

Ponderación (Tribunal Constitucional español)

Balancing (Spanish Constitutional Court)

Lorena Chano Regaña
Universidad de Extremadura
ORCID ID 0000-0002-7475-3852
lorenachano@unex.es

Cita recomendada:

Chano Regaña, L. (2022). Ponderación (Tribunal Constitucional español). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 241-253.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7121>

Recibido / received: 12/01/2022
Aceptado / accepted: 18/05/2022

Resumen

La ponderación es una estructura metodológica compleja utilizada por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre principios y justificar la relación de prevalencia condicionada existente entre dos bienes constitucionalmente protegidos. Su utilización implica la aceptación de que existe una diferencia entre principios y reglas dentro del sistema normativo, que los principios son susceptibles de cumplimiento gradual y que los derechos fundamentales y bienes colectivos constitucionalmente protegidos son equiparables a los principios a efectos de aplicación de la estructura de la ponderación. El Tribunal Constitucional español utiliza la ponderación en la resolución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos dentro del principio estructural de la proporcionalidad, sin que la técnica ponderativa haya alcanzado un desarrollo independiente. El presente trabajo expone la aplicación que el Tribunal Constitucional español hace de la ponderación y la función que esta desempeña en la jurisprudencia constitucional. Asimismo, se apuntan las principales problemáticas de su aplicación.

Palabras clave

Ponderación, proporcionalidad, Tribunal Constitucional español, interpretación constitucional, principios, derechos fundamentales.

Abstract

Balancing is a complex methodological structure used by the Constitutional Courts to resolve conflicts between principles and justify the existing conditional prevalence relationship between two constitutionally protected goods. Its use implies the acceptance that there is a difference between principles and rules within the normative system, that the principles are capable of gradual compliance and that the fundamental rights and constitutionally protected collective goods are comparable to the principles for the purpose of applying the structure of balancing. The Spanish Constitutional Court uses balancing in the resolution of conflicts between constitutionally protected assets within the structural principle of proportionality, without the balancing technique having reached an independent development. This paper exposes the



application that the Constitutional Court makes of the balancing and the role that it plays in constitutional jurisprudence. Likewise, the main problems of applicability are pointed out.

Keywords

Balancing, proportionality, Spanish Constitutional Court, constitutional interpretation, principles, constitutional rights

SUMARIO. 1. Ponderación: concepto y planteamientos teóricos. 2. La aplicación de la ponderación por el Tribunal Constitucional español. 2.1. El contexto de aplicación: el principio de proporcionalidad. 2.2. La fórmula de aplicación. 2.3. La funcionalidad de la ponderación constitucional. 2.4. La problemática de la ponderación: la racionalidad. 3. Conclusiones.

1. Ponderación: concepto y planteamientos teóricos

La ponderación es una estructura metodológica compleja que sirve como criterio de ordenación de los argumentos que se aducen para resolver los conflictos entre principios constitucionales.

En el constitucionalismo contemporáneo la teoría de la ponderación más desarrollada es la del filósofo del Derecho Robert Alexy. Alexy presenta la ponderación como un método racional de aplicación del derecho que permite justificar una «relación de precedencia condicionada» entre principios constitucionales en conflicto, de modo que se pueda dar una respuesta en el caso concreto sobre el principio que cede en beneficio de otro y el grado en el cual lo hace. Para ello articula de forma pormenorizada la estructura de la ponderación, partiendo de los siguientes postulados:

Primero. La aceptación de la teoría de los principios, que afirma que el ordenamiento jurídico-positivo debe ser integrado con la idea de justicia. El derecho y la moral son dos categorías conectadas y el derecho se define a partir de una relación de equilibrio entre el sistema normativo positivo o formal, la eficacia de las normas en la sociedad y la acción correctora de la justicia (Portocarrero, 2017, p. 211)¹.

Segundo. La diferencia teórica y funcional entre principios y reglas dentro del sistema normativo. Esta diferencia consiste en considerar a las reglas como mandatos definitivos, cuya aplicabilidad oscila entre el «todo o nada», mientras que los principios se mueven en el terreno de lo axiológico y pueden ser cumplidos en diferentes grados. Los principios estarían dotados de un «peso», de un valor específico, que permite sopesarlos y aplicarlos en diferente grado (Dworkin, 1999, pp. 72-80; Alexy, 1993, pp. 81-87). En esta línea, siguiendo al profesor Robert Alexy, los principios se definirían como «mandatos de optimización» susceptibles de cumplimiento gradual. Se trata de normas que ordenan que «algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Alexy, 1993, p. 86). Las posibilidades jurídicas y reales son las circunstancias concretas del supuesto fáctico que concurren en la aplicación de reglas y principios.

