

# LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

MARTIN BOROWSKI (1)

*SUMARIO:* I. DERECHOS LIMITABLES Y NO LIMITABLES: 1. *Derechos limitables.* 2. *Derechos no limitables.* 3. *Restricción de derechos y premisas normativas generales.*—II. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS.—III. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS LÍMITES A PARTIR DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS: 1. *Derechos garantizados mediante reglas.* 2. *Derechos garantizados mediante principios:* a) *Restricción mediante reglas.* b) *Restricción mediante principios.* 3. *¿Ponderación de derechos no limitables?*—IV. OBJECIONES A LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS: 1. *Los principios como normas jurídicas.* 2. *El escepticismo ponderativo.* 3. *La legislación como mera ejecución constitucional.* 4. *Los derechos fundamentales como enunciados programáticos.* 5. *La necesaria vinculación de la comunidad a los derechos.*—V. RESTRICCIÓN Y CONFIGURACIÓN: 1. *La configuración del derecho fundamental:* a) *Configuración desprovista de vinculación.* b) *Configuración provista de vinculación.* 2. *La configuración del Derecho infraconstitucional en el ámbito del derecho fundamental:* a) *Vinculación mediante una regla.* b) *Vinculación mediante un principio.* 3. *La relación entre restricción y configuración.*—VI. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS LIMITABLES.

La restricción de los derechos fundamentales parece ser un asunto familiar entre los juristas. La Constitución garantiza unas libertades fundamentales, el Legislador limita parcialmente dichas libertades mediante la expedición de leyes. Este proceder tiene lugar generalmente en el Estado democrático constitu-

---

(1) El autor es asistente científico adscrito al Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho de la Christian-Albrechts-Universität en Kiel, Alemania. Agradezco al Profesor Rodolfo Arango (Colombia) por la traducción al español y a Carlos Bernal Pulido (Salamanca) por sus valiosos comentarios sobre el Derecho constitucional español, sin los cuales no habría sido posible la elaboración del presente escrito.

cional moderno y, mientras no se torne en una seria discusión sobre la efectividad de las restricciones, es visto como algo común y corriente. Pero si se estudia más detenidamente el fenómeno de las restricciones a los derechos fundamentales, rápidamente se topa uno con una amplia gama de preguntas. Sólo para nombrar algunas, surgen aquéllas sobre la reconstrucción teórico-jurídica del proceso de restricción o sobre la relación entre restricción y configuración, así como la pregunta de si es posible que la ley restrinja una norma de rango superior.

El presente trabajo presenta un modelo de derechos fundamentales (2), con el que se propone una reconstrucción del fenómeno de la restricción de derechos fundamentales a partir de la teoría de los principios desarrollada por *Robert Alexy* e inspirada en *Ronald Dworkin*. Este modelo permite una comprensión más profunda de la estructura de los derechos fundamentales. Sobre esta base, se intenta mostrar que no sólo los derechos de libertad, sino además los derechos de igualdad y los derechos constitucionales prestacionales, constituyen derechos fundamentales limitables.

A continuación se introduce una distinción sistemática de los derechos limitables y no limitables (I). Luego de una breve introducción a los fundamentos de la teoría de los principios (II), se reconstruye la distinción entre derechos limitables y no limitables, con fundamento en la teoría de los principios (III). En el apartado IV, se discuten algunas objeciones a la interpretación de los derechos fundamentales como principios. En el V, se investiga si es posible diferenciar entre la configuración, la regulación y la restricción de los derechos fundamentales. Por último, se esboza una teoría general de los derechos fundamentales como derechos limitables (VI).

---

(2) Este modelo ha sido desarrollado por el autor en su Tesis Doctoral: *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte* (Los derechos fundamentales como principios. La diferencia entre posición *prima facie* y posición definitiva, como principio fundamental de construcción de los derechos fundamentales), Nomos, Baden-Baden, 1998. Se trata, sin embargo, de un modelo dogmático iusfundamental que, *mutatis mutandi*, es aplicable a otras constituciones, a derechos fundamentales supranacionales o a derechos humanos. Se sobreentiende que una teoría de los derechos fundamentales, así como su dogmática, depende en buena medida de la historia y tradición de una nación. Existe, sin embargo, una amplia gama de distinciones analíticas, conceptos y modelos, de validez general en la dogmática de los derechos fundamentales. De contribuir este escrito a la discusión de esas distinciones, conceptos y modelos en la dogmática española de los derechos fundamentales, se habría alcanzado su objetivo. Con ello, se habría dado igualmente un paso en el camino de postular los lineamientos de una dogmática europea de los derechos fundamentales.

## I. DERECHOS LIMITABLES Y NO LIMITABLES

La distinción entre derechos limitables y no limitables no se agota en el ámbito de los derechos fundamentales. Se trata de una distinción de la doctrina general del derecho o, en palabras de la teoría normativa moderna, de una parte de la teoría jurídica. En la extendida terminología del derecho civil, esta distinción corresponde a la distinción entre teoría externa y teoría interna de los derechos subjetivos (3). Estas teorías son denominadas «teorías de las restricciones».

### 1. *Derechos limitables*

Los derechos limitables presuponen dos términos jurídicos diferentes. El primer término es el derecho *prima facie* (4) o derecho no limitado, el segundo la restricción de ese derecho. Como resultado de la restricción se obtiene el derecho definitivo o limitado. El examen de un derecho limitado se realiza necesariamente en dos pasos. En el primer paso se pregunta si la consecuencia jurídica buscada forma parte del contenido del derecho *prima facie*. Si ese es el caso, en un segundo paso se examina si el derecho *prima facie* ha sido limitado eficazmente en el caso concreto, de forma que en un primer momento no se tiene aún un derecho definitivo. El primer término, el derecho *prima facie*, es un término normativo. Siempre que un derecho (5) existe, hay una norma que garantiza ese derecho (6). El segundo término es también normativo: las restricciones de los derechos son igualmente normas (7). La teoría de los derechos limitables o teoría externa está así en si-

---

(3) M. BOROWSKI: *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 26, 29 y sigs.

(4) Característico de una apreciación *prima facie* es que el resultado no se fundamenta con todas las premisas relevantes. Cfr. BAIER: *The Moral Point of View*, págs. 102 y sigs.; R. M. HARE: *Moral Thinking*, Clarendon Press, Oxford, 1981, págs. 27 y sigs., 38 y sigs.

(5) En lo que sigue, se emplea la expresión «derecho», ampliamente difundida. Más exacto sería el concepto de «posición jurídica» como concepto genérico para tres tipos diferentes de posiciones jurídicas, a saber (1) derechos a algo, (2) libertades y (3) competencias. Cfr. R. ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 186 y sigs.

(6) R. ALEXY (nota 5), págs. 177 y sigs.

(7) M. BOROWSKI (nota 3), pág. 103.

tuación de reconstruir la colisión entre objetos normativos, en especial de derechos y bienes colectivos (8).

El binomio: derecho *prima facie* y restricción está presente ya en la primera definición escrita de la propiedad, legada por *Bartolus*: «*Quid ergo est dominum? Responde: est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat.*» (9). Ella corresponde al concepto de libertad en la tradición romana (10). La discusión de derecho civil con respecto a la restricción de los derechos (11), que ha tenido lugar desde el siglo XIX, no puede sin embargo ser tratada aquí, así como tampoco la discusión en el derecho público. Al respecto basta anotar que tanto el concepto romano de propiedad, como también los derechos de libertad en la Constitución alemana (12), presuponen la teoría de los derechos limitables (13).

## 2. Derechos no limitables

Según la teoría de los derechos no limitables, o teoría interna de los derechos, existe desde un inicio el derecho con su contenido determinado. Una posición jurídica que exceda dicho derecho predeterminado no existe. Hay un objeto normativo, un derecho con sus límites concretos. Según un uso lingüístico generalizado, los límites del derecho son «inmanentes». En el caso de los derechos no limitables, ese límite no puede denominarse restricción (14). La restricción de un derecho es una disminución o una reducción del derecho. Algo que es del contenido del derecho antes de su restricción deja de serlo luego de dicha restricción (15). Si el derecho, en su acepción de derecho no limitable,

(8) En relación con el concepto de bien colectivo, ver R. ALEXY: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, págs. 232 y sigs.

(9) BARTOLUS A SAXO FERRATO: *Commentaria in primam Digesti novi Partem*, Venetien 1580, S. 84 [n. 4: «lex si quis vi» (= D 41, 2, 17)].

(10) Dig. 1, 5, 4 pr. (Florent. 1. 9 inst.): «*Libertas est (naturalis) facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quis (vi aut) iure prohibeatur.*»

(11) Para la discusión en el Derecho civil alemán, ver M. BOROWSKI (nota), págs. 48 y sigs.

(12) M. BOROWSKI (nota 3), págs. 183 y sigs.

(13) M. BOROWSKI (nota 3), págs. 49 y sigs.

(14) Por esta razón, el concepto de «teoría de las restricciones» — como concepto genérico para la teoría de los derechos limitables (teoría externa) y para la teoría de los derechos no limitables (teoría interna)— es algo impreciso. Sin embargo, esta terminología se ha impuesto en la práctica, por lo cual será así mantenida a continuación.

