocurre es que, para no resultar perturbadora, ha de entenderse como la *última* y no como la *única* garantía. Como suele decirse, se trata de un «límite de los límites», de una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o suficientemente justificada. En suma, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho. Si no me equivoco, esta doble garantía viene siendo requerida en línea de principio por el Tribunal Constitucional desde su primer pronunciamiento al respecto, la sentencia 11/1981 de 8 de abril sobre el derecho de huelga, si bien en la práctica no siempre se ha mostrado fiel a esa doctrina: unas veces respaldando leyes que juzgaba justificadas sin plantear la posible vulneración del contenido esencial, y otras veces, a la inversa, reconociendo libertad al legislador hasta el límite infranqueable del contenido esencial <sup>15</sup>.

Ahora bien, creo que el verdadero problema que presenta la cláusula del contenido esencial es que no se trata ya de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible <sup>16</sup>, en el sentido de que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal a la luz del significado constitucional del tipo iusfundamental en cuestión. No es preciso comulgar con ningún realismo judicialista para comprender que de este modo el Tribunal Constitucional encuentra a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales. Como ya observó Pre-

---

<sup>15</sup> Algunos ejemplos en I. DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», citado, pp. 130 y ss.

<sup>16</sup> Tomo esta terminología de M. ARAGÓN, si bien la utiliza para referirse a los principios y valores constitucionales, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 91.

dieri en un temprano trabajo, «nunca como en este caso la Constitución es lo que los jueces dicen que es»<sup>17</sup>.

Con todo, me parece que el Tribunal ha hecho un uso bastante prudente de la idea del contenido esencial y, lejos de enarbolarlo como un criterio autónomo y absoluto de control de la ley, parece haber observado una tendencia relativizadora, identificándolo con aquella parte del derecho que no se puede sacrificar legítimamente o con justificación suficiente<sup>18</sup>. Y tal vez el motivo resida en que, así como es posible argumentar acerca de la justificación o adecuación de una ley limitadora, la distinción entre lo esencial y lo accidental no deja de ser un tanto artificial y arbitrario, de modo que la cláusula se convierte en una especie de argumento en blanco<sup>19</sup>. Esa relativización del contenido esencial, esa tendencia a vincularlo con la tarea justificadora no deja por otra parte de ser comprensible, pues parecería en verdad sorprendente que tras reconocerse la necesidad de una ley limitadora en orden a la protección de algún bien constitucional o de otro derecho fundamental, se declarase luego ilegítima por vulnerar el núcleo de un derecho.

¿Significa esto que la garantía deviene superflua? Desde luego, algunos así lo han interpretado. Por mi parte, creo que aún puede desempeñar dos funciones complementarias dentro del marco argumentativo a propósito de la limitación de derechos: una primera, que pudiéramos llamar autónoma, consistiría en recordar a los operadores jurídicos el papel central de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, sirviendo de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos; sería algo así como la traducción jurídico positiva de la secular vocación de los derechos humanos como derechos absolutos, al margen del regateo político y del cálculo de intereses sociales para decirlo en palabras de Rawls. En suma, el simple hecho de que exista la cláusula obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre la misma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental; y ese pronunciamiento ya no miraría hacia el otro bien constitucional en pugna, que es lo que suele suceder cuando se ponde-

---

<sup>17</sup> A. PREDIERI, «El sistema de las fuentes del derecho», en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1981, p. 198.

<sup>18</sup> Sobre esto llama la atención J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, citado, p. 357.

<sup>19</sup> Vid. A. CARRASCO, «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, pp. 85 y s.

ra, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, preguntándose qué es lo que queda de él tras la regulación legislativa. No se trata, por cierto, de preservar «una parte» del derecho como esfera intocable, olvidándose de la «otra parte», pues sólo metafóricamente cabe hablar de «partes» en el contenido de un derecho; de lo que se trata más bien es de comprobar si al final de la regulación legislativa el derecho fundamental puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la Constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica.

La segunda función, que pudiéramos llamar fiduciaria o conectada a la otra condición que debe reunir una ley limitadora, se contrae a una exigencia de «mayor justificación». Como veremos, esta segunda condición obliga a poner en relación (a ponderar) la necesidad y los beneficios que proporciona una regulación legal desde la perspectiva de cierto bien constitucional con los sacrificios que comporta desde la perspectiva de los derechos. Pues bien, en este caso la cláusula del contenido esencial quizá deba conducir a una cierta sobrevaloración del sacrificio y, con ello, a una infravaloración de los beneficios, haciendo así más exigente el juicio de ponderación en favor de los derechos. Cuanto más se sacrifica un derecho y, por tanto, cuanto más nos acercamos a su núcleo o esencia –cualquiera que ésta sea– mayor necesidad de justificación reclamará la medida limitadora, mayor ha de ser el peso y la importancia del bien constitucional que se contrapone<sup>20</sup>: que los derechos gocen de un contenido esencial significa entonces, argumentativamente, que las razones en favor de la limitación han de ser tanto más poderosas cuanto más lesivas resulten para el contenido del derecho. En resumen, la cláusula del contenido esencial puede estimular un especial escrutinio sobre la justificación de la ley y al propio tiempo debe impedir que el «derecho legal» deje de ser adscribible al tipo del «derecho constitucional».

## b) La exigencia de justificación

Sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora ya no parece ser el respeto al contenido esencial, y mucho menos identificado éste como núcleo de intangibilidad, sino más bien la necesidad de justificar cualquier medida o disposición res-

<sup>20</sup> Vid. R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 291.

trictiva. Aunque esta exigencia de justificación referida al legislador bien puede interpretarse como una lesión del principio de separación de poderes y de las antaño intocables prerrogativas del Parlamento y pese a que la Constitución *sólo* dice de forma expresa que habrá de respetarse el contenido esencial, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha insistido desde los primeros momentos en que cualquier ley limitadora de los derechos ha de resultar justificada o no arbitraria <sup>21</sup>. Es verdad que para encontrar fundamento a dicha exigencia pudo haberse recurrido al original precepto que contiene el artículo 9.3 de la Constitución española a propósito de la «interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» y, por tanto, también del legislador <sup>22</sup>, pero todo parece indicar que en la jurisprudencia este argumento se ha desarrollado como una consecuencia autónoma del especial régimen jurídico de los derechos fundamentales o incluso como un principio general del Derecho (STC 62/1982), y no tanto como una derivación del artículo 9.3. Sea como fuere, la comentada carga de justificación que pesa sobre el legislador a la hora de limitar derechos fundamentales parece representar una característica común a los sistemas de protección de los derechos y su origen tal vez pueda buscarse en la conocida doctrina de la posición preferente de los derechos fundamentales que, en pocas palabras, supone una inversión de la presunción de constitucionalidad que acompaña habitualmente a los productos del legislador, de manera que cuando éste se mueve en la esfera de los derechos es él mismo quien debe destruir la presunción de inconstitucionalidad: «es la ley que interfiere la libertad fundamental la que se hace sospechosa de inconstitucionalidad y la que necesita justificarse» <sup>23</sup>.

Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo. El juicio de razonabilidad, que ha resultado especialmente fecundo en la aplicación jurisprudencial de la igualdad <sup>24</sup>, se traduce aquí en una exigencia de pon-

---

<sup>21</sup> Así, en la ya citada sentencia 11/1981, tras analizar el alcance de la cláusula del contenido esencial, se afirma que la ley puede regular las condiciones de ejercicio del derecho, pero siempre que no sean arbitrarias.

<sup>22</sup> Vid. sobre el particular T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998.

<sup>23</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.1, 1981, pp. 54 y ss.

<sup>24</sup> He tratado el tema en «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 82 y ss.



deración entre dos principios en conflicto, aquel que resulta afectado por la ley y aquel otro que sirve de cobertura o justificación a la misma, y puede formularse así: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»<sup>25</sup>.

El método de la ponderación no supone establecer algo así como un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que «en abstracto» todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto<sup>26</sup>. Como explica Guastini<sup>27</sup>, la técnica del *bilanciamento* o de la ponderación es la típica para la resolución de los conflictos entre principios constitucionales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional creo que confirma esta comprensión de la técnica ponderativa como forma de encarar el problema de la limitación de los derechos fundamentales. En principio, todos los derechos y bienes constitucionales se sitúan en un plano de igualdad o importancia equivalentes, por lo que «se impone una necesaria y casuística ponderación» (STC 104/1986); ponderación cuyo resultado es difícilmente previsible y que, desde luego, no puede ofrecernos una suerte de «teoría general» de los límites que permita asegurar cuándo hemos de reconocer

---

<sup>25</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 161.