En el normal funcionamiento del derecho pueden generarse problemas de aplicabilidad por la contraposición entre unas normas y otras, que no es posible

¹ Una visión más completa sobre la problemática de la ponderación y las relaciones entre moral y derecho desde la perspectiva de la crítica del neoconstitucionalismo: Pino (2011, pp. 220-228).

solucionar acudiendo a los principios generales de integración del derecho. En el caso de que sean dos reglas las que chocan, el conflicto se resuelve declarando una de ellas inválida o introduciendo una excepción (Alexy, 1993, pp. 88-89). Estamos, por tanto, ante problemas de validez y aplicabilidad de las normas, que se solventan con los criterios utilizados tradicionalmente por el derecho para solucionar las antinomias. Estos criterios son: a) el principio de jerarquía, en cuya virtud la ley superior deroga a la anterior; b) el principio cronológico, según el cual la ley posterior deroga a la anterior; y, c) el principio de especialidad, según el cual, la ley general cede a favor de la especial (Prieto, 2008, p. 86)²; a los que podríamos sumar también, d) el principio de procedimiento; y, e) el de competencia para aprobar determinados tipos de leyes (Santamaría, 2016, pp. 140-160). En cambio, en el caso de que choquen dos principios, nos encontramos en el ámbito de lo axiológico, la solución se deriva del diferente peso que, según las circunstancias reales y jurídicas, el operador del derecho asocie a cada uno de estos principios. Por tanto, los principios deben ser sopesados, esto es, ponderados, puestos en equilibrio, existiendo una relación de precedencia condicionada entre ellos (Alexy, 1993, pp. 89-94). Esta acción debe ser realizada en el caso concreto, confrontando las realidades jurídicas existentes.

La relación de precedencia condicionada cuenta con cuatro elementos, que pueden definirse como los componentes a nivel teórico de la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación (i); la fórmula del peso (ii); la ley de colisión (iii); y las cargas de la argumentación (iv).

i) La ley de la ponderación se resume en la máxima alexiana tantas veces citada por la doctrina: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 1993, p. 161). Para aplicar esta máxima se parte del grado de afectación o intervención de los principios enfrentados y de la necesidad de determinar cómo de importante es satisfacer cada uno de los principios; del peso abstracto de cada principio; y, de la certeza o seguridad de los datos empíricos aplicables al caso.

ii) Para poder racionalizar y comprender el grado de afectación y de necesidad o importancia en la satisfacción de un principio Alexy establece dos escalas triádicas: la primera distingue entre afectación «leve, media, intensa»; y, la segunda, entre afirmaciones empíricas «no evidentemente falsas, plausibles y seguras». A cada una de estas escalas le otorga un valor numérico y construye así su fórmula del peso, a modo de analogía instructiva para los operadores del derecho (Alexy, 2002, p. 42). La fórmula del peso, por tanto, no es más que la expresión matemática a partir de valores aritméticos de la ley de la ponderación³.

iii) La ley de colisión es la regla formalizada que resulta de la aplicación de la ponderación. En otras palabras, es la solución en forma de regla en la que subsumir el supuesto de hecho y las circunstancias en las que concurrió el conflicto entre principios para determinar cuál de ellos resulta aplicable.

iv) Las cargas de la argumentación son los argumentos que justifican la interferencia o sacrificio de un principio (Bernal, 2005, pp. 791-793). Operan en el caso de que los pesos de los principios confrontados se encuentren nivelados. En este tipo de situaciones, si de un lado de la balanza tenemos la igualdad o la libertad en abstracto, el empate se desharía en favor de estas, a menos que existiesen razones lo suficientemente «fuertes» como para justificar una injerencia. Esta máxima

² A mayor abundamiento sobre estos métodos tradicionales de resolución de conflictos entre normas: Guastini (2000, p. 72) y Bobbio (1990, p. 339).

³ La estructura detallada de la ley de la ponderación puede consultarse en: Alexy (2002, pp. 39-48); Bernal (2003, pp. 227-230).

fue matizada posteriormente por Alexy al señalar que en este tipo de situaciones opera cierta precedencia a la labor del legislador en cuanto a órgano representativo del pueblo, que fundamenta su competencia en el principio democrático (Alexy, 2002, pp. 45-49). Esto significa que, en el caso de que los pesos de los principios se encuentren nivelados, prevalecería en primer lugar lo determinado por el legislador, salvo en el caso de que los principios en juego fuesen la igualdad o la libertad, en cuyo caso excepcionarían al principio democrático (Bernal, 2003, pp. 231-232).

En las cargas de la argumentación juega también un papel importante la existencia de una regla derivada de la aplicación de la estructura de la ponderación en un caso anterior análogo o semejante. En estos casos procedería la aplicación analógica de la solución previa siempre que los casos fueran similares y presentaran analogía. Sin embargo, este respeto al precedente podría quebrarse mediante la carga de la argumentación, es decir, mediante razones lo suficientemente «fuertes» como para justificar una solución diferente en aplicación de la ponderación (Alexy, 1993, pp. 535-540).