(15) M. BOROWSKI (nota 3), pág. 31; ID.: «Prinzipien als Grundrechtsnormen», *ZÖR* 53 (1998), pág. 332.

tiene su alcance definido de antemano, su restricción se torna innecesaria e imposible.

El procedimiento de aplicación jurídica cumple la tarea, en el caso de derechos no limitables, de probar si el contenido *aparente* del derecho es también su contenido *verdadero*. Por esta razón, en este procedimiento parece mantenerse para los derechos no limitables la duplicidad del examen característico de los derechos limitables. Primero se examina si, a la luz del caso concreto, el ámbito del contenido aparente del derecho ha sido afectado. En caso afirmativo, debe decidirse si el contenido aparente del derecho también vale como contenido verdadero. La diferencia fundamental consiste, sin embargo, en que el contenido aparente no abarca ninguna posición normativa, sino solamente un fenómeno a dilucidar en términos del reconocimiento de lo jurídicamente debido. Quien únicamente puede invocar un derecho aparente, actúa *sin* derechos, y no con derechos reducidos o restringidos.

### 3. *Restricción de derechos y algunos presupuestos normativos de carácter general*

Existe una relación entre la restricción de los derechos y algunos presupuestos normativos de carácter general. Quien favorece la comunidad y la inserción del individuo en ella, se inclina por lo general a aceptar la teoría de los derechos no limitables o teoría interna de los derechos. Como ejemplo, sirve aquí mencionar la teoría nacional-socialista de derechos fundamentales del así llamado «Tercer Reich» (16). Quien, por el contrario, acoge una teoría individualista del Estado y de la sociedad, tiende a una teoría de los derechos limitables o teoría externa de los derechos (17). Esto puede mostrarse de la mano del concepto de libertad, implícito en las diferentes teorías de los límites. En primer lugar, es necesario diferenciar entre libertad positiva y negativa. Esa diferenciación puede ser reconstruida con ayuda de una relación tripartita, constituida por el titular de la libertad, el obstáculo a la libertad y el objeto de la libertad. El objeto de la libertad en la libertad positiva es una acción. Ésta es la libertad de hacer lo razonable o necesario (18). Se trata aquí de una libertad predeterminada en su contenido. Los obstáculos a la libertad en materia de libertad positiva en el sentido

(16) M. BOROWSKI (nota 3), págs. 57 sigs.

(17) R. ALEXY (nota 5), pág. 268.

(18) Cfr. sólo el concepto de libertad en Hegel: «Necesario es lo razonable como lo sustancial, y somos libres en la medida en que lo reconozcamos como ley y lo sigamos como sustancia de nuestra propia esencia» (G. W. F. HEGEL: *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Theorie Werkausgabe*, Bd. 12, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, pág. 57).

de una teoría política son exclusivamente la «falsa conciencia», ideas oscuras, afectos o pulsiones sensoriales (19). Ya que los obstáculos a la libertad positiva sólo pueden ser obstáculos propiamente dichos, mas no medidas estatales, la libertad positiva no puede ser limitada por el Estado. Quién comprende las libertades fundamentales como libertades positivas termina necesariamente en una teoría de derechos no limitables (20). Algo diferente sucede en materia de libertades fundamentales en sentido negativo. *Libertad negativa* es libertad respecto «de» algo; ella fundamentalmente permite al individuo hacer o dejar de hacer lo que desee. En el caso de la libertad negativa, el objeto de la libertad es una *alternativa de acción* (21). Si el individuo tiene la posibilidad de elegir entre diversas alternativas de acción, esa libertad puede ser reducida mediante medidas estatales. En este sentido puede decirse que la libertad fundamental se restringiría, lo cual conduce a una teoría de los derechos limitables (22).

Este entramado constituye por sí mismo ya un fuerte argumento en favor de la interpretación de los derechos de libertad como derechos limitables, o sea, en favor de la teoría externa. Una teoría política y dogmático-jurídica de los derechos basada en la libertad positiva entraña el peligro del adoctrinamiento: «Frecuentemente se han señalado los peligros que lleva consigo usar metáforas orgánicas para justificar la coacción ejercida por algunos hombres sobre otros con el fin de elevarlos a un nivel “superior” de libertad» (23). Dado que la libertad negativa representa un «valor en sí mismo» (24), ella es afín

(19) R. ALEXY (nota 5), págs. 213.

(20) M. BOROWSKI (nota 3), págs. 42 y sigs.

(21) I. BERLIN: «Introduction», en el mismo, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 1969, pág. XIII (traducción al español: I. BERLIN: «Introducción», en ID.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 44): «*La libertad de la que yo hablo es tener oportunidad de acción*» (subrayado por M. B.).

(22) M. BOROWSKI (nota 3), pág. 43.

(23) I. BERLIN: «Two Concepts of Liberty», en: ID. (nota), pág. 132 (traducción al español: «Dos conceptos de libertad», en ID.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 203).

(24) R. ALEXY (nota), pág. 348; M. BOROWSKI (nota), pág. 45; I. BERLIN: Introduction, en: ID. (nota), págs. LX (traducción al español: I. BERLIN: «Introducción», *op. cit.*, pág. 62): «*A esto basta con decir que los que valoraron la libertad por sí misma creyeron que ser libre para elegir, y no para que elijan por uno, es un ingrediente inalienable que forma parte de lo que hace humanos a los seres humanos, y que esto es la razón fundamental de que se exija positivamente... que se le conceda a uno un ámbito, hecho artificialmente si es necesario, en el que uno sea su propio dueño, un ámbito “negativo” en el que ningún hombre esté obligado a dar cuenta de sus actividades a nadie, en tanto que esto sea compatible con la existencia de la sociedad organizada*». Cfr. O. VON GIERKE: *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, Schmollers Jahrbuch 7 (1883), págs. 1133; ID.: *Recht und Sittlichkeit*, Logos 6 (1916/1917), págs. 260 y sigs.

a una interpretación de los derechos de libertad como derechos limitables, éstos es, como derechos garantes de la libertad negativa.

## II. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

La distinción — acuñada primeramente por *Ronald Dworkin* (25) y desarrollada luego por *Robert Alexy* (26) — entre reglas y principios es considerada acertadamente como «una clave para la solución de problemas medulares de la dogmática de los derechos fundamentales» (27). Actualmente, numerosos autores interpretan los derechos fundamentales como principios (28). Según la tesis de la separación estricta (29), existe una diferencia lógica entre reglas y principios (30). Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas

(25) Cfr. R. DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1978 (traducción al español: R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, segunda edición, 1989).

(26) Cfr. en especial R. ALEXY (nota 8), págs. 177 y sigs., págs. 262 y sigs.; el mismo, «Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse», *Ratio Juris* 5 (1992), págs. 148 y sigs.; el mismo (nota), págs. 1 y sigs.; el mismo, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, en B. SCHILCHER, P. KOLLER y B.-C. FUNK: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, 2000, págs. 31 y sigs.; el mismo, «The Institutionalisation of Reason», en *The Law in Philosophical Perspectives - My Philosophy of Law*; L. J. WINTGENS [ed.]: Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1999, págs. 38 y sigs.

(27) R. ALEXY (nota 5), pág. 81.

(28) Sobre los derechos fundamentales en la Ley Fundamental alemana, ver M. BOROWSKI (nota 3), págs. 1 y sigs.; R. DECHSLING: *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1989, págs. 36 y sigs.; N. JANSEN: «Die Abwägung von Grundrechten», en *Der Staat* 36 (1997), págs. 27 y sigs.; H.-J. KOCH: «Die normtheoretische Basis der Abwägung», en W. ERBGUTH et al. [ed.], *Abwägung im Recht*, Carl Heymanns Verlag, Colonia/Berlín/Bonn/Munich, 1996, pág. 21; H.-J. KOCH y H. RÜBMAN: *Juristische Begründungslehre*, C.H. Beck, Munich, 1982, pág. 98; M. RAABE: *Grundrechte und Erkenntnis*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 176 y sigs.; J.-R. SIECKMANN: *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990, págs. 141 y sigs.; el mismo, *Modelle des Eigentumschutzes*, Nomos, Baden-Baden, 1998, págs. 37 y sigs.; K. STERN: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, C. H. Beck, Munich, 1994, pág. 1768. Otras muchas referencias en M. BOROWSKI: *ZÖR* 53 (1998), pág. 308. Cfr. también M. ATIENZA y R. RUIZ MANERO: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996. Sobre la crítica a su diferenciación entre «principios en sentido estricto» y «directivas», ver R. ALEXY: *Zur Struktur der Rechtsprinzipien* (nota).

(29) Según la tesis de la separación débil sólo existe una diferencia de grado, mientras que para la tesis de la correspondencia no existe diferencia estructural-normativa alguna. Sobre la teoría de principios, ver en especial R. ALEXY (nota 5), págs. 81 y sigs.; J.-R. SIECKMANN (nota 28), págs. 52 y sigs.; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 61 y sigs.; dichos autores con varias referencias más.

(30) Una norma es o bien una regla o un principio, pero nunca ambas cosas al tiempo. En el sentido de un concepto semántico de norma, debe diferenciarse entre norma y enunciado norma-

un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de un principio, una regla no puede simplemente retrotraerse en un caso individual. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume (31). Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso (32), los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez. La dimensión de peso propia de los principios le falta a las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible (33). Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables (34). El grado de realización y la importancia de dicha realización determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión de principios (35). Entre el carácter principalista de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido *lato* existe una relación de implicación recíproca: el carácter principalista implica el principio de proporcionalidad en sentido *lato* y viceversa (36).