<sup>26</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, no se trata «de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca», STC 320/1994.

<sup>27</sup> R. GUASTINI, «Specificità dell'interpretazione costituzionale?», en *Analisi e Diritto*, a cura de P. COMANDUCCI E R. GUASTINI, GIAPPICHELLI, Torino, 1996, pp. 177 y ss.

preferencia al derecho y cuándo hemos de sacrificar éste en aras del fin perseguido en la norma, pero que representa una garantía mínima de toda disposición limitadora de las libertades<sup>28</sup>. Esto es así porque en la concepción del Tribunal Constitucional «tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones... son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como fundamento del orden político y de la paz social» (STC 159/1986); por ejemplo, en el frecuente conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor no existe ninguna regla general que nos ordene siempre dar preferencia a uno u otro, pero sí un deber de ponderar la importancia de ambos en el caso concreto (STC 104/1986). Justamente en los dos fallos últimamente citados el Tribunal otorgó el amparo contra sentencias de la jurisdicción ordinaria que habían postergado el derecho en favor de la limitación, pero no porque hubiesen efectuado una incorrecta ponderación de los derechos o bienes en conflicto, sino por la ausencia misma de ponderación; el juez, dice el Tribunal Constitucional, «no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí... a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental».

Así pues, la proporcionalidad, que es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes, tiene una importancia capital porque es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional, desde la decisión gubernamental que prohíbe una manifestación en la calle (STC 66/1995), a la resolución judicial que ordena un cierto examen o intervención corporal en un imputado (STC 207/1996), pasando por la ley penal que establece una determinada privación de libertad como castigo de cierta conducta<sup>29</sup>. En pocas palabras, la prueba de la proporcionalidad se

---

<sup>28</sup> En palabras de M. GASCÓN, «no se trata de determinar cuál es el bien más importante, pues, salvo excepciones, lo son todos por igual, especialmente cuando el conflicto se entabla entre los propios derechos fundamentales, sino de decidir cuál de las dos normativas resulta más necesaria, relevante o justificada para proteger el correspondiente bien o derecho», *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, C.E.C., Madrid, 1990, p. 286

<sup>29</sup> STC 55/1996. Un comentario a ésta y a las dos anteriores sentencias citadas, en las que el Tribunal Constitucional termina por perfilar claramente el principio de proporcionalidad, en I. PERELLO, «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Demo-*

descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es, la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, 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, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho; 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. Como vimos en su momento, una de las virtualidades de la cláusula del contenido esencial puede consistir en hacer más riguroso o estricto ese examen de la proporcionalidad en sentido estricto.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales la ponderación presenta toda su virtualidad en los discursos de aplicación que efectúa tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional. Si bien en nombre de la proporcionalidad puede declararse la invalidez de una ley, con más frecuencia su juego se traduce en una mera desaplicación, esto es, en un reconocimiento de que, aunque la ley es constitucional y pertinente al caso, debe quedar desplazada en el concreto supuesto examinado. En principio, que ocurra una cosa u otra debe depender del tipo de antinomia que se entable entre la disposición enjuiciada y el derecho fundamental: si aquella, en todas las hipótesis de aplicación posibles, resulta lesiva para el derecho, lo procedente será declarar su invalidez; por ejemplo, si se estima que

---

*cracia*, núm. 28, 1997, pp. 69 y ss. Si no me equivoco, entre nosotros la aproximación más completa y actualizada sobre el principio de proporcionalidad es la recogida en núm. 5, monográfico, de los *Cuadernos de Derecho Público*, coordinado por J. Barnes, septiembre-diciembre 1998.

una ley penal establece una pena desproporcionada para la conducta tipificada, o si se juzgan también desproporcionadas las exigencias legales para el ejercicio de algún derecho. Al contrario, si la norma contempla supuestos de aplicación no lesivos para el derecho y otros que sí lo son, entonces la ponderación desemboca en la desaplicación o desplazamiento de la norma en cuestión; así, cuando un juez considera que, pese al carácter injurioso de una conducta y pese a resultar de aplicación el tipo penal, debe primar sin embargo el principio de la libertad de expresión, lo que hace es prescindir de la ley punitiva pero no cuestionar su constitucionalidad. Desde esta perspectiva, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario; como es obvio, éste no puede verificar un control de validez de las leyes, pero sí moverse con relativa libertad merced a la ponderación. Detrás de toda regla legal late un principio constitucional, los principios son tendencialmente contradictorios y, en tales condiciones, las colisiones surgen o se construyen inevitablemente.

Esto significa que el método de la ponderación parece mostrar más fuerza o eficacia en la aplicación del Derecho, como fórmula para resolver conflictos entre derechos o principios, que en los procedimientos de control abstracto de leyes. No se trata sólo de mantener el necesario respeto a la legítima discrecionalidad del legislador, que no ejecuta la Constitución sino que tan sólo se mueve dentro de ella, como reiteradamente recuerda el Tribunal Constitucional<sup>30</sup>. Lo que ocurre es que la ponderación o el juicio de proporcionalidad resultan procedimientos idóneos para resolver casos concretos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad. Por ello, sólo cuando la medida legislativa resulte desproporcionada de manera grosera o patente, de forma que en ninguna de las hipótesis posibles de aplicación pudiera ser aceptada como coherente con las exigencias constitucionales de los derechos, su declaración de invalidez habría de ser procedente. En otras palabras, un procedimiento de inconstitucionalidad no puede orientarse simplemente a la búsqueda de medidas más idóneas o menos gravosas, cuestiones reservadas a la esfera del debate político, sino que ha de acreditar bien la absoluta falta de idoneidad de la medida legal, bien el carácter intolerable de su lesividad o gravosidad para el derecho, bien, en fin, su absoluta des-

---

<sup>30</sup> *Vid.*, por ejemplo, las muchas cautelas que formula al juicio de proporcionalidad de las leyes la STC 55/1996.

proporción en la ponderación de costes y beneficios. Lo que no es obstáculo, a mi juicio, para que en el marco de un discurso aplicativo a propósito de un caso concreto, y valoradas todas las razones, se reconozca el triunfo del derecho constitucional sobre una medida restrictiva incluso aunque ésta cuente con apoyo o fundamento legal.

El principio de proporcionalidad en que se resuelve la ponderación de bienes y, sobre todo, el subprincipio llamado de proporcionalidad en sentido estricto han sido ampliamente criticados como una espita abierta al decisionismo y a la subjetividad judicial en detrimento de las prerrogativas del legislador. Una voz no procedente de la dogmática constitucional que se ha sumado a esa crítica es la de Habermas, para quien la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores, en una «instancia autoritaria» que invade las competencias del legislador y que «aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos»<sup>31</sup>. La alternativa para un tratamiento racional del recurso de amparo consiste en una argumentación deontológica que sólo permita para cada caso una única solución correcta, lo que implica concebir los derechos como auténticos principios, no como valores que pueden ser ponderados en un razonamiento teleológico; se trata, en suma, de «hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista»<sup>32</sup>. Y es que, para Habermas, la coherencia sistemática que se predica de las normas constitucionales en el plano de la validez parece que puede prolongarse racionalmente en el plano de la aplicación, y por ello un principio no puede tener más o menos peso, sino que será adecuado o inadecuado para regular el caso concreto, y siempre habrá uno más adecuado<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Introducción y traducción de la cuarta edición revisada de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 332.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 333.

<sup>33</sup> En efecto, por un lado, resulta que «distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema»; y, de otro lado, sucede que «entre las normas que vengan al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en su conjunto», *Facticidad y validez*, citado, pp. 328 y 333.