Tercero. El tercer postulado es la equiparación de los derechos fundamentales y bienes colectivos constitucionalmente protegidos a los principios a los efectos de aplicación de la estructura de la ponderación. Es decir, que la ponderación se usa también para resolver conflictos e injerencias en los derechos fundamentales (Alexy, 1993, p. 82) y en los «bienes colectivos constitucionalizados», entendiéndose por tales aquellos intereses públicos que la Constitución reconoce de manera general y abstracta y cuyo contenido material es susceptible de ser cumplido «en la mayor medida posible» (Portocarrero, 2017, p. 212).

2. La aplicación de la ponderación por el Tribunal Constitucional español

Una vez definidos los fundamentos teóricos de la ponderación conforme a la doctrina comúnmente aceptada, procede, a continuación, abordar la cuestión de cómo ha aplicado el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) esta técnica y qué particularidades presenta. En primer lugar, comenzaremos por precisar su contexto de aplicación, que no es otro que el principio de proporcionalidad.

2.1. El contexto de aplicación: el principio de proporcionalidad

El TC español utiliza la ponderación en la resolución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos dentro del principio estructural de la proporcionalidad, sin que la técnica ponderativa haya alcanzado un desarrollo independiente del canon de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, proporcionalidad en sentido amplio o simplemente proporcionalidad, es un método estructural de creación jurisprudencial alemana (Kluth, 1998, pp. 219-220; Jellinek, 2000, p. 205) que permite «medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como las de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, [...]» (Barnes, 1998, p. 16). La proporcionalidad se introduce en el TC español a través de la influencia y recepción del derecho del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)⁴. Aunque se ha discutido mucho sobre la

⁴ Los pronunciamientos de la STC 34/1981 de 19 de noviembre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 48/1981), f.j. 3, B); la STC 75/1983 de 3 de agosto (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 44/1982), f.j. 2; y, la STC 6/1984 de 24 de enero (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 515/1982), f.j. 2, primeros referentes en materia de proporcionalidad replican y citan la definición del método en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH): TEDH. Pleno. Sentencia varios c. Bélgica, de 23 de julio de 1968 (caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica), ff.jj. 32 y 42;

naturaleza y fundamento constitucional del principio⁵ y este no aparece recogido en nuestro texto constitucional, con el paso del tiempo el TC le ha otorgado la dimensión de auténtico principio constitucional⁶.

El TC lo ha utilizado en un triple sentido. En primer lugar, para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, particularmente en la casuística de los recursos de amparo. En segundo lugar, lo ha aplicado como límite modulador de toda actuación de los poderes públicos que pudiera suponer una injerencia en la esfera de los derechos y libertades de las personas⁷, tanto decisiones normativas de carácter administrativo o reglamentario, como decisiones judiciales. Y, en tercer lugar, lo ha utilizado como parámetro de validez de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley que han limitado derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos con carácter abstracto.

El método estructural de la proporcionalidad supera la teoría del contenido esencial de los derechos y la cuestiona, sobre todo, cuando se enfrenta a lo que se han denominado «derechos absolutos» (Borowski, 2020, pp. 297-339) y en aquellos «casos difíciles» (Atienza y Manero, 1996, pp. 22-23; Atienza, 2014, pp. 4-7) en los que es imposible acomodar dos derechos ajustando la zona periférica de estos y respetando su contenido esencial (Alexy, 1993, pp. 288-289), de modo que se sacrifica justificadamente el núcleo duro de un derecho en beneficio de otro.

La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto se encuadra en el método estructural de la proporcionalidad, entendida como proporcionalidad en sentido amplio o simplemente proporcionalidad. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto es el tercer y último paso de este método estructural de la proporcionalidad, cuyo orden lógico se desglosa en el siguiente análisis⁸:

Uno. Examen de idoneidad o juicio de adecuación: se requiere, en primer lugar, que la medida restrictiva de un derecho o bien constitucionalmente protegido sea adecuada e idónea, es decir, apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma, medida jurídica o decisión judicial que establece la restricción. Este paso, a su vez, se desdobra en dos fases: la determinación de la existencia de un fin constitucional legítimo y la evaluación de que la medida adoptada (lesiva de un derecho fundamental, principio o bien constitucionalmente protegido) es adecuada para la consecución del fin constitucional y legítimo que a su vez se persigue con la medida.

Dos. Examen de necesidad o juicio de indispensabilidad: si la finalidad es legítima y la norma o medida jurídica es adecuada para su logro, se procede a analizar si esta medida es la más moderada para la consecución del fin, es decir, a constatar que no exista otra medida menos gravosa, que ocasione menos perjuicios y que sea igualmente óptima para el logro del fin.

TEDH. Pleno. Sentencia Sindicato Nacional de Policía Belga c. Bélgica, de 27 de octubre de 1975 (caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga), ff.jj. 46 y 49; y, TEDH. Pleno. Sentencia Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras c. Bélgica, de 6 de febrero de 1976 (caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras), ff.jj. 44 a 49.

⁵ Un resumen sobre la discusión doctrinal acerca del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad: Chano (2020, pp. 145-150).