---

tivo. Una norma es el significado de un enunciado normativo [cfr. R. ALEXU (nota), págs. 50 y sigs.; J.-R. SIECKMANN (nota), págs. 25 y sigs.]. A un mismo enunciado normativo pueden adscribirse, mediante interpretación, diferentes normas. En ese sentido, bajo una misma disposición de derechos fundamentales pueden ser cobijadas diversas normas de derechos fundamentales, trátase bien de reglas o de principios, R. ALEXU (nota 5), pág. 135. Una norma de derechos fundamentales con carácter doble surge únicamente cuando se introduce en su formulación una cláusula restrictiva relativa a principios. Surge así fundamentalmente una norma susceptible de subsunción, lo que habla en favor de una regla, pero que remite, debido a la cláusula restrictiva, a principios y con ellos a la ponderación, R. ALEXU (nota 5), págs. 135 y sigs.

(31) J.-R. SIECKMANN (nota), págs. 18 y sigs.

(32) Sobre la dimensión del peso, ver DWORKIN (nota 25), págs. 26 y sigs.; R. ALEXU (nota 5), págs. 90 y sigs.; J.-R. SIECKMANN (nota 28), págs. 59 y sigs. También las colisiones de reglas/principios se juegan en la dimensión del peso, siempre que se haga necesaria una ponderación de un principio con otros principios que sustentan el contenido de la regla, cfr. R. ALEXU: «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», en N. MACCORMICK, S. PANOU y L. L. VALLAURI [eds.]: *Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft 25, Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1985, pág. 20; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 71 y sigs. Reglas son, por otra parte, no susceptibles de ponderación, R. ALEXU (nota 8), págs. 216; J.-R. SIECKMANN (nota 28), pág. 75.

(33) Normas con contenido definido son siempre reglas y normas con contenido no definido son siempre principios, J.-R. Sieckmann (nota 28), pág. 69. Normas con contenido parcialmente definido son principios, cuando a ellas se les adscribe una dimensión de peso, por lo demás, son reglas, M. BOROWSKI (nota 3), págs. 86 y sigs.

(34) Cfr. J.-R. SIECKMANN (nota 28), págs. 71 y sigs.

(35) R. ALEXU (nota 5), págs. 160 y sigs.

(36) R. ALEXU (nota 5), pág. 111; el mismo, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien* (nota 26); J.-R. SIECKMANN, *Modelle des Eigentumsschutzes* (nota 28), págs. 340 y sigs.



Esta corta caracterización de la diferencia entre reglas y principios puede ser ilustrada mediante la decisión de la Corte Constitucional alemana (37) en relación con una norma legal: § 5 BAZG (38). Con el propósito de simplificar, a continuación sólo se examina el § 5.1 Nr. 1 BAZG que dice: «*En días hábiles nadie debe trabajar en locales de panadería o pastelería de lunes a viernes entre las cero y las cuatro horas, y de las veintidós a las veinticuatro horas, ...*». La restricción temporal sirve al propósito de proteger la salud contra daños que pueden producirse como consecuencia del trabajo nocturno. El § 5.1 Nr. 1 BAZG es una determinación definitiva del Legislador en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y, de este modo, una regla. En su aplicación se subsume, no hay nada que ponderar. En días hábiles, antes de las cuatro o luego de las veintidós horas, nadie debe trabajar en los mencionados locales. Los conflictos entre reglas tienen lugar en la dimensión de la validez; o bien una de dos reglas es declarada inválida según las reglas de precedencia, o bien alguna de las dos es introducida como excepción (39). El primer caso se daría si, por ejemplo, el Legislador expidiera una norma mediante la cual se prohibiese el trabajo nocturno, sólo entre las cero y las tres y entre las veintitrés y las veinticuatro horas. Según la regla de precedencia «*lex posterior derogat legi priori*» valdría el § 5.1 Nr. 1 BAZG, pero ahora en forma subrogada (40).

Los principios se aplican, en cambio, cuando se pregunta si el § 5.1 Nr. 1 BAZG es constitucional. Esa norma regulatoria del ejercicio laboral constituye una intervención en la libertad de dirección de la empresa, de la cual es titular el empresario de conformidad con el art. 12.1 LF (41). Este no puede ya, sin más, fijar libremente el horario de trabajo de sus empleados. Esa intervención sólo está, entre otras cosas, constitucionalmente justificada, si ella es proporcional en sentido *lato*. Los tres principios parciales de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto deben ser acatados (42). Indispensable pa-

(37) *BVerfGE* 87, 363 y sigs. Cfr. anteriormente *BVerfGE* 23, 50 y sigs.; 41, 360 y sigs.

(38) Se trata de la ley que regula el horario laboral en panaderías y pastelerías del 29 de junio de 1936 (RGBl. I, pág. 521), en versión modificada por la Ley del 23 de julio de 1969 (BGBl. I, pág. 937). La situación jurídica ha sido actualmente modificada.

(39) R. ALEXY (nota 5), págs. 88 y sigs.

(40) Sobre la reconstrucción de este ejemplo para el segundo caso, ver M. BOROWSKI (nota 3), págs. 68 y sigs.

(41) *BVerfGE* 87, 363 (382). Bajo la perspectiva de la Constitución española, se presentaría una intervención en el art. 38 CE. También entraría en discusión una intervención en la libertad de los empleados, consistente en la libertad de determinar ellos mismos sus tiempos de trabajo, art. 35.1 CE, en la medida que ello les sea permitido por el empleador.

(42) Sobre el principio de proporcionalidad en sentido amplio, ver M. BOROWSKI (nota 3), págs. 115 y sigs.; STC 85/1992, FJ. 4; 50/1995 FJ. 7; 55/1996, FJ. 8. En el examen de la libertad

ra la adecuación (43) es la persecución de un fin legítimo. Fin legítimo de la prohibición de trabajo nocturno es la protección de la salud de los trabajadores de la industria panadera (44). El § 5.1 Nr. 1 BAZG promueve la protección de la salud, en la medida que permite un cierto descanso nocturno (45). La intervención tendría que ser además necesaria (46). En el ejemplo, la intervención es necesaria porque el Legislador, en ejercicio de su libre apreciación, puede partir del supuesto según el cual regulaciones menos intensas no lograrían proteger tan eficazmente la salud de los empleados (47). Por último, mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto, se lleva a cabo una ponderación entre los principios que colisionan, ésto es, entre la libertad jurídica de dirección de la empresa, de conformidad con el art. 12 inciso 1 LF y la protección de la salud de los empleados en desarrollo del art. 2 inciso 2 frase 1 LF (48). El Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que el § 5.1 Nr. 1

---

de dirección de la empresa en la Ley Fundamental alemana, de conformidad con el art. 12 LF, el test de constitucionalidad de la justificación de la intervención tiene lugar según las categorías de la llamada «teoría de niveles» («Stufentheorie») elaborada por el Tribunal Constitucional, la cual reproduce simplemente el resultado de la aplicación estricta del principio de proporcionalidad, cfr. entre otros BVerfGE 13, 97 (104); B. PIEROTH y B. SCHLINK: *Grundrechte - Staatsrecht II*, C. F. Müller, Heidelberg, 15. Aufl., 1999, Rn 846. Sobre otros criterios para la justificación constitucional de intervenciones en los derechos de libertad de la Ley Fundamental, cuyo enunciación no es aquí del caso, ver M. BOROWSKI (nota), págs. 185, 232 y sigs. La localización del principio de proporcionalidad en la Constitución española es discutible. Al respecto, pueden mencionarse tanto el art. 1.1, el art. 9.1 CE, así como el art. 10.2 CE en conexión con la Convención Europea de Derechos Humanos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También la garantía del núcleo esencial, de conformidad con el art. 53.1 CE, sería una positivación de la proporcionalidad. Sobre la distinción entre las teorías absoluta y relativa del núcleo esencial, ver R. ALEXI (nota 5), págs. 286 y sigs.; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 227 y sigs.

(43) El Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado al respecto en sucesivas sentencias, entre ellas BVerfGE 90, 145 (172).

(44) BVerfGE 87, 363 (385 s.).

(45) BVerfGE 87, 363 (386).

(46) Un medio es necesario, según ha señalado el Tribunal Constitucional en repetidas sentencias, cuando ningún otro medio igualmente efectivo consigue que el derecho fundamental en cuestión no sea lesionado o lo sea en menor grado. Ver entre estas sentencias: la BVerfGE 90, 145 (172). Sobre el problema de los posibles efectos de medios alternativos sobre otros derechos o bienes, ver R. DECHSLING (nota 28), pág. 68; M. BOROWSKI (nota 3), pág. 117, Anm. 89.

(47) BVerfGE 87, 363 (386 y sigs.).