Si no me equivoco, este enfoque es consecuente con aquellas posiciones que niegan la posibilidad de límites externos a los derechos mediante el expediente de considerar que éstos, en puridad, ya vienen perfectamente delimitados desde un texto constitucional coherente<sup>34</sup>; una posición «coherente» que, como ya hemos comentado, resulta difícil de sostener en el marco de Constituciones pluralistas dotadas de un denso contenido de principios y derechos tendencialmente contradictorios, y que plantea asimismo dificultades ante los fenómenos de vaguedad normativa. Aquí es conveniente distinguir entre los discursos de fundamentación o validez y los discursos de aplicación. El que partamos de la hipótesis de la coherencia del sistema constitucional en el sentido de no derivar del mismo ningún orden jerárquico de bienes o derechos que no se deduzca claramente de su propia preceptiva, no significa que esa coherencia se prolongue en el plano aplicativo. Al contrario, es perfectamente imaginable que algunas colisiones sólo puedan identificarse en el momento de la aplicación, lo que no significa que la razón práctica quede en suspenso, sino que ha de iniciar un nuevo itinerario<sup>35</sup>. O como explica Guastini<sup>36</sup>, es perfectamente posible y necesario distinguir entre antinomias en abstracto y antinomias en concreto; las primeras aparecen cuando dos normas conectan consecuencias incompatibles a supuestos de hecho que se superponen conceptualmente, mientras que las segundas se producen cuando esa superposición no es conceptual, sino ocasional. Por ejemplo, una norma que prohíbe el aborto y otra que permite el aborto terapéutico se hallan en una posición de conflicto abstracto, pues la especie de los abortos terapéuticos forma parte del género de los abortos; en consecuencia, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción contante a la primera. En cambio, entre la norma que impone cumplir las promesas y aquella otra que nos obliga a socorrer al prójimo en caso de necesidad es obvio que pueden producirse conflictos, pero éstos no pueden resolverse ni con la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco mediante una regla de especialidad que nos ordene otorgar preferencia en todo caso a la primera o a la segun-

---

<sup>34</sup> No es casual por ello que también I. de Otto afirme que «la limitación de las libertades a partir de los valores sólo es posible mediante una ponderación de valores en la que cualquier postura puede sostenerse», «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», citado, p. 117.

<sup>35</sup> Vid. K. GÜNTHER, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», trad. de J. C. VELASCO, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 279 y ss.

<sup>36</sup> R. GUASTINI, «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», en *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p. 43.

da; sólo la ponderación en cada caso puede ofrecernos una respuesta razonablemente satisfactoria.

Por otro lado, no creo que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para cada caso práctico, sí nos indica qué es lo que hay que fundamentar para resolver un conflicto entre el derecho y su límite, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna. Como dice Alexy en este mismo sentido, las objeciones de irracionalidad o subjetivismo «valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional»<sup>37</sup>.

Ahora bien, que la ponderación no equivalga a irracionalidad no significa también que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas constitucionales o, dicho de otro modo, que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por la preceptiva constitucional; es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin «red normativa», a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo. La Constitución, como ya se ha dicho, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos «merece la pena» desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que —aunque no se quiera— pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia «cuantificación» de costes y beneficios en cada caso concreto<sup>38</sup>. Pero esta es una valoración que en parte ya viene hecha por una autoridad precedente (por ejemplo, el legislador<sup>39</sup>) y que es o

<sup>37</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 157

<sup>38</sup> Por eso, como observa Guastini, esta tarea comporta una doble discrecionalidad. «Es discrecional la operación consistente en instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente en combinar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos prácticos», «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», citado, p. 44.

<sup>39</sup> En realidad, el legislador no puede resolver el conflicto entre principios de un modo definitivo, pues eliminar esa colisión con carácter general requeriría postergar en abstracto un principio en

puede ser sustituida por la del juez. En la ponderación, en efecto, hay siempre un conflicto entre bienes constitucionales, pero hay también una ley (o una decisión administrativa o judicial) que ya ha tomado postura, que ya ha valorado y que puede ser eliminada o postergada por una valoración sucesiva que se apoya en un ejercicio de racionalidad, pero no propiamente en un mandato constitucional.

Así pues, si antes decíamos que la cláusula del contenido esencial representaba en cierto modo una herencia de aquella concepción iusnaturalista que veía en los derechos una decisión suprema e innegociable, la exigencia de justificación que hoy se impone a toda medida limitadora de los mismos puede interpretarse como un requerimiento dirigido a la legislación y en general a toda actuación pública a fin de que ésta se abra a la racionalidad. Al menos en materia de derechos fundamentales, la legitimidad de la ley ya no puede apelar sólo a la autoridad democrática del órgano productor, ni a la pulcritud de los procedimientos de elaboración, sino que ha de someterse a un juicio sobre sus contenidos que remite a ese peculiar ejercicio de racionalidad que llamamos ponderación. Un ejercicio que puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad de la ley carente de justificación, si bien ya hemos indicado el rigor con que ha de apreciarse la desproporción en un juicio abstracto sobre la validez. Pero que puede conducir sobre todo al planteamiento de conflictos entre derechos o principios constitucionales en el curso de la actividad aplicativa ordinaria, conflictos que en ocasiones habrán de saldarse con la postergación de aquella solución que, aun teniendo base legal, pueda considerarse desproporcionalmente lesiva para algún derecho fundamental. Esta es, en mi opinión, una consecuencia más del modelo de Estado constitucional: la ley ya no representa el máximo horizonte normativo del juez y sus prescripciones serán atendibles en la medida en que ofrezcan para el caso concreto soluciones coherentes con la Constitución y, en particular, con el sistema de derechos fundamentales.

En resumen, frente a la ley los derechos fundamentales presentan una doble barrera protectora: la defensa del contenido esencial y la exigencia de justificación, todo ello en los términos que ya conocemos. Unos términos

---

beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente. Sin embargo, el legislador sí puede establecer regulaciones que privilegien o respondan a cierto principio en detrimento de otro, y son esas regulaciones, que entrañan una primera valoración, las que constituyen el objeto del juicio de ponderación.



que pueden parecer tal vez poco ambiciosos, pues la declaración de invalidez de la ley sólo procederá cuando, a la luz de su regulación, el derecho no resulte reconocible o adscribible al núcleo de significado del tipo constitucional; o cuando implique un sacrificio manifiestamente desproporcionado, gratuito, innecesariamente gravoso o a todas luces falto de idoneidad para alcanzar el fin que se propone. Las prerrogativas del legislador no quedan en modo alguno suspendidas, pues tales garantías parecen representar el mínimo exigible desde la perspectiva del Estado constitucional. Ahora bien, esa deferencia hacia el principio democrático tiene que ver con el control de la ley a través de los procesos de inconstitucionalidad, pero con ello no se pone fin a la protección de los derechos, tarea que discurre principalmente por los caminos de la jurisdicción ordinaria donde la Constitución, sus derechos y principios, siguen presentes en la plenitud de su significado, no al margen pero sí con autonomía suficiente respecto de las opciones legales. Y es aquí donde la ponderación cobra toda su importancia como método para resolver las antinomias en el caso concreto; así, el juez no necesita declarar la invalidez de la norma que reconoce el derecho al ideario de los centros docentes para ponderar en favor de la libertad de cátedra, como tampoco cuestionar el tipo penal de injurias para otorgar el triunfo a la libertad de expresión. Los preceptos respectivos pueden mantener su plena vigencia, pero la protección de los derechos también.

### 3. EL MARGEN DE INDETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS

Acabamos de ver que los derechos fundamentales en el Estado constitucional se caracterizan por presentar una especial fuerza o resistencia jurídica frente al legislador y, en general, frente a los poderes públicos. Dicha resistencia se traduce básicamente en la exigencia de justificación de toda medida limitadora, exigencia que cercena la discrecionalidad política del legislador y que añade un elemento suplementario de legitimidad: en materia de libertades, incluso la constitucionalidad o validez de una ley no reside sólo en el principio de competencia, esto es, en que haya sido dictada por un Parlamento democrático según el procedimiento prescrito, sino que requiere también un respeto material o sustantivo al contenido de los derechos, respeto que a la postre implica una exigencia de fundamentación racional de la decisión legislativa. Ahora bien, ¿cuándo estamos verdadera-

mente en presencia de un derecho fundamental?, ¿qué criterio nos permite afirmar que nos hallamos ante una disposición legislativa que restringe la libertad?, en suma, ¿hasta dónde llegan los derechos fundamentales? El problema ya fue aludido en el epígrafe primero, pues algunos piensan que del conjunto constitucional es posible obtener un catálogo de derechos preciso y bien delimitado, de manera que resultaría fácil distinguir entre las leyes efectivamente limitativas y aquellas otras que lo son sólo en apariencia y que, aun condicionando las conductas de los individuos, en puridad nada tienen que ver con los derechos. Entonces se sostuvo que dicha estrategia interpretativa no soluciona ni logra esquivar los problemas de justificación, pero quedaron pospuestas dos cuestiones: ¿realmente existe una delimitación definitiva de los derechos en la Constitución?; y, aun aceptando una respuesta positiva, ¿qué suerte corren las manifestaciones de la libertad individual que, en principio, no están o no están claramente tuteladas por los derechos?