⁶ STC 148/2021 de 14 de julio de 2021 (Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 2054/2020), f.j. 3, iii), 2º párrafo.

⁷ Por ejemplo, en la STC 123/2002 de 20 de mayo (Sala Primera. Recurso de amparo 5546/1999), ff.jj. 5 a 7.

⁸ Un análisis pormenorizado de la estructura del principio lo encontramos en Bernal (2005); Barak (2017).

Tres. Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: superados los anteriores juicios hay que valorar los intereses en juego y buscar un equilibrio que suponga la menor restricción de los intereses constitucionales en juego. Se trata de una ponderación equitativa saldada en la consecución de mayores ventajas y beneficios que perjuicios.

Si se superan los tres pasos sucesivos del canon de la proporcionalidad se concluye que la medida restrictiva que se analiza va a ser proporcionada y, por ende, constitucional. Si no se supera alguno de estos estadios, la norma sería inconstitucional.

En este contexto aplicativo y con este trasfondo teórico, nos preguntamos ahora cómo aplica el TC español la ponderación y qué particularidades presenta la jurisprudencia del TC en esta materia.

2.2. La fórmula de aplicación

El TC ha tratado con cierta confusión el contenido dogmático de la ponderación y de la proporcionalidad en sentido amplio (González, 2015, p. 109), utilizando fórmulas abiertas y tendentes a asegurar la valoración específica del caso concreto. Además, ha definido la estructura metodológica de la ponderación de forma diversa, exigiendo que la medida sea «proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»⁹; incidiendo en otras ocasiones en el presupuesto de los «efectos no gravosos»¹⁰, rechazando como proporcionados los «efectos excluyentes»¹¹ o «exclusiones injustificadas» de algún derecho para un colectivo¹²; y profundizando otras veces en la «relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido»¹³, adjetivando incluso a la proporcionalidad en sentido amplio como «razonable relación entre medios y fines»¹⁴ y confundiendo, al definir en iguales términos, el contenido de la fase de necesidad y el de la fase de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación¹⁵. Todo esto hace complejo el análisis jurisprudencial de la estructura metodológica de la ponderación y aconseja una aproximación diacrónica a su utilización por parte del TC.

A grandes rasgos podríamos establecer que existen tres etapas:

Una primera etapa o etapa inicial, en la que se produce la recepción del principio de proporcionalidad a partir de la jurisprudencia del TEDH y de otras técnicas del derecho comparado. En este período encontramos cierta confusión terminológica y un uso desordenado de la estructura metodológica de la proporcionalidad en sentido amplio (González, 2015, pp. 19-35). La configuración de la estructura metodológica de la proporcionalidad pivota entre la justificación de la restricción a partir de la

⁹ STC 66/1995 de 8 de mayo (Sala Segunda. Recurso de amparo 1693/1992), f.j. 5, párrafo 1º.

¹⁰ STC 55/1990 de 28 de marzo (Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 487/1986, 158, 495 y 510/1987), f.j. 6; y, STC 76/1990 de 26 de abril (Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 695/1985), f.j. 9.A), 2º párrafo, apartado d).

¹¹ STC 120/2010 de 24 de noviembre (Pleno. Cuestión interna de inconstitucionalidad 5085/2009), ff.jj. 5 y 6.

¹² STC 3/1993 de 14 de enero (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 231/1987), f.j. 5.

¹³ STC 63/2011 de 16 de mayo (Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 6191/2001), f.j. 3; STC 117/2011 de 4 de julio (Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 6725/2009), f.j. 4; STC 79/2011 de 6 de junio (Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 12/2005), f.j. 3.

¹⁴ STC 75/1983 de 3 de agosto (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 44/1982), f.j. 3.

¹⁵ STC 161/1997 de 2 de octubre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 4198/1996), f.j. 12, párrafo 2º y STC 136/1999 de 20 de julio (recurso de amparo 5459/1997), f.j. 22.

determinación de la finalidad legítima perseguida y la proporcionalidad de los efectos, sin definir claramente un modelo de aplicación específico de la ponderación¹⁶.

La segunda etapa comienza a principios de los noventa y tiene su punto de inflexión en 1995 con la canonización del principio de proporcionalidad por el TC y con una aplicación más formal y rigurosa de las fases del canon de la proporcionalidad en sentido amplio¹⁷.

Finalmente, la tercera etapa se sitúa a partir de la década del 2000. En ella se observa una aplicación relajada y, en ocasiones, desordenada de la estructura metodológica de la proporcionalidad (González, 2015, pp. 70-72)¹⁸, sin abandonar sus directrices y poniendo siempre el foco en:

- i) La exigencia de racionalidad, o, lo que es lo mismo, la existencia de una finalidad legítima. Esto implica que la injerencia debe responder a un propósito legítimo, acorde con el ordenamiento jurídico y protegido explícita o implícitamente por la Constitución española¹⁹.
- ii) La evaluación de las consecuencias reales y jurídicas de la restricción de un derecho fundamental, libertad pública o bien constitucional protegido, sopesando las ventajas y beneficios de la restricción, es decir, aplicando la ponderación.