(48) En la Constitución española, el fundamento de una medida legislativa de esta índole podría encontrarse en el art. 15.1 (derecho a la integridad física). Dado que no se trata de intervenciones estatales, sino de la restricción de la posición jurídico-privada del empresario como empleador, consistente en determinar libremente el horario de trabajo de sus empleados, no entran en juego derechos de libertad, sino derechos fundamentales de protección («deberes de protección estatal»). El que éstos sean deducidos mediante interpretación del art. 15.1 CE o del

BAZG es constitucional (49). En este examen, ni se introduce una excepción a los principios ni se declara como inválido alguno de ellos. Mediante la ponderación se establece cuál de los dos principios, de conformidad con las circunstancias concretas de colisión, posee un mayor peso. El principio con el mayor peso, en este caso la protección de la salud, tiene precedencia. El otro principio, éste es, la libertad jurídica de ejercer el empleo, es relegado a un segundo plano en el caso concreto (50).

### III. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES A PARTIR DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Entre la diferenciación teórico-normativa de reglas y principios, y las teorías de las restricciones existe una clara relación. Si una norma que asegura un derecho es tomada como una regla, entonces ese derecho es necesariamente un derecho no limitable. Si, no obstante, se trata de un principio, el derecho es necesariamente limitable (51).

#### 1. *Derechos garantizados mediante reglas*

Si un derecho es garantizado mediante una regla, está garantizado por una norma no susceptible de ponderación. En este caso, se sabe de antemano que no existen colisiones con otros derechos y bienes jurídicos susceptibles de ser resueltas mediante ponderación. El contenido plenamente determinado (52),

---

art. 43.1 CE, no debe ser aquí resuelto, ya que en todo caso se persigue un fin legítimo. Sobre deberes estatales de protección y los correspondientes derechos fundamentales de protección, ver R. ALEXY (nota), págs. 435 y sigs.; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 237 y sigs.

(49) BVerfGE 87, 363 (387).

(50) Se desiste aquí de una reconstrucción pormenorizada de la ponderación. Sobre reconstrucciones más detalladas de la decisión de casos de derechos fundamentales, como solución mediante ponderación a colisiones de principios, ver sobre todo R. ALEXY (nota 8), págs. 29 y sigs.; el mismo (nota 5), págs. 90 y sigs.; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 233 y sigs., 283 y sigs., 316 y sigs., 345 y sigs., 409 y sigs.

(51) Cfr. R. ALEXY (nota 5), págs. 269 y sigs.; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 99 y sigs.

(52) También algunas normas sin un contenido plenamente determinado pueden ser consideradas como reglas, M. BOROWSKI (nota), págs. 85 y sigs. Esto vale para meras normas que dependen de la ponderación, pero que en sí mismas no son parte constitutiva de la ponderación, sino cuyo contenido es a su vez precisado mediante la ponderación de otras normas. Dichas normas son denominadas por J.-R. Sieckmann «normas subsidiarias»; ver J.-R. SIECKMANN (nota 28).

característico de las reglas, constituye también una propiedad de los derechos no limitables. La aplicación del derecho —según esta comprensión— tiene que ver fundamentalmente con la concreción de dicho contenido pleno, lo que corresponde a la distinción entre contenido aparente y verdadero del derecho, en el sentido de la aplicación de derechos no limitables (53). Las reglas conducen necesariamente a posiciones jurídicas no limitables.

## 2. *Derechos garantizados mediante principios*

Los derechos garantizados mediante principios son derechos limitables. Las normas que restringen la realización de un principio son restricciones de ese principio. La restricción consiste en que algo, ordenado *prima facie* por el principio, no (54) vale definitivamente (55). Normas de restricción pueden ser tanto reglas como principios. La restricción mediante reglas y principios puede ser igualmente ilustrada con ayuda del ejemplo de la prohibición del trabajo nocturno.

### a) *Restricción mediante reglas*

El art. 12.1 LF, o el correspondiente art. 38 CE, garantiza al empresario la libertad de determinar las condiciones de producción en su empresa. Entre éstas se encuentra la libertad de determinar los horarios laborales. La libertad empresarial, como libertad genérica, contiene la libertad específica de elaborar productos de panadería y pastelería entre las cero y las cuatro horas y entre las veintidós y las veinticuatro horas del día. Si la ley —específicamente el § 5.1 Nr. 1 BAZG— fuese válida, sería suprimida esa libertad fundamental especial. Antes de que el § 5.1 Nr. 1 BAZG entrara en vigor, existiría ya una libertad fundamental definitiva correspondiente. En el momento en que entrase en vigor el § 5 inciso 1 Nr. 1 BAZG se tornaría esa libertad definitiva en una no-li-

---

págs. 58. Cuando el contenido de una regla depende, sin embargo, totalmente de la ponderación de otras normas (principios), no puede decirse que la regla garantiza el derecho. Más aún, el derecho es garantizado por un principio que forma parte de la ponderación, cfr. M. BOROWSKI (nota 3), pág. 107.

(53) Aun si se cuestiona la validez estricta de una regla, ésta no puede garantizar un derecho limitable, cfr. M. BOROWSKI (nota 3), págs. 99 y sigs.

(54) Siempre que un derecho *prima facie* o una libertad *prima facie* es restringido eficazmente, se obtiene un no-derecho definitivo, o sea, una no-libertad, cfr. R. ALEXY (nota 5), pág. 274.

(55) M. BOROWSKI (nota 3), pág. 103.

bertad definitiva. Dado que el principio de libertad empresarial ordena *prima facie* la libertad especial de elaborar productos de panadería y pastelería entre otras horas de las cero y las cuatro horas y de las veintidós y las veinticuatro horas del día, y dicha libertad es suprimida, se reduce el principio de la libertad empresarial en su contenido y con ello se restringe. El § 5 inciso 1 Nr. 1 BAZG sirve así de ejemplo de restricción mediante una regla.

#### b) *Restricción mediante principios*

Igualmente podemos valer nos de este mismo ejemplo para ilustrar la restricción mediante un principio. Como ya se mencionó antes, en el examen de efectividad de la restricción del § 5.1 Nr. 1 BAZG se práctica un test de proporcionalidad. El § 5.1 Nr. 1 BAZG no puede ser tomado como regla no susceptible de ponderación en la ponderación hecha en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto. ¿Qué norma es tomada en cuenta entonces en la ponderación? En la restricción mediante una regla, tiene ya materialmente lugar la restricción mediante el principio que sustenta el contenido de la regla. En el caso del § 5.1 Nr. 1 BAZG se trata del derecho a la integridad física, de conformidad con el art. 2.2 frase 1 LF o su correspondiente, el art. 15.1 o el art. 43.1 CE. Ese principio exige la mejor protección posible para la salud. Como derecho general contiene el derecho especial de no tener que elaborar productos de panadería y pastelería, en seguimiento de las órdenes del empleador, entre las cero y las cuatro horas, así como entre las veintidós y las veinticuatro horas, o sea, de no ser expuesto a los peligros del trabajo nocturno. Esto puede ser generalizado. En todo caso de restricción de un derecho fundamental por vía de una regla legal, ésta tiene que estar sustentada por principios constitucionales (56). Esto explica igualmente cómo es posible la restricción de derechos fundamentales mediante leyes. Si la restricción de un derecho fundamental radicara sólo en la ley, no podría ella nunca ser eficaz. Las libertades

---

(56) En la clase de los principios con capacidad para sustentar una regla, puede distinguirse además entre principios con rango constitucional de 1.<sup>er</sup> y de 2.<sup>o</sup> grado. Los principios con rango constitucional de 1.<sup>er</sup> grado son principios que pueden ser adscritos materialmente a disposiciones constitucionales. Por ejemplo, el derecho a la integridad física se deja interpretar a partir del art. 2.2 frase 1.<sup>o</sup> LF (y del art. 15.1 o del art. 43.1 CE). Los principios de rango constitucional de 2.<sup>o</sup> grado son principios, que pueden servir como fundamento de la restricción de un derecho fundamental, sólo si media una autorización constitucional de intervención. La autorización constitucional de intervención le otorga al Legislador la competencia de perseguir fines, si bien no exigidos sí permitidos, mediante la restricción del derecho fundamental correspondiente. Sobre esta distinción ver R. ALEXY (nota 5), págs. 131 y sigs.

fundamentales son aseguradas por normas constitucionales. Una restricción mediante normas legales de inferior jerarquía (57) dentro de la pirámide del ordenamiento jurídico, vulneraría el principio de primacía de la Constitución. Pero si la restricción se funda materialmente en los principios constitucionales que la sustentan, se presenta formalmente una colisión de normas de igual jerarquía que puede ser resuelta mediante ponderación (58).

Lo ilustrado en el ejemplo puede ser generalizado. Es por ello plausible que los derechos de libertad de la Constitución española sean garantizados mediante principios. A favor de esta comprensión habla el valor en sí mismo de la libertad negativa, como también la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido *lato* que debe ser observado en el análisis de la eficacia de los límites a los derechos de libertad, según ha sido ya reconocido por la jurisprudencia y la doctrina constitucional españolas (59). De forma que donde el principio de proporcionalidad es aplicado, son igualmente aplicados principios en general (60).