Comencemos por la primera pregunta: ¿toda ley que limita la libertad de acción mediante la imposición de mandatos y prohibiciones puede ser considerada como un límite o restricción a los derechos? Una respuesta afirmativa requeriría aceptar que toda posible acción susceptible de limitación legal se halla cubierta, siquiera *prima facie*, por alguno de los derechos fundamentales; y, aunque esto puede parecer por ahora equivocado, lo cierto es que con frecuencia el Tribunal Constitucional ha examinado leyes que de un modo u otro restringen la libertad como supuestos de limitación de los derechos; así, la prohibición legal de ocupar los locales de la empresa por parte de los trabajadores huelguistas se presenta como un límite al derecho de huelga (STC 11/1981); el deber de respetar la moral pública es examinado como un límite a la libertad de expresión (STC 62/1982); la especial sujeción que deriva de la organización jerárquica de los cuerpos de seguridad del Estado es valorada también como un límite a la libertad de expresión (STC 81/1983) y al derecho de reunión (STC 91/1983); la ejecución de una orden de derribo que exige penetrar en un domicilio particular aparece como un límite a la inviolabilidad del mismo (STC 22/1984); las normas penales que protegen el derecho al honor encierran un conflicto con el derecho a la libertad de expresión (STC 104/1986); la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre «entraña necesariamente una restricción a la libertad» (STC 11/1991); la existencia de un número de identificación fiscal «incide sobre el derecho a la intimidad» (STC 143/1994), etc.

En algunos casos, el Tribunal reconocerá preferencia a la prohibición o mandato sobre el derecho fundamental afectado, mientras que en otros prevalecerá este último, pero lo importante es que al presentarse como un problema de conflicto se hace necesaria la ponderación y, por tanto, la exigencia de justificación racional por parte de la ley.

Ahora bien, un análisis atento de los múltiples mandatos y prohibiciones que establece el ordenamiento pone de relieve que, si bien algunos constituyen límites o fronteras al ejercicio de derechos, otros muchos, quizá la mayoría, en apariencia nada tienen que ver con el contenido constitucionalmente declarado de los mismos. Por ejemplo, cabe decir que la ocupación de los locales de una empresa, aun cuando tenga lugar en el curso de una huelga, no forme parte de este derecho, consistente en una cesación del trabajo; es más, aunque dicha conducta fuera permitida, se trataría de un derecho subjetivo distinto. Asimismo, y como ya vimos, la norma que sanciona la violencia callejera tampoco parece que limite el derecho de manifestación pacífica, precisamente porque lo que se tutela es justamente eso, la manifestación pacífica; y, en fin, la norma que castiga la infracción fiscal no limita derecho fundamental alguno, pues nuestro sistema no reconoce ninguna forma de objeción fiscal.

Como se recordará, son estas las consideraciones que suelen esgrimir quienes sostienen una distinción estricta entre lo que es la delimitación conceptual de un derecho fundamental y lo que constituye una limitación externa o añadida, sugiriendo con ello que lo que corrientemente suele presentarse como disposición limitadora muchas veces resulta por completo ajena a lo que es el contenido constitucionalmente declarado de los derechos. En suma se trata de poner de relieve que, aunque todos los mandatos y prohibiciones limiten de algún modo la libertad natural, no todos limitan, sin embargo, la libertad jurídica expresada a través de los derechos, y ello con una obvia consecuencia: en tales casos no hay ningún contenido esencial que respetar, tampoco ninguna exigencia de especial justificación por parte de la ley, ni, en fin, llamamiento alguno a la ponderación. Como escribe I. de Otto, cuando la Constitución no ha previsto la limitación de un derecho, no es posible inventar el límite: «el derecho no es limitable. Pero ello no significa... que el derecho sea ilimitado... pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más»<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> I. DE OTTO, «La regulación del ejercicio...», citado, p. 151.

Este planteamiento entraña «una teoría estrecha del supuesto de hecho»<sup>41</sup>, esto es, una teoría que se considere capaz de dibujar con precisión el contenido objetivo de cada derecho fundamental o las modalidades específicas de su ejercicio, excluyendo del ámbito protegido aquellas conductas que sean *además* otra cosa (por ejemplo, un atentado a la seguridad colectiva) o que entren en colisión con normas generales. Desde esta perspectiva, la norma que prohibiese pintar en un cruce de calles no representaría una limitación al derecho de libre creación artística, ni la que impidiese una procesión por el peligro de extensión de una epidemia representaría tampoco una restricción de la libertad religiosa, pues la esfera de las libertades se extiende estrictamente a las conductas que conforman su contenido normativo propio y siempre que se ejerzan en el marco del orden jurídico general.

Ahora bien, es posible que la claridad que pretende introducir la tesis comentada sea más aparente que real, al margen de que su consecuencia práctica sea operar una rebaja en el nivel de la garantía judicial de los derechos. Primero, porque el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o sus modalidades específicas de ejercicio, no siempre se muestran con suficiente nitidez, pues la irremediable indeterminación del Derecho se extiende también a los derechos. Segundo, porque, del mismo modo, tampoco resulta evidente en cada caso si la norma imperativa que condiciona la libertad general de acción restringe *también* un ámbito de libertad protegida. Y, por último, porque a la hora de enjuiciar una concreta conducta se reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la norma constitucional que sirve de criterio «delimitador» del derecho fundamental<sup>42</sup>. Examinando los ejemplos que ya conocemos, es cierto que los derechos de reunión y huelga no autorizan cualquier género de conducta por el mero hecho de que tenga lugar en el curso de una manifestación o huelga; pero es cuando menos discutible que, como sostiene I. de Otto, la propaganda comercial no esté protegida por la libertad de expresión o que la actividad de una secta nudista no sea un caso de ejercicio de la libertad religiosa<sup>43</sup>; si se quiere, en ambos casos sometidas a límites o restricciones, pero ejercicio de un derecho al fin y al cabo. Y asimismo es también muy discutible que pintar en un cruce de calles no sea

<sup>41</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 300 y ss.

<sup>42</sup> Vid. M. GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, citado, pp. 272 y ss.

<sup>43</sup> I. DE OTTO, «La regulación del ejercicio...», citado, pp.139 y 142.

un ejercicio de la libertad artística, o realizar procesiones (incluso en caso de epidemia o, por qué no, sobre todo en caso de epidemia) no represente un ejercicio de la libertad religiosa. Como escribe Alexy, resulta mucho más fácil e inteligible decir que pintar en la calle es una acción artística, pero que, al mismo tiempo, es otra cosa, «una perturbación y puesta en peligro del tránsito callejero. Esta segunda propiedad es una razón para prohibir la acción, pero lo que se prohíbe es una acción artística»<sup>44</sup>. Del mismo modo, no cabe excluir que un grupo religioso incluya entre sus prácticas o ritos el nudismo y seguramente podrán imponerse limitaciones a la luz del concepto hoy vigente de moralidad pública, pero no tiene ningún sentido decir que «eso» no es religión, simplemente porque resulta extraño a nuestras tradiciones.