Para ponderar los intereses constitucionales en juego, el TC toma en consideración al menos dos factores de análisis: la valoración del impacto de los efectos de la medida y la ponderación de bienes constitucionales enfrentados cuando son claramente identificables al margen del principio democrático²⁰.

En el control de constitucionalidad de las normas la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto exige una relación equilibrada, por adecuada y proporcional, entre los beneficios que se pretenden con la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental y la lesión que se provoca a ese derecho. Lleva implícita una ponderación entre los beneficios y desventajas que provoca la medida para el interés general y para la sociedad. Se trata de un juicio de resultados, que se mueve en el terreno de las consecuencias jurídicas de la adopción de la medida restrictiva (Barak, 2015, pp. 375, 377).

Cuando la adopción de la norma restrictiva enfrenta a dos bienes constitucionalmente protegidos, generalmente derechos fundamentales, la ponderación es evidente. En cambio, cuando hablamos de efectos y consecuencias jurídicas de la medida, la percepción puede ser diferente. Así sucede, por ejemplo,

¹⁶ Por todas, STC 22/1981 de 2 de julio (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 223/1980), ff.jj. 5 a 9.

¹⁷ La canonización del principio se produce en las sentencias: STC 66/1995 de 8 de mayo (recurso de amparo 1693/1992), sobre el derecho de reunión; STC 55/1996 de 28 de marzo (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 961/1994, 1125/1995 y 2736/1995), cuestionando algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre, (BOE núm. 311 de 28 de diciembre de 1984) por posible conculcación de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE; y, STC 207/1996 de 16 de diciembre (recurso de amparo 1789/1996), f.j. 4, relativa a los derechos de integridad física e integridad moral.

¹⁸ Esta tendencia se inicia con la STC 136/1999 de 20 de julio (Pleno. Recurso de amparo 5459/1997), ff.jj. 21 a 24.

¹⁹ Constitución española. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

²⁰ Un ejemplo de la valoración del impacto de los efectos de la medida lo encontramos en STC 161/1997 de 2 de octubre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 4198/1996), f.j. 12, párrafo 2º; y STC 136/1999 de 20 de julio (Pleno. Recurso de amparo 5459/1997), f.j. 22. Evidencia de ponderación de bienes cuando estos son identificables, lo encontramos en STC 214/1991 de 11 de noviembre (Sala Primera. Recurso de amparo 101/1990), ff.jj. 5 a 7.

con relación a la igualdad, donde el derecho fundamental afectado es la propia igualdad y el examen de la proporcionalidad en sentido estricto se focaliza en evaluar los beneficios y perjuicios de la quiebra del principio a través de la diferencia introducida por el legislador. La fase de proporcionalidad en sentido estricto es entonces una ponderación o equilibrio entre la posición del legislador (principio democrático), de un lado; y, el bien constitucional en juego (la igualdad, en nuestro ejemplo), del otro lado. Sin embargo, el examen se construye y se percibe más que como una ponderación de intereses constitucionales enfrentados, como un examen sobre la gravedad o el impacto jurídico de la adopción de la medida. En otras palabras, se trata de verificar que los efectos de la diferencia legislativa o restricción de un derecho o bien constitucional no son desmedidos ni especialmente gravosos para el interés general. En realidad, lo que subyace en la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto es una ponderación entre el principio democrático y otros bienes constitucionales, pero en la práctica lo que se observa es un análisis de los efectos jurídicos de la restricción del derecho, confundándose y superponiéndose en multitud de ocasiones la fase de necesidad con la fase de ponderación en el marco del principio de proporcionalidad²¹.

La actividad ponderativa es más evidente en los procesos de protección de los derechos, que resuelven sobre la colisión de dos derechos fundamentales en sentido estricto (arts. 14 a 29 CE). En estos casos el TC pone en cada extremo de la balanza un derecho fundamental e intenta justificar las razones que apoyan a uno u otro derecho a partir de la existencia de la finalidad legítima que podría llegar a justificar la restricción, la coherencia de la restricción con este fin y los resultados precisos que provocaría la lesión de uno de los derechos fundamentales. No obstante, el TC tiende siempre a equilibrar o acomodar ambos derechos, buscando el equilibrio de las ventajas y desventajas para no llegar a excluir completamente el disfrute de un derecho fundamental. Para ello no aplica fórmulas matemáticas, sino que hace una actividad valorativa que parte de las certezas jurídicas, de la importancia en la satisfacción o preservación de determinados bienes constitucionales y de la realidad del caso concreto.

En este orden de ideas, cabe preguntarse ahora: ¿existe algún criterio de carácter general en la aplicación de la ponderación que haya podido constituirse en regla de aplicación para resolver los conflictos entre bienes constitucionales enfrentados?