---

(57) Sobre la pirámide normativa cfr. entre otros a H. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Viena, 1960, págs. 228 y sigs. (traducción al español: H. Kelsen: *Teoría pura del derecho*, Porrúa, Buenos Aires, 7.ª ed., 1993.) En derecho español se diferencia entre los tipos de leyes, «orgánica» y «ordinaria». Leyes orgánicas son, según el art. 81.1 CE, entre otras aquellas que tienen incidencia en el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Es discutible si las primeras tienen rango superior a las segundas; cfr. I. IBÁN: *Einführung in das spanische Recht*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pág. 31. Siguiendo la opinión mayoritaria, se asume aquí que ello no es así. Sin embargo, sigue siendo discutible si las condiciones cualificadas de la ley orgánica deben valer para todo tipo de intervenciones en el ejercicio de los derechos fundamentales, o si otros criterios restrictivos deben ser introducidos. A favor de esto último puede aducirse que apenas es imaginable una ley de intervención en los derechos que no tuviese que llenar dichas condiciones. Una tesis, según la cual las leyes de intervención en el ámbito de los derechos tendrían que ser por antonomasia leyes orgánicas, no se concilia con el carácter excepcional de este tipo de leyes; cfr. F. RUBIO LORENTE: «La configuración de los derechos fundamentales en España», en AA. VV.: *Liber Amicorum Héctor Fix - Zamudio*, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pág. 1332. Como criterios restrictivos pueden servir, en especial, la finalidad o la intensidad, cfr. también H. P. SOMMERMANN: *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, págs. 147 y sigs. La diferencia en sentido formal radica en que, de conformidad con el art. 81.2 CE, la expedición o modificación de leyes orgánicas requiere de una mayoría cualificada en el Parlamento. En adelante, dado que no existe un criterio sólido para la distinción entre leyes orgánicas y leyes ordinarias en el ámbito de los derechos fundamentales, se continuará hablando simplemente de leyes.

(58) La validez pese a la colisión es precisamente una de las condiciones de la ponderación, J.-R. SIECKMANN: «Semantischer Normbegriff und Normbegründung», en *ARSP* 80 (1994), págs. 228, 241.

(59) STC 66/1991, FJ. 2; M. MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, págs. 117 y sigs.

(60) Cfr. arriba II.

### 3. ¿Ponderación de derechos no limitables?

En contra de la conexión —descrita en el apartado anterior— entre ponderación y derechos limitables, puede aducirse que muchas teorías de derechos fundamentales parten de la determinación del contenido de derechos no limitables mediante la ponderación (61). Como ejemplo sirve la teoría de *Peter Häberle*. Según *Häberle*, los derechos fundamentales siguen la teoría interna (62), o sea, son por definición derechos no limitables. En la determinación de su contenido, es necesaria «una ponderación entre el fin de la intervención y la drasticidad de la restricción» (63). Como se dijo anteriormente, la ponderación es el método empleado en la aplicación de normas *prima facie*. Quien utiliza una ponderación para determinar el contenido de lo jurídicamente ordenado por los derechos fundamentales iguala el contenido del derecho fundamental a su protección definitiva. Surge entonces la pregunta del estatus de las normas *prima facie* objeto de la ponderación. Ellas no deben ser precisamente el contenido del derecho fundamental. Dado que la ponderación debe conducir a lo constitucionalmente debido —como parte de lo jurídicamente debido—, los términos de la ponderación tienen que ser normas jurídicas. La ponderación de normas morales, éticas o divinas no puede desembocar en un deber jurídico (64). Normas de rango infraconstitucional tampoco pueden entrar en consideración, ya que la ponderación de normas *prima facie* de inferior jerarquía no sirve a la fundamentación de normas definitivas de superior jerarquía. Quedaría finalmente la concepción de las normas objeto de ponderación como normas jurídicas no escritas de rango supraconstitucional. Pero, la necesidad de aceptar esta categoría de normas es, por cierto, dudosa (65). Una tal concepción tendría, por lo demás, grandes desventajas. El contenido de los derechos fundamentales como resultado de una ponderación depende, además del procedimiento de ponderación —contra el cual se elevan las mayores objeciones—, de qué normas *prima facie* sean objeto de la ponderación y de cómo sean ellas sopesadas entre sí. Si se parte de normas jurídicas no escritas de ran-

(61) Ejemplos de la dogmática alemana de derechos fundamentales en M. BOROWSKI (nota), pág. 111.

(62) P. HÄBERLE: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller, 3. Aufl., Heidelberg, 1983, págs. 179 y sigs.

(63) P. HÄBERLE (nota 62), págs. 327 y sigs.

(64) Esto no significa que se excluya el análisis de normas morales jurídicamente relevantes, cfr. M. BOROWSKI (nota 3), págs. 112 y sigs.

(65) Más allá de una norma fundamental como argumento de validez de todas las normas de un sistema jurídico, ver R. ALEXY: *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 95 y sigs.

go supraconstitucional, no existiría ninguna decisión autoritativa del constituyente a la que tuviera que sujetarse quien pondera. Sería un asunto totalmente abierto, qué principios valdrían y cómo debieran ser sopesados. En el ámbito de los derechos fundamentales, en el que confluyen en buena medida las controversias sobre la visión del mundo y la concepción del Estado, conduciría ello a una notoria inseguridad jurídica. Incluso, todos los derechos fundamentales garantizados en la Constitución no serían aplicables a los principios supraconstitucionales. Las condiciones necesarias para los derechos fundamentales estarían a disposición del Legislador y del aplicador del derecho, como meros contenidos definitivos. Esto no se concilia con la vinculación a los derechos fundamentales, de conformidad con los art. 9.1 y art. 53.1 CE. La vinculación supone una vinculación efectiva (66).

El error de las teorías, basadas en la ponderación como medio para la determinación del contenido de derechos pretendidamente no limitables, consiste en la excesiva focalización del extremo de la protección definitiva de los derechos fundamentales. Dicha protección es tomada erróneamente como factor exclusivo. Las normas *prima facie* objeto de la ponderación son opacadas injustificadamente en el análisis.

#### IV. OBJECIONES A LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS

En contra de la interpretación de los derechos fundamentales como principios — así como de su teoría como derechos limitables —, se elevan una serie de objeciones. Aquí basta responder brevemente a las más importantes (67).

##### 1. *Los principios como normas jurídicas*

Excepcionalmente se manifiesta la preocupación de que la interpretación de los derechos fundamentales como principios pueda llevar a una moralización desmedida del derecho constitucional (68). Este temor es infundado. Los

---

(66) A favor de una vinculación efectiva del Legislador habla la idea de que los derechos fundamentales son posiciones cuya importancia es tal, que su garantía o no garantía no puede ser un asunto librado a la simple mayoría parlamentaria, R. ALEXY (nota 5), pág. 432.

(67) En relación con otras objeciones ver M. BOROWSKI (nota 3), págs. 190 y sigs.; ID.: ZÖR 53 (1998), págs. 312 y sigs.

(68) M. PETERS: «Grundrechte als Regeln und als Prinzipien», ZÖR 51 (1996), pág. 167.



principios jurídico-fundamentales son normas jurídicas que deben llenar todos los criterios de validez propios del ordenamiento jurídico correspondiente (69). De otra forma no se trataría entonces de derecho vigente, por lo que tampoco dichos principios tendrían que ser objeto de una ponderación jurídico-fundamental. Quien entiende los derechos fundamentales —en su calidad de principios— como un llamamiento a ponderar intuitivamente sus prejuicios como pretensión contenida en el derecho, malinterpreta totalmente la teoría de los derechos fundamentales como principios. En ella lo jurídicamente debido debe ser el resultado de un procedimiento metódico estricto.

Por consiguiente, las determinaciones del Constituyente deben ser precisadas en el proceso de subsunción respecto de su contenido semántico y volitivo (70). En caso de ser ésto suficiente, dichas decisiones autoritativas deben ser, por supuesto, respetadas. El punto crucial de los derechos fundamentales radica en que, como consecuencia de la corta formulación en su positivación, los casos de derechos fundamentales sólo pueden resolverse excepcionalmente con base en las determinaciones del Constituyente, según su sentido semántico y volitivo. En estos casos, el aplicador del derecho debe establecer una determinación normativa mediante la ponderación de principios (71). Esto conduce a la pregunta de si la ponderación de principios representa un procedimiento racional, cuestión que ha sido planteada por el escepticismo ponderativo.

---

(69) M. BOROWSKI: *ZÖR* 53 (1998), pág. 318. Del carácter de los principios fundamentales como normas jurídicas no se desprende que un principio coincida en su contenido con una norma moral. Se trata, sin embargo de dos normas diversas, con el mismo contenido pero con fundamento de validez diferente. Ya que los derechos fundamentales constituyen el intento conceptual de transformar los derechos humanos en derecho positivo (R. ALEXY: «Grundrechte», en H.-J. SANDKÜHLER [ed.]: *Enzyklopädie Philosophie*, Bd. 1, Hamburgo 1999, S. 526., págs. 179 y sig.), subyace por lo general una estructura paralela.

(70) Cfr. M. BOROWSKI: *ZÖR* 53 (1998), pág. 316. Alexy denomina este nivel de los derechos fundamentales como «nivel de las reglas»; R. Alexy (nota 5), págs. 133 y sigs. Sobre los cánones de interpretación en la metodología jurídica alemana, ver cfr. R. ALEXY y R. DREIER: «Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany», en D. N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS [eds.]: *Interpreting Statutes*, Dartmouth, Aldershot *et al.*, 1993, págs. 82 y sigs.