En suma, la propia disparidad de opiniones acerca del contenido de estos derechos acredita lo que queríamos demostrar: la indeterminación del Derecho es un fenómeno que afecta especialmente a las cláusulas materiales de la Constitución, de manera que en las «zonas de penumbra» no hay criterio seguro que permita discernir cuándo una obligación jurídica representa un límite al derecho y cuándo es una interferencia en la mera libertad natural. En particular, esto sucede con algún derecho sumamente genérico, como es la libertad de conciencia, que la Constitución española reconoce como libertad ideológica y religiosa (art. 16). ¿Hasta dónde llega esa libertad?, o, dicho de otro modo, ¿qué género de obligaciones podemos considerar que interfieren –legítima o ilegítimamente, esto es ahora lo de menos– en dicha libertad? Con seguridad, cualquier intérprete estaría dispuesto a reconocer que la norma que obligase o prohibiese la misa dominical vulneraría el artículo 16; pero ¿qué decir de las normas que imponen el uso del casco en la motocicleta, que prohíben a los reclusos dejarse barba o que establecen seguros obligatorios? Muchos tendrán la tentación de afirmar que todo ello nada tiene que ver con la libertad de conciencia y, sin embargo, los ejemplos propuestos fueron de hecho examinados por la Comisión europea de derechos humanos como casos de objeción de conciencia<sup>45</sup>. El

<sup>44</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 304.

<sup>45</sup> Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de derechos humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, 1986, pp. 447 y ss. Un elenco muy completo de las objeciones de conciencia y, por tanto, del tipo de requerimientos que puede formular la conciencia en contraste con la ley en R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

motivo es muy simple: las exigencias que derivan de la conciencia son potencialmente ilimitadas <sup>46</sup>.

En la misma vacilación incurre el Tribunal Constitucional. Anteriormente hemos citado la opinión de que la llamada objeción fiscal no es un problema relativo a derechos humanos, ya que ninguna norma constitucional reconoce tal género de objeción. De aquí cabe deducir que, salvo la objeción al servicio militar, ninguna otra modalidad encuentra respaldo en nuestro sistema, esto es, la libertad de conciencia del artículo 16 no es cobertura bastante para sostener un derecho general a la objeción de conciencia. Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando dijo que «la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado» (STC 161/1987). Y, sin embargo, el mismo Tribunal no sólo había declarado justo lo contrario, es decir, que la objeción era un derecho fundamental implícitamente reconocido en el artículo 16 (STC 15/1982) y, por tanto, de carácter general, sino que, con el único auxilio de ese precepto, consideró que una modalidad no expresamente reconocida, como la objeción al aborto, debía entenderse de hecho garantizada en nuestro

---

<sup>46</sup> No comparte esta idea A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, citado, p. 61, quien propone una doble restricción al concepto de conciencia: la primera, obvia pero difícil de articular jurídicamente, es que la libertad de conciencia sólo cubriría aquellas conductas motivadas por razones de conciencia moral, pero no por otras razones, por ejemplo, económicas, de comodidad, etc. La segunda es que, a efectos constitucionales, la única conciencia atendible sería aquella que deriva de una ideología o religión, que es lo que reconoce el artículo 16.1. En relación con el primer argumento, es cierto en línea de principio y, frente a lo que sugiere el citado autor, nunca he dicho lo contrario. Tan sólo conviene hacer dos precisiones, a saber: la comprobada incapacidad de las técnicas jurídicas para fiscalizar los recintos de la conciencia, y la experiencia española a propósito de la objeción al servicio militar (o al aborto) es un ejemplo palmario; y la evidente dificultad constitucional que deriva del artículo 14 para diseñar exenciones o privilegios en favor de quienes profesan una cierta opinión moral, pues justamente la opinión es uno de los criterios «prohibidos» (relativamente prohibidos, es verdad) a la hora de repartir las cargas y de cumplir los deberes; de ambas cuestiones me ocupé en «Insumisión y libertad de conciencia», en *Ley y conciencia*, ed. de G. PECES-BARBA, Univ. Carlos III, B.O.E., Madrid, 1993, pp. 137 y ss. Por lo que se refiere al segundo argumento, si lo he entendido bien, no creo que introduzca ninguna restricción seria al concepto de conciencia, pues todo dictamen moral, por muy autónomo y solipsista que sea, siempre se puede incardinar en alguna ideología o religión (y, en todo caso, si no puede incardinarse, podrá fundarla), dado que las hay para todos los gustos; al margen de que también aquí operaría el artículo 14 y su prohibición de discriminar por motivos de opinión.

sistema (STC 53/1985)<sup>47</sup>. En suma, ¿qué clase de mandatos y prohibiciones pueden ser legítimamente objetados al amparo de la libertad ideológica y religiosa?, y, sobre todo, ¿es posible determinar *a priori* qué leyes pueden eventualmente entrar en conflicto con esa libertad? Creo que sólo cabe una respuesta negativa.

Estas consideraciones hablan en favor de una teoría amplia del supuesto de hecho como la planteada por Alexy<sup>48</sup>, que supone una interpretación amplia de los enunciados relativos a derechos, de manera que todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental. Pero hemos dicho «en principio» y esto merece subrayarse: una concepción como la aquí sostenida no significa que las conductas antes comentadas o cualesquiera otras que podamos imaginar hayan de gozar «en definitiva» de tutela jurídica. Esto sería absurdo y conduciría a la propia destrucción del sistema de libertades. Significa únicamente —lo que no es poco— que el problema debe ser tratado como un conflicto entre bienes constitucionales, más concretamente, como un conflicto entre unas razones que abogan en favor de la libertad individual y otras que lo hacen en favor de su restricción. Lo que «en definitiva» debe triunfar será el resultado de una ponderación en los términos que ya han sido comentados.

Una reciente y discutida sentencia del Tribunal Constitucional puede resultar ilustrativa de esa concepción amplia del supuesto de hecho (STC de 26 de julio de 1999). Comienza confirmando el Tribunal que la cesión de espacios de propaganda electoral en favor de ETA constituye un delito de colaboración con banda armada y, por tanto, que si bien se trata de la difusión de ideas u opiniones, dicha conducta no representa un ejercicio lícito de la libertad de expresión o de los derechos de participación política. Pero, ¿significa esto que entonces hemos abandonado por completo el territorio de los derechos? Si así fuera, aquí debió terminar la argumentación, con la consiguiente desestimación del recurso de amparo; pero no ocurrió ni lo uno ni lo otro. La argumentación del Tribunal prosigue diciendo que lo anterior «no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando

<sup>47</sup> De modo rotundo afirma aquí el Tribunal que «la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial a la libertad ideológica y religiosa».

<sup>48</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 311 y ss.

en los asuntos públicos» y, aunque se muevan en el campo de la ilicitud penal, todavía pueden beneficiarse de un juicio de ponderación que sopesa la gravedad de la pena impuesta con la gravedad de su conducta; juicio que, por cierto, desembocó en la estimación del recurso de amparo por violación del principio estricto de proporcionalidad. Un principio que, según jurisprudencia reiterada, es aplicable cuando está en juego el ejercicio de derechos fundamentales; de donde se puede deducir que en el caso examinado no se trataba de una conducta «al margen» de los derechos, sino del ejercicio de un derecho en conflicto con una limitación penal y por eso, porque había un conflicto, fue viable la ponderación.

Se dirá tal vez que desde esta perspectiva se amplía de forma ilimitada la esfera de los derechos individuales en detrimento de otros bienes constitucionales, o que todo problema jurídico acabará por plantearse en términos de limitación de derechos con el esfuerzo argumentativo que ello supone. En relación con el primer aspecto creo que ya hemos respondido: que una cierta conducta infractora sea tratada inicialmente como un caso relativo a derechos fundamentales, no significa en modo alguno que al final resulte tutelada, dado que –si el legislador se muestra moderadamente racional, y esto hay que suponerlo en un sistema democrático– la ponderación pondrá de relieve las buenas razones que asisten a la ley limitadora: no hay riesgo de «anarquismo jurídico», pues en la mayor parte de los casos el resultado será el mismo tanto si consideramos que la ley en cuestión representa un límite al derecho como si entendemos que la esfera de éste resulta por completo ajena a la conducta debatida. La virtualidad de la perspectiva aquí adoptada es que en la zona de penumbra donde resulta discutible si una conducta está o no en principio incluida dentro del contenido de un derecho, se impone un ejercicio de justificación o ponderación, es decir, de racionalidad antes que de autoridad. El segundo aspecto está íntimamente relacionado con el anterior: no hay riesgo de que todo conflicto jurídico requiera de una compleja argumentación en base a derechos fundamentales, pues, insisto, en los casos claros tal argumentación será superflua; la distinción de Alexy entre casos potenciales y actuales de derechos fundamentales es aquí pertinente<sup>49</sup>. Pero como la frontera entre los casos claros donde están en juego libertades (actuales) y los casos claros en que no lo están (potenciales) es a su vez una frontera oscura, variable y subjetiva, la exigencia de ponderación conserva todo su sentido.