Como se ha indicado, la proporcionalidad en sentido estricto es una ponderación o equilibrio entre bienes constitucionales enfrentados consistente en un examen sobre la gravedad o el impacto jurídico de la injerencia en el bien constitucional. Medir esa gravedad es algo complejo y controvertido. Resulta complicado fijar los límites o parámetros a partir de los cuales la restricción de un derecho o bien constitucionalmente protegido comenzará a ser desproporcionada. La línea divisoria es difusa y se diluye en el conjunto de necesidades y fines constitucionales, más aún cuando se persiguen finalidades muy concretas o sensibles desde la perspectiva de la política social, donde parece que toda interferencia es admisible si hay un objetivo constitucional claro y deseable que la sustente, particularmente en los procesos de control de la constitucionalidad de las normas, donde rige cierta presunción de legitimidad constitucional a favor del legislador. Son múltiples los factores externos a tener en cuenta en la evaluación del impacto, entre ellos la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas.

²¹ STC 37/1998 de 17 de febrero (Sala Segunda. Recurso de amparo 3694/1994), f.j. 8; y, STC 98/2003 de 2 de junio (Sala Primera. Recurso de amparo 3165/1998), f.j. 4.

Para salvar la subjetividad de los argumentos que se articulan dentro de la estructura metodológica, cualquier indicador que permita fijar los parámetros de la proporcionalidad de los efectos será tenido en consideración como garantía de la seguridad jurídica del control de la constitucionalidad. Por ello, cobra especial significación la consideración como «desproporcionados» de los efectos que excluyen de forma absoluta el disfrute de un derecho fundamental²². La privación absoluta de un derecho fundamental califica la clasificación legislativa de desproporcionada y, por tanto, de inconstitucional. Solo en casos extremos podría ponderarse en sentido favorable a la restricción. Por casos extremos entendemos aquellos que persiguen un fin legítimo muy deseable constitucional y socialmente, por ejemplo, la igualdad material del art. 9.2 CE, que solo pudiera lograrse mediante la restricción o exclusión del disfrute del derecho a un colectivo, siendo la medida absolutamente imprescindible para el logro del fin.

2.3. La funcionalidad de la ponderación constitucional

Hemos definido la ponderación constitucional como una estructura metodológica, carente de contenido material, que ordena y pone en relación los argumentos favorables y desfavorables que intervendrían en la resolución de un conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos. En esta definición se encuentra la función esencial de la ponderación: ser instrumento de ordenación lógica de los argumentos, dotando de cierta previsibilidad y seguridad la actuación del TC a la hora de enjuiciar este tipo de casos. Sin embargo, sucede que el uso desordenado del principio de proporcionalidad en sentido amplio, dentro del cual se encuadra la aplicación de la ponderación, y el amplio margen de discrecionalidad del Tribunal en la valoración de las circunstancias reales y jurídicas aplicables al caso concreto hacen que la previsibilidad se resienta y que más bien nos encontremos ante un parámetro de aplicación al caso concreto para admitir o inadmitir la lesión de un derecho o de un bien constitucionalmente protegido. Esta es una de las principales objeciones a la ponderación: la subjetividad y el amplio margen de maniobra del operador jurídico que aplica la estructura metodológica de la ponderación²³.

Junto a esta función de ordenación lógica, concurre también otra función de la ponderación no menos importante, se trata de la función interpretativa. Esta ocurre cuando en la ordenación de los argumentos a favor y en contra de la aplicación de los principios se dota de significados concretos a determinados enunciados que se ponen en relación para justificar la injerencia en un bien constitucional y fijar determinados límites de contenido material²⁴. En desarrollo de esta función el TC ha producido un número considerable de sentencias interpretativas, sobre todo en los años ochenta y noventa, en las cuales ha establecido criterios y reglas aplicables a determinados conflictos entre derechos fundamentales (por ejemplo, el típico caso que enfrenta el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar con la libertad de expresión²⁵), contribuyendo a fijar los límites en abstracto del contenido constitucional de los derechos y las condiciones de ejercicio y desarrollo legislativo de estos. Así ha sucedido en un conjunto de sentencias significativas y citadas reiterativamente por la

²² El criterio de los efectos excluyentes se introduce en la década de los noventa. *Vid.* STC 222/1992 de 11 de diciembre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990), f.j. 6, 2º párrafo, como primer indicativo.

²³ Sobre el amplio margen de discrecionalidad del órgano jurisdiccional que aplica la proporcionalidad en sentido estricto, *cf.* Tushnet (1985, pp. 1502-1544).

²⁴ Sobre la función interpretativa de la ponderación entendida en términos generales, *cf.* Barak (2015, pp. 118-119). No obstante, a diferencia de lo sostenido por el autor, del análisis de la jurisprudencia del TC español se desprende que la ponderación interpretativa no opera fuera del marco del principio de proporcionalidad.