(71) En la determinación normativa mediante ponderación, el aplicador del derecho no es, por supuesto, libre, sino que se encuentra en algún grado ya vinculado a otras determinaciones. Los derechos fundamentales no tienen todos el mismo peso abstracto, sino que entre ellos puede haber precedencias *prima facie*, M. BOROWSKI: *ZÖR* 53 (1998), pág. 318, el mismo (nota), págs. 267 y sigs. Cfr. M. BOROWSKI: «Intendiertes Ermessen», en *DVBl*, 2000, pág. 153.

## 2. *El escepticismo ponderativo*

La racionalidad de las ponderaciones es puesta en duda de diversas formas (72). Ante todo es de admitir que no se conoce un parámetro vinculante para decidir preguntas normativas mediante ponderación. Diversas personas pueden llegar a diversos resultados sobre el peso y grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto, así como sobre la relación de precedencia entre ambos principios. Esto no es, sin embargo, un defecto específico del concepto de ponderación, sino que caracteriza todo procedimiento decisorio de preguntas normativas. De existir un procedimiento decisorio intersubjetivo y obligatorio en materia de preguntas normativas, tendría éste que preferirse a la ponderación. Pero un «mejor» procedimiento con estas características no existe y tampoco está a la vista. En estas circunstancias, es preferible (73) el procedimiento relativamente mejor, y éste es precisamente el concepto de la ponderación. Con los primeros dos principios del juicio de proporcionalidad (en sentido amplio), o sea con los principios de suficiencia y necesidad, se dispone de dos criterios, aplicables sin ponderación alguna, con los cuales es posible resolver la colisión de principios. Si aquéllos no bastan para decidir, se debe fundamentar una relación de precedencia condicionada en la ponderación de los principios en colisión. La fundamentación de esa relación de precedencia no puede resolverse por vía de la teoría de principios. Se requiere, adicionalmente, una fundamentación desde la perspectiva de una teoría externa a la teoría de principios, ésto es, una teoría de la argumentación jurídico-racional (74). En este sentido es posible afirmar que la decisión, antes que adoptada, es estructurada por la teoría de los principios (75). Teniendo en cuenta la común estructura compleja de los problemas de derechos fundamentales, no debe subestimarse este avance.

---

(72) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation», en *NJW*, 1974, pág. 1534 (traducción al español: E.-W. BÖCKENFÖRDE: *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*; en ID.: *Escritos sobre de derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, págs. 44 y sig.); E. FORSTHÖFF: «Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre», en H. BARRION *et al.* [eds.]: *Epirrhosis, Festgabe für Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlín 1968, pág. 209; J. HÄBERMAS: *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pág. 310 (traducción al español: J. HÄBERMAS: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y la estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998); B. SCHLINK: *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín 1976, págs. 134 y sigs.

(73) H.-J. KOCH y H. RÜBMAN (nota 28), pág. 118; M. RAABE (nota 28), págs. 200 y sigs.

(74) Cfr. R. ALEXY: *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

(75) R. ALEXY (nota 5), págs. 163 y sigs.

Más allá de la ganancia analítica en cada caso individual, es posible construir un sistema coherente de relaciones de precedencia a partir de la multiplicidad de las decisiones ponderativas. La coherencia del sistema normativo es una exigencia científica elemental (76). Con toda decisión tomada por el aplicador del derecho, se establecen nuevas determinaciones que pueden ser, de manera cada vez más clara, desarrolladas hasta conformar un sistema de relaciones abstractas de precedencia. Cuando se quiere introducir una decisión divergente al sistema, se tiene la carga de la argumentación. De esta forma, se estructura una teoría de la formación de precedentes (77). Si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se entiende como un sistema con estas características, se genera seguridad jurídica (78).

Conectada con la teoría de la argumentación jurídico-racional y con la ayuda del concepto de ponderación, la teoría de los principios permite alcanzar al más alto nivel analítico la decisión racional, relativa a preguntas normativas. Esto no es más que lo expuesto, pero es precisamente lo posible en relación con la exactitud en la ciencia jurídica. Quien, por el contrario, exija aquí evidencias obligatorias determinantes, desconoce el carácter de esta teoría (79).

### 3. *La legislación como mera ejecución constitucional*

Si la restricción de los derechos fundamentales tiene ya su fundamento material necesariamente en otras normas constitucionales (III.2), se justifica la pregunta de hasta qué punto la legislación es constitutiva para el orden jurídico infraconstitucional. Si se toma en serio la tesis de la restricción de los derechos fundamentales basada exclusivamente en principios constitucionales, la actividad legislativa del Parlamento democráticamente legitimado parece ser una

---

(76) R. DWORKIN: *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986, págs. 165 y sigs.; R. ALEXY y A. PECZENIK: «The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality», en *Ratio Juris* 3 (1990), págs. 130 y sigs.; A. PECZENIK: *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 1989, págs. 158 y sigs.

(77) R. ALEXY (nota 74), págs. 262 y sigs.; R. RUIZ MIGUEL y F. J. LAPORTA: «Precedent in Spain», en D. N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS [eds.]: *Interpreting Precedents*, Ashgate Dartmouth, Aldershot et al., 1997, págs. 272 y sigs.; sobre una situación similar en el sistema jurídico alemán, ver R. ALEXY y R. DREIER: «Precedent in the Federal Republic of Germany», en D. N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS [eds.]: *Interpreting Precedents*, Ashgate Dartmouth, Aldershot et al., 1997, págs. 26 y sigs.

(78) R. DECHSLING (nota 28), págs. 23 y sigs.; J.-R. SIECKMANN (nota 28), pág. 238.

(79) R. DREIER: «Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft», en ID.: *Recht, Moral, Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1981, págs. 48 y sigs.

mera ejecución de la Constitución. El proceso democrático perdería así su significado (80). La respuesta a esta objeción consiste en que en la ponderación debe tenerse en cuenta un principio adicional; éste ordena *prima facie*, seguir las decisiones del Legislador democráticamente legitimado. Este principio es un principio de la clase de los principios formales (81), que fundamenta la validez de las normas, independientemente de la corrección de su contenido, en la sujeción a los procedimientos previamente establecidos (82). Surge así un ámbito de discrecionalidad en el que el Legislador es libre; fuera de dicho ámbito, por el contrario, está sujeto a la Constitución. El resultado de la ponderación no puede vulnerar el principio democrático ni, con ello, las competencias del Legislador, ya que dicho principio forma parte adecuada de la ponderación (83). Este compromiso entre la libertad y la sujeción también es reconocido necesariamente en la Constitución española. Por un lado, el art. 1.1 CE consagra la forma de Estado democrático. Por otro lado, ella opta por un rechazo consciente del art. 34 del fuero de los españoles en el arts. 9.1 y 53.1 CE, a favor de la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, o sea también una vinculación del legislativo. Una vinculación a los derechos fundamentales por parte del Legislador democráticamente legitimado es, en algún sentido, necesariamente antidemocrática (84).

#### 4. *Los derechos fundamentales como enunciados programáticos*

Mientras que la primera objeción teme una vinculación demasiado fuerte del Legislador, una segunda objeción tematiza una vinculación demasiado débil. Sin embargo, los derechos fundamentales, en su interpretación como prin-

---

(80) E.-W. BÖCKENFÖRDE: «Grundrechte als Grundsatznormen», en ID.: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, págs. 190 y sigs.

(81) La denominación de «formales» en contraposición a principios materiales no debe conducir al error de creer que existe una diferencia en su estructura. La colisión de principios formales y materiales tiene la misma estructura de la colisión de diversos principios materiales.

(82) Sobre principios formales, ver R. ALEXY (nota 5), pág. 100; J.-R. SIECKMANN (nota 28), págs. 147 y sigs.; M. RAABE (nota 28), págs. 208 y sigs.

(83) M. BOROWSKI (nota 3), págs. 202 y sigs.; ID.: *ZÖR* 53 (1998), págs. 321 y sigs.

(84) Por otra parte, una serie de contenidos iusfundamentales son condición de la democracia, por ejemplo, la libertad de pensamiento y la libertad de expresión. Sobre la relación entre democracia y derechos fundamentales, que en dicho sentido puede denominarse como ambivalente, cfr. R. ALEXY (nota 5), págs. 433 y sigs., 482; el mismo: «Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en A. AARNIO, R. ALEXY y G. BERGHOLTZ [eds.]: *Justice, Morality and Society - A Tribute to Aleksander Peczenik*, Juristförlaget i Lund, Lund, 1997, págs. 32 y sigs.

cipios, no deben ser confundidos (85) con «*enunciados programáticos*» en el sentido de la Constitución de Weimar (86). Aun cuando no es asunto pacífico en la doctrina, según la posición mayoritaria, los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar valían únicamente en el marco de las leyes: «*Toda libertad es simplemente libertad de cohesiones ilegales*» (87). Las leyes mismas no podían vulnerar derechos fundamentales (88). «*Enunciados programáticos*» eran, en este sentido, normas no vinculantes para el Legislador. La vulneración de normas no vinculantes, en contraposición a las normas vinculantes, no puede ser establecida por el Tribunal Constitucional. Dichos enunciados portan exclusivamente una validez política, moral o divina. Sin embargo, según el art. 9.1 y el art. 53.1 CE, el Tribunal Constitucional español puede y debe establecer la vulneración de derechos fundamentales, en especial por la vinculación general de todo poder político a los derechos fundamentales.