---

<sup>49</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 316 y ss.



#### 4. LA NORMA DE CLAUSURA

No obstante, obviemos las dificultades anteriores y supongamos que, efectivamente, en cada caso cabe discernir con seguridad el contenido y alcance exactos tanto del derecho fundamental invocado como del mandato o prohibición que establece la norma y, en consecuencia, que podemos diagnosticar cuándo existe un auténtico conflicto, cuándo el mandato o la prohibición representan un límite externo al derecho y, cuándo, por el contrario, constituyen una obligación ajena que no incide en el contenido constitucional del mismo. Justamente, creo que es entonces cuando nos sale al paso un problema capital de la teoría jurídica de los derechos fundamentales y que puede resumirse en las siguientes preguntas: los derechos ¿son categorías independientes entre sí o especificaciones de un principio/derecho general de libertad?, ¿cabe sostener lo que podríamos llamar una norma de clausura del sistema de libertades en cuya virtud todo lo que no está constitucionalmente prohibido u ordenado o, mejor dicho, todo lo que no puede ser prohibido o mandado con cobertura constitucional suficiente, debe considerarse jurídicamente permitido?

Esta es una cuestión que no puede resolverse en abstracto o con carácter general, sino que depende de las determinaciones del Derecho positivo<sup>50</sup> y, en particular, de la filosofía política que está en su base. El dilema no es si los derechos fundamentales pueden reconducirse lógicamente a un principio general de libertad, sino si la libertad natural o de hecho cuenta en nuestro ordenamiento con un respaldo genérico o *prima facie* o si, por el contrario, sólo goza de reconocimiento en la medida en que la conducta realizada pueda ser incluida dentro del ámbito tutelado por un derecho específico. Estos últimos tipifican acciones o situaciones más o menos concretas, son cualificaciones jurídicas de parcelas de la realidad, pero como es lógico no agotan las posibilidades de la conducta humana; ningún precepto de la Constitución, por ejemplo, reconoce el derecho a usar sombrero, a vestirse como uno quiera, a fumar tabaco, a organizar sorteos para el viaje de fin de carrera, a proporcionar alimento a las palomas del parque, a celebrar aquelarres en honor de Satán, a dejarse morir de hambre, etc., y la cuestión es si estas acciones y cuantas se nos puedan ocurrir

---

<sup>50</sup> Vid. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9.ª ed., Cedam, Padova, 1976, pp. 1036 y ss.

gozan o no de alguna tutela jurídica; más exactamente, si el legislador puede sin más considerarlas en algún caso prohibidas u obligatorias. Porque, como es natural, lo que se discute no es tanto la suerte de los comportamientos no contemplados en una libertad o derecho, pero tampoco proscritos u ordenados por la ley, que en principio deberán entenderse tolerados <sup>51</sup>, sino la suerte de las conductas que sí son objeto de una norma imperativa; lo que se discute, en suma, es si esas normas imperativas encuentran ante sí un derecho general de libertad o el simple vacío jurídico. Más simplemente, el problema consiste en saber si la libertad jurídica es la regla o la excepción <sup>52</sup>.

Recurriendo a un esquema ideal, las libertades pueden concebirse como la regla básica del sistema, limitada aquí o allá por concretas prohibiciones o mandatos, cuya existencia ha de justificarse; o bien, a la inversa, puede interpretarse que el poder político goza de legitimidad para establecer normas imperativas con el único límite del respeto a los específicos derechos fundamentales. Si entendemos que la libertad jurídica no es más que la garantía institucional de la libertad natural y que, por tanto, existe una coincidencia entre los ámbitos protegidos por una y otra, parece claro que toda disposición o medida que interfiera en la libertad natural puede interpretarse también como una restricción o límite a la libertad jurídica. Si, por el contrario, suponemos que la libertad natural es algo separado de la libertad jurídica, de modo que sólo algunas conductas encuentran respaldo o tipificación en esta última, entonces es evidente que las disposiciones que limitan aquella libertad natural no tienen que representar necesariamente un límite a la libertad jurídica y a los derechos humanos.

En el fondo de estas dos posiciones laten dos formas distintas de concebir las relaciones entre el individuo y la comunidad política, es decir, dos filosofías políticas diferentes. La primera, que podríamos llamar hobbesiana, entiende que el poder político puede hacerlo todo sin necesidad de invocar en su favor ninguna justificación especial <sup>53</sup>, de modo que la libertad de los ciudadanos ha de desenvolverse en el ámbito, más o menos extenso, que no ha sido objeto de un mandato o de una prohibición; como decía

---

<sup>51</sup> «Pues el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíbe...», STC 83/1984.

<sup>52</sup> Vid. el planteamiento de N. BOBBIO a propósito de la relación entre imperativos y permisos, *Teoría general del Derecho*, trad. de E. ROZO, Debate, Madrid, 1991, pp. 99 y ss.

<sup>53</sup> Hoy matizaríamos en el sentido de que puede hacerlo todo, pero con el límite de la Constitución y, en particular, con el límite de los derechos fundamentales específicos.

Hobbes, «la libertad de un súbdito yace ... solo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido»<sup>54</sup>. La segunda, propia de una concepción liberal del Estado, sostiene que el hombre es naturalmente libre y que debe seguir siéndolo jurídicamente, de modo que los sacrificios que puedan imponerse a esa libertad deben contar con alguna justificación; es la filosofía política que subyace a la *Declaración de derechos* de 1789 cuando afirma que «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás» (art. 4) y que «la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad» (art. 5); la lesión de terceros y no la mera voluntad del poder político es lo que autoriza la limitación de la libertad. Nótese que, desde esta segunda filosofía, el enfoque cambia por completo, pues ahora la competencia del legislador ya no puede concebirse como ilimitada, o condicionada sólo por el respeto a unos derechos concretos, sino que se circunscribe a la protección de ciertos bienes y sólo en nombre de esa protección cabe imponer mandatos y prohibiciones que cercenen la libertad natural; es decir que, como escribe M. Gascón, «no sólo ha de acreditarse el respeto al derecho de libre expresión, reunión o asociación, sino que ha de justificarse que la imposición de un deber que irremediamente restringe la libertad del individuo, resulta necesario para preservar otros derechos o bienes»<sup>55</sup>. En resumen, el derecho general de libertad es simplemente «la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera» y significa dos cosas: primero, que «a cada cual le está *permitido prima facie* —es decir, en caso de que no intervengan *restricciones*— hacer y omitir lo que quiera (norma permisiva)»; y segundo, «cada cual tiene *prima facie*, es decir, en la medida que no intervengan *restricciones*, un *derecho* frente al Estado a que éste no impida sus acciones y omisiones, es decir, no intervenga en ellas (norma de derechos)»<sup>56</sup>.

Pues bien, ¿cabe reconocer algún principio que desempeñe esa función de derecho general de libertad?, la idea de que el ciudadano puede hacer lo que quiera mientras no incumpla normas imperativas y que el establecimiento de estas últimas requiere una adecuada justificación, ¿puede encontrar algún apoyo en el marco del Estado constitucional de Derecho? En Alemania, una respuesta afirmativa ha sido construida por el Tribunal

---

<sup>54</sup> T. HOBBS, *Leviatan* (1651), ed. de C. Moya y A. Escotado, Ed. Nacional, Madrid, 1979, capítulo XXI, p. 302.

<sup>55</sup> M. GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, citado, p. 275.

<sup>56</sup> R. ALEXY, *Teoría de la derechos fundamentales*, citado, p. 333. Subrayado en el original.

Constitucional a partir de lo que establece el artículo 2.1: «Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral»<sup>57</sup>. Asimismo, en Italia se discute si la alusión que hace el artículo 2 de la Constitución a «los derechos inviolables del hombre» puede fundamentar una «apertura» del catálogo de derechos fundamentales<sup>58</sup> y, en todo caso, el método del *bilanciamento*, que ha conocido un extraordinario desarrollo en la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales, en la práctica conduce al enjuiciamiento de cualquier intervención en la esfera de la libertad en términos de ponderación<sup>59</sup>.