²⁵ STC 214/1991 de 11 de noviembre (Sala Primera. Recurso de amparo 101/1990), f.j. 6.

doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la integridad física, el derecho de huelga, el derecho de reunión y manifestación, etc.²⁶.

2.4. La problemática de la ponderación: la racionalidad

De todas las críticas que se han esgrimido contra la aplicación de la ponderación, la objeción mayoritaria es la de falta de racionalidad, lo cual es paradójico en un método que se define en sí mismo como un criterio de orden lógico y racional.

La falta de racionalidad es la objeción que incluye con carácter abierto todas las demás críticas de la estructura de la ponderación (Portocarrero, 2017, p. 220; Habermas, 1996, p. 259). Junto a la ya citada subjetividad del intérprete y al amplio margen de discrecionalidad de los operadores jurídicos y particularmente de las cortes constitucionales destacan como objeciones: primero: la inconmensurabilidad de las magnitudes a ponderar. La problemática de la inconmensurabilidad se puede sintetizar en las siguientes dos críticas²⁷: una, la imposibilidad de cuantificar los bienes a ponderar²⁸; y, dos, la carencia de una escala común para poder medir las magnitudes que se ponderan²⁹. Segundo: la falta de precisión e imposibilidad de establecer los resultados de la ponderación (Bernal, 2006, pp. 53-55)³⁰.

Ambas circunstancias, unidas al margen de discrecionalidad que tiene el operador jurídico, comportan la existencia de una objeción más: la inseguridad que acarrea la incertidumbre de lo inconmensurable y lo discrecional³¹.

Nos planteamos ahora si la aplicación de la ponderación por parte del TC es «racional». Lo primero que hay que señalar es que estas críticas apuntadas con carácter general y abstracto son plenamente aplicables al modelo concreto de actuación del TC cuando aplica la ponderación. No obstante, conviene hacer algunas precisiones terminológicas.

Como ya se ha indicado, partimos de la base de que la aplicación de la ponderación por parte del TC se enmarca siempre en el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Esto implica que, con independencia de que haga un uso desordenado o no de este principio, el TC va a fijar la finalidad legítima que se persigue con la injerencia en un determinado bien constitucional en un momento previo a la evaluación de los efectos y consecuencias jurídicas del caso concreto. El control finalista de la restricción del derecho determinará el fundamento racional o razón de ser que justifica o no justifica en una primera aproximación al conflicto, la posible restricción de los intereses constitucionales en juego. A la determinación de este elemento racional la doctrina le ha llamado «juicio de racionalidad» o simplemente «racionalidad» de la norma o medida restrictiva del derecho (Giménez, 2004, pp. 57-91; Morrone, 2005, pp. 145-160). No se debe confundir la racionalidad de la medida restrictiva que se enjuicia por el TC con la crítica de irracionalidad como problema aplicativo de la ponderación. Los problemas aplicativos de la ponderación

²⁶ Como muestra y a modo de ejemplo, STC 37/1989 de 15 de febrero (Sala Primera. Recurso de amparo 235/1987), ff.jj. 7 y 8; STC 120/1990 de 27 de junio (Pleno. Recurso de amparo 443/1990), f.j. 8; STC 7/1994 de 27 de enero (Sala Pleno. Recurso de amparo 1407/1992), ff.jj. 3 a 5; STC 207/1996 de 16 de diciembre (Sala Primera. Recurso de amparo 1789/1996), f.j. 4.

²⁷ Un resumen bastante sintético sobre la inconmensurabilidad como objeción a la estructura constitucional del principio de proporcionalidad lo encontramos en Klatt y Meister (2021, pp. 108-116).

²⁸ Cfr. Tsakyrakis (2009, pp. 468-493).

²⁹ Sobre la inconmensurabilidad o falta de un denominador común que permita medir las dos magnitudes o principios enfrentados, cfr. D'Agostino (2018) y Moreso (2009, pp. 309-313).

³⁰ Sobre la racionalidad de la ponderación, cfr. Bernal (2006, pp. 51-75).

³¹ Cfr. Klatt y Meister (2021, pp. 161-202).

en torno a la irracionalidad se concretan en objeciones específicas de orden lógico una vez que están claras las finalidades que persiguen las medidas restrictivas de derechos o los bienes constitucionalmente protegidos que situamos en los dos platos de la balanza.

Por tanto, en la aplicación de la ponderación por parte del TC la racionalidad viene dada por la conexión entre la finalidad de la norma o medida que interfiere en el derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido y su fundamento constitucional. En resumen, el juicio de racionalidad incluye: 1) la finalidad perseguida con la medida restrictiva; y, 2) el fundamento constitucional de la medida, esto es, que el propósito perseguido tenga una apoyatura explícita o implícita en un precepto constitucional. La relación constatada y positiva entre ambos requisitos implicaría la existencia de un elemento racional, de una «razón de ser de la ley» o *ratio legis*. De no existir este elemento racional no cabría la ponderación, pues la restricción sería ilegítima ya desde el punto de partida. Ese elemento racional es el preludeo del juicio de adecuación de la medida que interfiere con los derechos y bienes constitucionales y ocupa un papel central en el examen de constitucionalidad y en las tutelas de amparo en las que se aplica la proporcionalidad en sentido amplio. Este componente inicial se da en la totalidad de los casos en los que se produce la aplicación de la ponderación.