### 5. *La necesaria vinculación de la comunidad a los derechos*

En contra de la interpretación de los derechos de libertad como principios se objeta que el reconocimiento del principio de libertad negativa haría impracticable las medidas necesarias para salvaguardar el bien común (89). Quien concibe la teoría de los derechos fundamentales como derechos limitables, entiende dicha teoría como una teoría normativa fuerte. Según este entendimiento, los bienes colectivos tienen sólo una capacidad reducida de imponerse en colisiones con la libertad negativa. Existe así una carga de la argumentación del lado de los bienes colectivos. Si se entiende la teoría de los derechos limitables en el sentido expuesto, ella es plausible, pero de ninguna manera preferible o necesaria. En sentido de una teoría constructivista (90) se

(85) N. REUBER: *Lebens- und Gesundheitsschutz und Gesetzesvorbehalt unter besonderer Berücksichtigung der Gentechnologie*, Diss. iur., Colonia, 1993, págs. 101 y sigs.; cfr. PETERS: *ZÖR* 51 (1996), págs. 168, 178.

(86) *Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1911*.

(87) G. JELLINEK: *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Mohr, 2. Aufl., Tübinga, 1905, pág. 103.

(88) Algo similar vale para el art. 34 del «Fuero de los Españoles», vigente durante la época del franquismo: «*Las Cortes votarán las Leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero.*»

(89) B. O. BRYDE IN VON I. VON MÜNCH y P. KUNIG [eds.]: *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, C.H. Beck, 4. Aufl., Munich, 1992, art. 14 LF, Rn 50; cfr. O. VON GIERKE: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Julius Springer Verlag, Berlín, 1889, pág. 20.

(90) Sobre la diferencia entre teorías normativas y teorías constructivas, cfr. R. ALEXY (nota 5), pág. 299.

libera, por lo pronto, de las premisas normativas. Las premisas normativas son introducidas cuando una teoría constructivista se vincula con cargas de la argumentación. El que exista una carga de la argumentación constituye una premisa normativa débil, porque ella es compatible con muchas concepciones normativas. En el caso de los derechos de libertad, esa premisa normativa débil consiste en que la libertad negativa representa un valor en sí mismo. Adicionalmente, es posible introducir premisas normativas fuertes. Esta es una cuestión que depende del peso de los bienes colectivos frente a la libertad negativa, ésto es, de si dicho peso se estima como un peso bajo, medio o alto. Esa pregunta excede, sin embargo, el ámbito de una teoría de los derechos limitables o teoría externa en su carácter de teoría constructivista o teoría normativa débil (91).

## V. RESTRICCIÓN Y CONFIGURACIÓN

La Constitución española prescribe, según su tenor literal, que no sólo son posibles las restricciones a los derechos fundamentales (92), sino también configuraciones o regulaciones por vía legislativa (93). Surge entonces la pregunta de si estas actividades —englobadas en adelante con el ánimo de simplificar bajo el término de «configuraciones»— deben diferenciarse de las restricciones. Ello depende de lo que se tenga por objeto de la configuración. El objeto de configuración puede ser el derecho fundamental mismo o el derecho ordinario.

### 1. *La configuración del derecho fundamental*

Según la primera interpretación, el objeto de configuración legal es el derecho fundamental mismo. En esta interpretación pueden distinguirse dos variantes.

---

(91) Cfr. en general M. BOROWSKI (nota 3), págs. 43 y sigs.

(92) Por ejemplo, el art. 16.1, el art. 19, el art. 20.2, el art. 20.4, el art. 25.2 y el art. 28.1 CE.

(93) Esta distinción no abarca solamente los derechos fundamentales del segundo capítulo de la primera parte, sino también los principios rectores de la política social y económica (por ejemplo, los arts. 43.2, 51.3 y 52 CE). Es discutible si estos últimos pueden ser siquiera denominados «derechos fundamentales». En contra de ello habla la distinción expresa de los títulos que rubrican los diferentes capítulos de la Constitución. La difícil pregunta del estatus de esas disposiciones no puede ser respondida aquí. Por ello, las siguientes reflexiones se limitan a la restricción y la configuración de los derechos fundamentales clásicos, contenidos en el capítulo segundo. En este están contenidas formulaciones que pueden ser entendidas como configuraciones, entre otras los arts. 19, 23.2, 27.7, 27.10, 28.2 y 29.1 CE.

a) *Configuración desprovista de vinculación*

Según la primera variante, no existe ninguna vinculación de contenido iusfundamental al desarrollar los derechos fundamentales. En este caso, el derecho fundamental tiene siempre el contenido que le otorguen las leyes. Dado que el Legislador constituye el contenido del derecho fundamental mediante su configuración, aquél no se encuentra vinculado en esta tarea a un contenido previo del derecho fundamental. Un ejemplo ilustrativo es la libertad de entrar y salir del país reconocida a los ciudadanos españoles por el art. 19, frases 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> CE. Según el art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE, la libertad de entrar y salir del país es reconocida a todos los españoles *en los términos que la ley establezca*. A continuación el art. 19, frase 3.<sup>a</sup> CE prohíbe limitar dicho derecho con fundamento en razones políticas o ideológicas. Supongamos, por un momento, que el Legislador expide la siguiente ley orgánica (LO) con el objeto de proteger contra epidemias: *«Las personas aquejadas de una enfermedad infecciosa grave no deben entrar al territorio español»*. Parece evidente que esta ley no vulnera el art. 19, frase 3.<sup>a</sup> CE. Las razones médicas no son políticas ni ideológicas. También es notorio que dicha ley no vulnera el derecho fundamental contenido en el art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE. La prohibición de inmigración es una medida adecuada para evitar epidemias por graves enfermedades, o sea, para proteger a la población en su salud. Esta valoración se modifica inmediatamente, cuando la ley para la protección de epidemias es modificada de la siguiente manera (OL): *«Las personas aquejadas de una enfermedad infecciosa no deben ingresar al territorio español. Esto vale con independencia del grado de infecciosidad o gravedad de la enfermedad»*. Si un español se infectara en vacaciones de una gripe inofensiva, podría ver negado su ingreso al país en la frontera hasta tanto no se curara totalmente, pese a que nadie estaría de hecho amenazado por un verdadero peligro. Si se adopta la primera variante de la primera interpretación, se debe concluir que la ley LO se ciñe estrictamente a la Constitución. Una violación del art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE no puede establecerse aquí, ya que la ley orgánica configura la libertad fundamental de los españoles de entrar y salir del país; ella existe, por lo tanto, sólo si el inmigrante no adolece de alguna enfermedad infecciosa. Más allá del derecho fundamental configurado por la ley, según la variante de la primera interpretación, no existe ninguna posición iusfundamental que pudiera ser adscrita al art. 19 CE. Si se toma LO como configuración, un español infectado con una gripe inofensiva no tendría siquiera una posición iusfundamental *prima facie* a entrar en su país con base en el art. 19, frases 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> CE. El vaciamiento de contenido del derecho fundamental podría ser, en caso extremo, total. Si se toma en serio la tesis de una configuración sin vinculación alguna, una ley que impidiera la mencionada li-

bertad —por ejemplo al condicionar la entrada al país de una autorización cuya adopción depende de la libre apreciación (salvo art. 19, frase 3.<sup>a</sup> CE) de la autoridad competente— no vulneraría el art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE. Es manifiesto que esa comprensión de la configuración del derecho fundamental no se acompasa con el sentido y la finalidad de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales, según lo dispuesto por el art. 9.1 y el art. 53.1 CE. Una vinculación supone, como ya se dijo atrás (94), una vinculación efectiva.

#### b) *Configuración prevista de vinculación*

Lo anterior nos conduce a la segunda variante de la primera interpretación. También bajo esta segunda variante debe configurarse el derecho fundamental, pero sólo de forma que, en tales configuraciones, el Legislador se mantenga vinculado materialmente al derecho fundamental. Dicha vinculación viene a concretarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad (95). En relación con el ejemplo ya discutido, la ley orgánica, tras la modificación introducida por LO —que autoriza toda prohibición de entrada al país con base en cualquiera infección—, sería analizada en su proporcionalidad. La configuración sería desproporcionada, y con ello inconstitucional, en caso de que limitase en forma desproporcionada el principio de libertad de entrada y salida del país de todos los españoles. Dada la intensiva intervención, sin razón relevante importante que la justifique, es plausible que la configuración mediante LO sea tenida como desproporcionada. Esta pregunta de contenido deja, sin embargo, de interesar aquí. Desde una perspectiva constructiva se observa rápidamente que el objeto de la configuración mediante ley orgánica no puede ser el «derecho fundamental» mismo. Producto de la actividad legislativa son leyes como LO y LO'. Ya que el Legislador —en cumplimiento del art. 9.1 y el art. 53.1 CE— está vinculado a un principio iusfundamental anterior referente a la libertad de todos los españoles para entrar y salir del país, no puede configurarlo. El Legislador sólo puede configurar lo que puede modificar. Sólo es posible modificar objetos, a los cuales no se está vinculado. El error de esta construcción radica en que se centra demasiado en el resultado de la ponderación. Los principios limitados mediante la configuración, en el ejemplo el principio de libertad de tránsito de todos los españoles, son por esta vía descuidados. Este fallo corresponde estructuralmente con el de aquéllas concepciones que preten-

---

(94) Ver IV. 4.