Por lo que se refiere a España, creo que la idea de un derecho general de libertad en los términos expuestos encuentra fácil acomodo en la preceptiva constitucional. Ante todo, el hecho de que la libertad aparezca reconocida en el artículo 1.1<sup>60</sup> como un valor superior del ordenamiento y, por tanto, como un criterio hermenéutico insoslayable para la interpretación de todo el sistema jurídico. Si esto es así, parece lógico que toda disposición que limite la libertad, ya sea mediante la imposición de mandatos o el establecimiento de prohibiciones, pueda ser enjuiciada a fin de comprobar su necesidad y adecuación. En segundo lugar, resulta clave el artículo 10.1<sup>61</sup>: de un lado, el reconocimiento del «libre desarrollo de la personalidad» representa la traducción jurídica del principio de autonomía, esto es, de aquel principio que permite organizar nuestra existencia del modo que nos parezca más oportuno, siempre que ello no lesione a terceros o, en general, siempre que no existan razones sustentadas en bienes dignos de protección que autoricen la limitación de aquella autonomía<sup>62</sup>; de otro lado, la afirma-

<sup>57</sup> Vid. J. C. GAVARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, citado, pp. 240 y ss.

<sup>58</sup> Vid., por ejemplo, el comentario de A. BARBERÁ al art. 2 en G. Branca, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bolonia, Roma, 1975, pp. 65 y ss.

<sup>59</sup> Vid. algunos ejemplos en el volumen *Libertà e Giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino, 1992.

<sup>60</sup> En sentido conforme L. AGUIAR DE LUQUE, quien habla de un «principio general de libertad del ser humano, que en el caso de la Constitución española encuentra plasmación en los artículos 1.1 y 9.2», «Los límites de los derechos fundamentales», citado, p. 12.

<sup>61</sup> «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

<sup>62</sup> «¿Dónde se halla, pues, el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo?», se preguntaba J. STUART MILL: «En no perjudicar los intereses de los demás, o más bien, ciertos intereses que, sea por una disposición legal expresa, sea por un acuerdo tácito, deben ser considerados como derechos», *Sobre la libertad* (1859), trad. de J. SAINZ, Ed. Orbis, Barcelona, 1985, cap. IV, p. 91. Vid. ampliamente C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 199 y ss.

ción de que ese libre desarrollo, así como los derechos inviolables, son uno de los fundamentos del orden político, obliga a examinar cualquier actuación de los poderes públicos, incluida la actividad legislativa, desde la perspectiva de la exigibilidad de tales principios. Por último, «la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», ya comentada, implica que, dentro del respeto a la legítima discrecionalidad política del legislador, también él está sometido al imperativo de la racionalidad; pues que la Constitución excluya la existencia de leyes arbitrarias es lo mismo que requerir que las leyes puedan exhibir una justificación razonable.

Sin embargo, creo que el fundamento de un derecho general de libertad no sólo puede construirse a partir del Título Preliminar de la Constitución, sino que es posible obtenerlo también dentro del catálogo de derechos y, más concretamente, en uno de los más fuertes o resistentes; me refiero a la libertad de conciencia recogida en el artículo 16,1 como «libertad ideológica, religiosa y de culto»<sup>63</sup>; una libertad eminentemente práctica que consiste no sólo en pensar y en creer sin ataduras jurídicas, sino sobre todo en actuar de forma coherente con las propias convicciones.

Efectivamente, una libertad de conciencia entendida en sentido literal o restrictivo, esto es, como una libertad interna o sicológica carecería de significado en el mundo heterónomo del Derecho, dado que para éste es una empresa inalcanzable pretender interferir en ese ámbito. La libertad de conciencia sólo puede conceptuarse como una libertad práctica o relativa al comportamiento externo del individuo. Es más, la conciencia consiste justamente en un juicio del sujeto sobre su conducta concreta y, en ese sentido, tiene razón Hervada al decir que «el rasgo fundamental de la conciencia reside en que aparece en la acción singular y concreta. No consiste en enunciados generales, sino en el juicio del deber respecto de la conducta concreta...»<sup>64</sup>. En consecuencia, proteger la libertad de conciencia significa, en principio, asegurar que los individuos puedan comportarse de acuerdo con sus propias convicciones.

Por lo demás, esta interpretación de la libertad de conciencia cuenta con avales doctrinales y jurisprudenciales. En opinión de Stein, por ejem-

---

<sup>63</sup> Que lo que suele conocerse como libertad de conciencia forma parte de la libertad ideológica ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional: «La libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica», STC 15/1982.

<sup>64</sup> J. HERVADA, «Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica», en *Persona y Derecho*, vol. II, 1984, pp. 42 y s.

plo, «la libertad de conciencia se refiere a las convicciones de cada individuo sobre la conducta moralmente debida... (protegiendo) las convicciones de los individuos de las consecuencias que podrían sufrir por comportarse de acuerdo con sus creencias». En consecuencia, si la libertad ideológica y religiosa permite formular una respuesta autónoma a los interrogantes de la vida personal y social, la libertad de conciencia garantiza una conducta práctica coherente con esa respuesta; esta última libertad, en suma, «se refiere necesariamente a la conducta humana y no se limita a la libre formación de la conciencia, sino que se extiende también a la libertad de actuar según dicha conciencia»<sup>65</sup>. Idea que recoge casi literalmente el Tribunal Constitucional: «la libertad de conciencia supone no solamente el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma»<sup>66</sup>.

Ahora bien, ¿qué consecuencias prácticas derivan de este derecho general de libertad?. En realidad, esas consecuencias se limitan a una sola, a saber: elevar a criterio hermenéutico fundamental el que toda norma que imponga mandatos o prohibiciones, limitando así la libertad natural, ha de ser concebida y tratada como una norma que limita derechos fundamentales. Como es obvio, este derecho *prima facie* no convierte en legítima cualquier conducta, ni deja inerte al legislador para proteger bienes sociales o para ejecutar su proyecto político dentro de la Constitución; al contrario, como observa Alexy, la amplitud del supuesto de hecho que comporta el derecho general de libertad –potencialmente toda acción– «exige una correspondiente amplia versión de la cláusula restrictiva»<sup>67</sup>. De lo que se trata es simplemente de redefinir la presunción de legitimidad constitucio-

---

<sup>65</sup> E. STEIN, *Derecho político*, trad. de F. Sainz Moreno, nota preliminar de F. Rubio Llorente, Aguilar, Madrid, 1973, p. 210. Ya antes escribía Pérez Serrano que la libertad de conciencia no podía referirse a la dimensión interna de la moral, donde la acción del Estado «ha de detenerse por injusta y por estérilmente ineficaz»; «su médula consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su canon de vida a lo que prescribe su propia convicción», *Tratado de Derecho político*, Cívitas, Madrid, 1976, p. 623.

<sup>66</sup> STC 15/1982. Por eso, el derecho general de libertad configurado a partir de la libertad ideológica y religiosa resulta especialmente fecundo para encarar los problemas de las numerosas modalidades de objeción de conciencia no tipificadas en la Constitución, que recoge sólo la relativa al servicio militar. Es más, en esta misma sentencia se afirma que la «la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia». Sobre ello, y además del libro ya citado de M. GASCÓN *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, puede verse mi capítulo sobre «La objeción de conciencia» en I. C. IBÁN, A. MOTILLA y L. PRIETO, *Curso de Derecho Eclesiástico*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991, pp. 343 y ss.

<sup>67</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 334.

nal de la ley en los términos que ya conocemos cuando se trata de interferir en el ámbito de los derechos y, por tanto, de extender la exigencia de ponderación para toda medida que comporte un sacrificio en la libertad de acción. Por ello, si junto a los derechos fundamentales concretos o específicos, concebimos la existencia de un derecho general de libertad, esa necesidad de justificación deberá extenderse a todas las normas que limiten la libertad. En suma, el contenido de la norma de clausura puede formularse así: «Toda acción (hacer u omitir) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional»<sup>68</sup>.