La objeción de racionalidad en la práctica ponderativa del TC queda por tanto reducida a los problemas de inconmensurabilidad de los intereses constitucionales en juego y a su amplio margen de discrecionalidad al evaluar las circunstancias reales y jurídicas del caso, siendo recomendable hablar de estas objeciones concretas en vez de falta de racionalidad. Por último, cabría también apuntar como críticas de la aplicabilidad de la ponderación por parte del TC el uso desordenado de las fases del principio de proporcionalidad en sentido amplio, sobre todo en sus primeros años y la confusión terminológica en el empleo de las fases de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que no quedan claramente delimitadas en una gran cantidad de supuestos.

3. Conclusiones

En definitiva, podemos concluir que el TC ha incorporado la estructura metodológica de la ponderación siguiendo la estela del TEDH y de otros tribunales constitucionales de nuestro entorno. El TC ha utilizado la ponderación desde sus inicios, aunque la aplicación del método ha ido variando a lo largo del tiempo.

El TC aplica la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto dentro del marco del principio de proporcionalidad, sin que haya tenido un desarrollo independiente de este. Aunque el ámbito natural de aplicación del principio es el conflicto entre derechos fundamentales, el TC no limita su aplicabilidad a solo este ámbito. La proporcionalidad se aplica también para resolver sobre la legitimidad constitucional de todo tipo de injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades de las personas. La encontramos tanto en recursos de amparo como en procesos de control de la constitucionalidad.

La utilización del principio de proporcionalidad en sentido amplio no siempre se hace aplicando todas sus fases de forma ordenada, pero en todas las resoluciones que lo aplican está presente la determinación de la finalidad legítima de la medida restrictiva de los derechos y bienes constitucionales.

Para aplicar la estructura de la ponderación, el TC toma en consideración dos factores de análisis:

1) La valoración del impacto de los efectos de la medida restrictiva de los derechos y bienes constitucionales. Lo que subyace es una ponderación entre el principio democrático y otros bienes constitucionales, pero en la práctica lo que se observa es un análisis de los efectos jurídicos de la restricción del derecho o bien constitucionalmente protegido. Este criterio se aplica normalmente en los procesos de control de constitucionalidad de las normas.

2) La ponderación de bienes constitucionales enfrentados cuando son claramente identificables por encontrarnos ante un conflicto entre derechos constitucionales.

La ponderación ha desempeñado una función interpretativa muy significativa para fijar el contenido, los límites y las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, además de servir como criterio estructural para la argumentación jurídica.

Entre las principales objeciones que se pueden hacer al uso de la ponderación por parte del TC está el amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar los intereses constitucionales enfrentados, el uso desordenado del principio de proporcionalidad y la confusión terminológica en el empleo de las fases de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto que se superponen sin discontinuidad.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25632redc066011.pdf>
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Atienza, M. (2014). *Ponderación y sentido común jurídico*. Universidad de Alicante.
<https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Barnes Vázquez, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Revista Cuadernos de Derecho Público*, (5), 15-50.
<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/509>
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 225-238.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48220>
- Bobbio, N. (1990). Sobre la interpretación para resolver las antinomias. En A. Ruiz Miguel (Ed.), *Contribución a la teoría del Derecho* (339-356). Debate.
- Borowski, M. (2020). Derechos absolutos y proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (48), 297-339.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6964>

- Chano Regaña, L. (2020). La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes de la proporcionalidad. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), 125-163. <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.125>
- D'Agostino, F. (2018). *Incommensurability and Commensuration: The Common Denominator*. Routledge CRC Press.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Ariel.
- González Beilfuss, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Giménez Glück, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Autónoma de México.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Polity Press.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Comares.
- Klatt, M. y Meister, M. (2021). *La estructura constitucional del principio de proporcionalidad*. Marcial Pons.
- Kluth, W. (1998). Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el derecho alemán. *Revista Cuadernos de Derecho Público*, (5), 219-237. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/516/571>
- Moreso, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons.
- Morrone, A. (2005). *Il custode della regionevolezza*. Giuffrè Editore.
- Pino, G. (2011). Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 201-228. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13>
- Portocarrero Quispe, J. A. (2017). Ponderación=Balancing. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (12), 210-223. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3653>
- Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (85-123). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretación-constitucional/file>
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo. Parte General, Tomo I*. Iustel.
- Tsakyraakis, S. (2009). Proportionality: An assault on Human Rights?. *International Journal of Constitutional Law* (7), 468-493. <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>
- Tushnet, M. V. (1985). Anti-formalism in Recent Constitutional Theory. *Michigan Law Review*, (83), 1502-1544. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol83/iss6/8>