(95) Entre otros H. D. JARASS y B. PIEROTH: *Grundgesetz-Kommentar*, C. H. Beck, Munich, 4. Aufl., 1997, Vorb. vor Art. 1, Rn 26.



den utilizar la ponderación para determinar el contenido de derechos no limitables, como se mostró ya en III. 3.

## 2. *La configuración del Derecho infraconstitucional en el ámbito del derecho fundamental*

Aquí es relevante la segunda interpretación del concepto de configuración. El objeto de la configuración no es entonces el derecho fundamental mismo, sino el derecho infraconstitucional, particularmente el derecho legal establecido en el ámbito temático del derecho fundamental correspondiente. Una teoría de la configuración sin vinculación a un contenido debe ser rechazada por las mismas razones que en la primera interpretación. En el caso del derecho de entrar y salir del país —para permanecer en el ejemplo—, el Legislador tiene que observar los presupuestos vinculantes del artículo 19, frases 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> CE. Aquí pueden, de nuevo, distinguirse dos variantes. En la primera, la vinculación se establece mediante una regla, en la segunda, mediante un principio.

### a) *Vinculación mediante una regla*

En la primera variante, la libertad de los españoles de entrar y salir del país es una regla en el sentido de una norma con un contenido definido. Se observa rápidamente que del tenor literal «entrar ... libremente», o de la voluntad del Constituyente, no puede ser deducida la decisión del caso iusfundamental sobre la entrada de españoles al país, sin fundamentar para ello premisas normativas adicionales. Aún si se presumiera dicho contenido definitivo, no podría denominarse la actividad legislativa, ni siquiera metafóricamente, «configuración de un derecho fundamental». Si el artículo 19, frase 2.<sup>a</sup> CE consagra una regla, entonces el concepto de «entrar ... libremente» constituye una determinación definitiva. Dependiendo de la interpretación pertinente, la libre entrada o salida del país hace parte o no hace parte del contenido de la regla. En el primer caso, LO' es inconstitucional. En el segundo, LO' es constitucional, pero su contenido rebasa el ámbito de aplicación del derecho fundamental del art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE. Lo que en su contenido se sitúa más allá de las exigencias iusfundamentales no puede ser tenido como configuración de los derechos fundamentales.

b) *Vinculación mediante un principio*

Con ésto queda únicamente la segunda variante, según la cual existe una vinculación del contenido de la configuración respecto de los principios iusfundamentales. En este caso el art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE debe interpretarse en el sentido de un principio de libre entrada y salida del país de todos los españoles. Este derecho es desarrollado a nivel infraconstitucional por las dos variantes de la mencionada ley orgánica, de forma que la configuración sólo tiene lugar en el caso de la enfermedad diferentemente apreciada. Esto no puede ser modificado por el principio iusfundamental de la libertad de entrar y salir del país —al cual está vinculado el Legislador de conformidad con el art. 9.1 y el art. 53.1 CE—, pero sí por el derecho de rango infraconstitucional. Si dicha configuración es constitucional, entonces la ley es la norma a aplicar en un caso concreto, no obstante no tener validez jerárquica superior, aunque sí prevalencia de aplicación respecto del derecho constitucional. Sólo en este caso puede también hablarse metafóricamente de «configuración del derecho fundamental», pese a que en estricto sentido sólo el ordenamiento jurídico infraconstitucional es desarrollado. Una vinculación flexible del Legislador en desarrollo de la «configuración», se desprende del deber de no vulnerar el principio iusfundamental. Éste es materialmente el caso, cuando —abstrayendo de otras condiciones— la configuración de la ley es desproporcionada en sentido amplio. Para la variante básica de la ley orgánica mencionada antes, según la cual la entrada y salida del país pueden ser negadas ante la evidencia de enfermedades infecciosas graves, no se da dicha desproporción, a diferencia de la forma modificada LO'.

3. *La relación entre restricción y configuración*

Con lo hasta aquí expuesto surge la pregunta de cómo determinar la relación entre la «configuración» de los derechos fundamentales —entendido en la forma anteriormente expuesta— y su restricción. La respuesta es que se trata de dos formas diferentes de describir exactamente el mismo fenómeno (96). En

---

(96) No se excluye la posibilidad de introducir una distinción entre ambos institutos mediante la adopción de *premisas adicionales*. Estas podrían consistir, por ejemplo, en imponer a las restricciones algunas condiciones formales, que no valdrían para las configuraciones, cfr. P. LERCHE: «Grundrechtsschranken», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF [eds.]: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, § 122, Rn 9 s. («Grundrechtsprägung»); H. D. JARASS y B. PIEROTH (nota 95), Vorb. vor Art. 1 LF, Rn 26. Esto no es,

la restricción de derechos fundamentales, un principio iusfundamental es limitado mediante la expedición de una ley. El acento está aquí en que el deber *prima facie* de un principio se torna en un deber definitivo. Mediante la expedición de la ley se produce igualmente una configuración del derecho infraconstitucional. Si se habla, en cambio, de una «configuración iusfundamental» se coloca el acento en la formación de derecho infraconstitucional en el ámbito del derecho fundamental. Sin embargo, los principios fundamentales que vinculan materialmente al Legislador en el proceso de la configuración son a su vez restringidos por la legislación. Quien pone el acento en el derecho fundamental, habla de una restricción; quien acentúa el derecho infraconstitucional, habla de una configuración en el sentido arriba mencionado. Las dos formas de hablar son correctas. Esto muestra finalmente una determinación de la relación entre las frases 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 19 CE. No se ve criterio alguno para diferenciar si existe una configuración según el art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE o una restricción permisible según el art. 19, frase 3.<sup>a</sup> CE. Cuando una ley para la protección de epidemias prohíbe la entrada a personas infectadas, ésta es una condición del derecho infraconstitucional de conformidad con el art. 19, frase 2.<sup>a</sup> CE. El art. 19, frase 3.<sup>a</sup> CE prohíbe restricciones por razones políticas e ideológicas; *a contrario sensu*, permite una restricción con base en otras razones. Ya que una razón médica no es política ni ideológica, y que la posibilidad de prohibir la entrada y salida del país representa adicionalmente una restricción del principio iusfundamental, se cumplen también las condiciones del art. 19, frase 3.<sup>a</sup> CE. Esta estructura está esbozada también en el art. 37.2 CE, cuando se habla de regulaciones que pueden contener restricciones. Con ello puede afirmarse que toda actividad legislativa del Parlamento, con efectos adversos sobre un principio iusfundamental, presenta en todo caso junto a la configuración del derecho infraconstitucional una restricción de un derecho fundamental (97).

---

sin embargo, más que una diferenciación de diversas formas de restricción con diversos requisitos formales de justificación, M. BOROWSKI (nota 3), págs. 204 y sigs.

(97) M. BOROWSKI (nota 3), págs. 194 y sigs. Con ello se presupone un concepto de configuración que no se utiliza como concepto opuesto al de la restricción. Sobre los diversos usos del concepto de configuración cfr. R. ALEXY (nota 5), págs. 320 y sigs. Es posible llegar a una divergencia entre restricción y configuración cuando una configuración es neutral en relación con todos los derechos fundamentales. En este caso se da una configuración, más no una restricción de un principio fundamental. Dado que el supuesto de una protección plena de los derechos fundamentales —en el sentido de una teoría amplia del supuesto de hecho y no en una teoría estrecha— es preferible, son casi inconcebibles configuraciones no restrictivas. La pregunta del alcance del supuesto de hecho es una pregunta de hasta dónde va la protección del derecho fundamental y de cómo ha de concebirse el concepto de intervención. Sobre la distinción entre las mencionadas

## VI. UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS LIMITABLES

Sobre la base de la teoría de los principios y de la teoría de los derechos limitables es posible no sólo reconstruir los derechos de defensa, sino además los derechos de igualdad y los derechos fundamentales de prestación. Si se entiende el principio general de igualdad consagrado en el art. 14 CE como un principio de igualdad jurídica —mediante el cual básicamente se ordena un igual trato—, entonces cada trato desigual es una intervención que necesita justificación. Dicha intervención está justificada cuando el tratamiento desigual es proporcionado en sentido amplio (98). Esto vale igualmente para los derechos fundamentales prestacionales. La omisión de una prestación iusfundamental debida *prima facie* es una intervención en el derecho prestacional, la cual debe ser igualmente justificada. Esa justificación se tiene cuando la omisión es proporcionada en sentido amplio de cara a otros principios que exigen dicha abstención (99). Una configuración ulterior supera el marco de la presente aportación. Si bien mucho de lo dicho podría afinarse y profundizarse aún más, debe por lo pronto quedar algo claro. La teoría de principios, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales.

---

teorías y los argumentos en pro y en contra de las mismas, ver R. ALEXI (nota 5), págs. 298 y sigs.; M. BOROWSKI (nota 3), págs. 204 y sigs.

(98) Sobre los derechos fundamentales de igualdad en la Ley Fundamental alemana, ver M. BOROWSKI (nota 3), págs. 351 y sigs.; cfr. R. ALEXI (nota 5), págs. 381 y sigs.

(99) Cfr. M. BOROWSKI (nota 3), págs. 237 y sigs.; cfr. por lo demás R. ALEXI (nota 5), págs. 419 y sigs.