Ciertamente, este enfoque desvirtúa la ya conocida distinción entre lo que es la delimitación constitucional de los derechos fundamentales y lo que aparece como su limitación externa; y ello no sólo porque existan ciertas dificultades de interpretación derivadas de la indeterminación de los derechos, según se ha visto, sino porque el ámbito de la libertad jurídica no se agota en los derechos fundamentales específicos, sino que viene a coincidir con la propia libertad natural. Dicho más claramente, todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse *en principio* jurídicamente permitido, y la extensión a esa esfera de inicial permisón de normas imperativas que limitan la libertad requiere un respaldo constitucional suficiente; es decir, requiere la existencia de algún valor que pueda o deba ser protegido en un Estado de Derecho, y cuya garantía exija un cierto sacrificio de la libertad. Por ello, me parece que es una verdad a medias esa afirmación, tan corriente entre los juristas, de que «el principio general de libertad autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba». Y es una verdad a medias porque, si bien es cierto que en principio el ciudadano no es libre cuando tropieza con normas imperativas, también lo es que en un Estado constitucional garantizado el legislador no es libre para imponer cualesquiera condiciones o cargas.

Este planteamiento ha sido objeto de numerosas críticas, sobre todo en Alemania, que es donde el derecho general de libertad ha encontrado un más amplio desarrollo<sup>69</sup>. En España, G. Peces-Barba, seguido muy de cerca por A. L. Martínez-Pujalte<sup>70</sup>, han censurado también esta expresión de

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>69</sup> *Vid.* una respuesta a tales críticas en la amplia exposición de R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, pp. 331 y ss.

<sup>70</sup> G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, citado, pp. 363 y ss; A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, citado, pp. 56 y ss.

«anarquismo jurídico» que defendí en mi libro de 1990 <sup>71</sup>, origen del presente trabajo. Sus objeciones creo que se resumen en lo siguiente: la norma de clausura no puede ser el derecho general de libertad; este derecho supone una concepción excesivamente individualista y subjetivista que conduce a un cierto iusnaturalismo; y, por último, muy unido a lo anterior, la norma de clausura reduce los derechos fundamentales a la libertad negativa, olvidándose del Estado social y de los derechos prestacionales. Me parece que los tres frentes de crítica revelan una defectuosa comprensión de lo que significa el derecho general de libertad.

En primer lugar, dice Peces-Barba que la auténtica norma de cierre del sistema de derechos fundamentales son los «valores superiores» del artículo 1.1 y no la libertad general de acción. Sospecho que no usamos la expresión «norma de clausura» en el mismo sentido: lo que aquí interesa no es la identificación de una norma material a la que puedan reconducirse los distintos derechos y que sea capaz de ofrecer un «cierre» sistemático al conjunto de todos ellos, ejercicio intelectual de muy amplias pretensiones. Más modestamente, aquí se intenta ofrecer una respuesta jurídica a aquellos comportamientos –acciones u omisiones– que precisamente no encuentran encaje o que no pueden ser subsumidos claramente en ningún derecho específico. La he llamado norma de clausura porque creo que es una norma y que es de clausura; es una norma porque nos dice cómo debemos actuar ante una decisión pública que interfiere en el ámbito de la libertad, esto es, nos dice qué es lo que hay que fundamentar en los casos indicados; y es de clausura porque nos ofrece esa respuesta para todos aquellos comportamientos que no están contemplados en los derechos fundamentales específicos. Dicho esto, tampoco tengo dificultad en reconocer que si, desde un punto de vista, este derecho general cierra o clausura el sistema en el sentido comentado, desde otra óptica representa también una apertura por cuanto extiende la exigencia de ponderación más allá de la esfera estricta de los derechos específicos <sup>72</sup>.

Para los fines propuestos no alcanzo a comprender qué papel pueden desempeñar «valores superiores» diferentes al de libertad, salvo justamente

---

<sup>71</sup> *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, capítulo VII.

<sup>72</sup> Esto lo reconoce también ALEXY: «el sistema es cerrado en la medida en que el derecho general de libertad protege ampliamente *prima facie* la libertad negativa (en sentido estricto). Es abierto en la medida en que la existencia del derecho general de libertad mantiene abierta la posibilidad de nuevos derechos definitivos, como así también de nuevos derechos tácitos», *Teoría de los derechos fundamentales*, citado, p. 365.



el de servir como criterios de ponderación para justificar la ley limitadora; es decir, la defensa de la igualdad, la justicia o el pluralismo político puede representar el fundamento de una medida restrictiva sobre la libertad y, en ese aspecto, tales valores se integrarán eventualmmente (cuando vengan al caso) en la segunda parte de la norma de clausura. Y con ello paso a la segunda objeción. Peces-Barba, con su acusación de individualismo y de subjetivismo (unida a la de anarquismo, que tampoco me molesta) parece tener presente sólo la primera parte de la norma de clausura e interpretarla, más o menos, como que todo sujeto está autorizado para hacer lo que le venga en gana. Pero olvida la otra parte, que encierra el núcleo de la ponderación: toda acción está en principio permitida, *salvo que una ley formal y materialmente constitucional la haya prohibido*, y no cabe duda que ese fundamento material puede venir proporcionado por los valores superiores; es más, yo creo que no sólo por ellos.

Con esto me parece que hemos dado también respuesta a la tercera objeción: no hay olvido de los derechos prestacionales ni de las exigencias del Estado social, que si están algo maltrechos no es precisamente por culpa de la libertad. Al margen de que pueda construirse también un derecho general a la igualdad, aquí estamos hablando exclusivamente de un problema, el de la libertad negativa, que para nada condiciona la suerte de otros derechos. Más bien al contrario, como venimos diciendo, esos otros derechos pueden configurarse eventualmente como el fundamento de una restricción legítima a la libertad de acción. De nuevo puede responder Alexy: «se puede sostener la concepción del derecho general de libertad y, sin embargo, conferir mayor relevancia, en general, a principios que apuntan a bienes colectivos de forma tal que, al final, la libertad negativa definitiva sea muy reducida... (pero) las intervenciones en la libertad negativa siguen siendo siempre lo que son, es decir, intervenciones en un determinado tipo de libertad. Esto significa que, en tanto tales, tienen que ser justificables»<sup>73</sup>. Es verdad, como observa Peces-Barba, que la libertad de la que aquí venimos hablando, la libertad negativa de hacer u omitir, no agota el concepto más rico y complejo de la libertad en un Estado social y democrático de Derecho, que comprendería, por ejemplo, la satisfacción de necesidades básicas de orden material y cultural, la participación política, etc. Pero el derecho general a la libertad no es obstáculo para esto; su objetivo se cir-

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 366.

cunscribe a esa llamada libertad negativa que es, cuando menos, la parte primera de la libertad en general.

En definitiva, la norma de clausura no implica ninguna sobrevaloración acrítica de la libertad individual; al contrario, viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría trucada en favor de la autoridad. Aceptando el igual valor en abstracto de todos los derechos y bienes constitucionales <sup>74</sup> y, por tanto, el igual valor de la libertad y de sus restricciones, lo que se sugiere es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad. Primero, porque el derecho general supone una apelación a la racionalidad donde antes sólo existía el imperio de la autoridad o, más exactamente, porque con ella viene a completarse la legitimidad formal (democrática) de la ley con una exigencia de legitimidad material que es indispensable si es que las libertades y los derechos representan decisiones básicas de orden constitucional. Y, en segundo término y como corolario de lo anterior, porque la norma de clausura significa justamente que en las esferas que afectan a la posición del individuo las libertades no son excepciones circunstanciales en un mundo dominado por las decisiones del legislador, las cuales sólo deberían «rendir cuentas» cuando entran en conflicto con una libertad o derecho específico, pero sólo entonces; sino, al contrario, que los deberes jurídicos, los mandatos y las prohibiciones, representan limitaciones a la libertad, excepciones a la regla general de libertad y que, como tales excepciones, deben justificarse. En el fondo, el derecho general de libertad es una consecuencia de concebir al Estado y a las instituciones como instrumentos o artificios al servicio del individuo, y me parece que ésta es la médula de la filosofía política que representa el fundamento de un modelo constitucional basado en los derechos.



---

<sup>74</sup> Entre los que hay que incluir, sin duda, el valor de la democracia y el consiguiente respeto a las legítimas opciones legislativas.