

de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes. 3.2. Los casos difíciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes. iv. La función del principio de proporcionalidad ejemplificada en un caso difícil. Conclusión del Capítulo Primero.

El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de esta función solo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación.

## I. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. El derecho fundamental en sentido lato

El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica.

En esta investigación partiremos del concepto de "*derecho fundamental como un todo*" (*Grundrecht als Ganzes*), que designaremos mejor como *derecho fundamental en sentido lato*,

formulado por ROBERT ALEXY para esclarecer la estructura de cada uno de los derechos fundamentales. De acuerdo con este concepto, todo derecho fundamental se estructura como un haz de posiciones<sup>1</sup> y normas, vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental<sup>2</sup>.

Analicemos separadamente los tres conceptos que componen esta definición, es decir: las disposiciones, las normas y las posiciones de derecho fundamental.

## 2. Las disposiciones de derecho fundamental

Las *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales<sup>3</sup>. Como hemos mencionado anteriormente, en la doctrina constitucional española parece aceptarse, por consenso, que solo los enunciados que conforman el Capítulo II del Título I CE deben ser catalogados como disposiciones de derecho fundamental. No obstante, algunos autores han advertido que estos enunciados también regulan fenómenos jurídicos de índole diversa<sup>4</sup>. Asimismo, en ocasiones la jurisprudencia

- 1 En un sentido similar, MEDINA GUERRERO sostiene que todo derecho fundamental puede entenderse como “un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación –conectado con el ámbito material que da nombre al derecho– que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares”: *La vinculación negativa*, cit., p. 11; y L. AGUIAR DE LUQUE sostiene: “Los derechos fundamentales constituyen básicamente un derecho subjetivo que deja en manos de su titular un haz de facultades que éste puede actualizar con carácter puntual ante las posibles restricciones que en su ámbito de agere licere se produzcan por vía de una actuación de los poderes públicos”: “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”, en *RDJ*, n.º 18 y 19, 1983, p. 20.
- 2 ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 240.
- 3 *Ibíd.*, p. 63.
- 4 Cfr. JIMÉNEZ CAMPO. *Derechos fundamentales*, cit., p. 31; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en I. DE OTTO PARDO y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 84 y ss.; y A. JIMÉNEZ-BLANCO. “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”,

ha extendido a otros enunciados constitucionales la calificación de disposiciones de derecho fundamental, pero siempre bajo el entendido de que tienen una conexión interpretativa con las disposiciones del Capítulo II del Título I CE<sup>5</sup>.

A causa de su redacción lapidaria, casi todas las disposiciones de derecho fundamental presentan un elevado grado de indeterminación normativa. Como consecuencia de esta circunstancia, a cada una de estas disposiciones puede serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental.

### 3. Las normas de derecho fundamental

Entendidas de acuerdo con el concepto semántico de norma<sup>6</sup>, las *normas de derecho fundamental* se definen como el

en AA. VV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 635 y ss.

- 5 Como ejemplo puede citarse el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dado al art. 119 CE, como derecho vinculante para el Legislador, en razón de su vínculo con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE: *"El derecho a la gratuidad de la justicia (art. 119 C.E.) es un derecho prestacional y de configuración legal cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias. Sin embargo, al llevar a cabo la referida configuración legal, el legislador no goza de una libertad absoluta, sino que en todo caso debe respetar un contenido constitucional indisponible. A esta limitación no escapan los derechos, como el que aquí nos ocupa, en los que el contenido prestacional y, en consecuencia, su propia naturaleza, vienen matizados por el hecho de tratarse de derechos que son concreción y garantía de ejercicio de otros derechos fundamentales, algunos de contenido no prestacional"*: STC 16/1994, F. J. 3º. Con posterioridad, en el F. J. 4º de la STC 12/1998, el Tribunal Constitucional incluso ha llegado a enjuiciar la proporcionalidad de las restricciones legislativas impuestas al derecho enunciado por el art. 119 CE: *"a la luz de esta doctrina constitucional, no cabe afirmar que el requisito de la sostenibilidad de la pretensión del beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, requisito que ha sido impuesto por el legislador en el marco de su libertad de configuración normativa del derecho consagrado en el art. 119 C.E., y mediante el que se instaurará un límite legal al libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción por parte de los ciudadanos que carecen de recursos económicos suficientes para litigar, no goce de una finalidad constitucional legítima, razonable y proporcionada"*.
- 6 Cfr. sobre el concepto semántico de norma, ALEX. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 50 y ss.

conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental. Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está iusfundamentalmente ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental<sup>7</sup>. En otros términos, las normas de derecho fundamental son un conjunto de proposiciones que prescriben el “deber ser” establecido por las disposiciones iusfundamentales de la Constitución<sup>8</sup>.

La diferencia entre las disposiciones y las normas de derecho fundamental es una especie de la distinción genérica entre las disposiciones y las normas, conocida en la teoría jurídica. De acuerdo con V. CRISAFULLI, se denomina disposición jurídica a la formulación “*constitutiva*”, “*precedente*” y “*condicionante*” de una norma, incluida en el texto de una fuente del derecho<sup>9</sup>. Correlativamente, las normas se definen como el contenido prescriptivo de las disposiciones jurídicas; son el resultado de su interpretación y la sustancia que conforma el ordenamiento jurídico como Derecho objetivo. Del mismo modo, según R. GUASTINI, mientras la disposición jurídica es “*un enunciado legislativo (o de manera más general, un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente de derecho)*”, la norma es “*el contenido semántico de un enunciado legislativo*”. La disposición está expresada en el lenguaje de las fuentes del Derecho y es el objeto de la interpretación, al paso que la norma consiste en un enunciado del lenguaje de los intérpretes y constituye el resultado de la interpretación<sup>10</sup>.

---

7 Cfr. sobre el carácter prescriptivo de las normas en general, la 2.<sup>a</sup> ed. de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, Porrúa, México D. F., 1993, pp. 17 y ss.

8 Cfr. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 53; STERN. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 11.

9 Cfr. V. CRISAFULLI. voz “Disposizione (e norma)”, en *Enc. dir.*, t. XIII, Giuffrè, Milán, 1964, pp. 165 y ss. y pp. 203 y ss.

10 Cfr. R. GUASTINI. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 17 y ss.; ID. *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 17 y ss. GUASTINI

La diferencia entre disposición y norma también se ha difundido en la teoría jurídica española y ha sido adoptada por algunos autores latinoamericanos, aunque a veces con una terminología diversa. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO distinguen por ejemplo entre las “*oraciones jurídicas*” (las disposiciones) y los “*enunciados jurídicos*” (las normas), que se entienden como “*oraciones jurídicas significativas, esto es, interpretadas*”<sup>11</sup>. Por su parte, C. S. NINO distingue entre el texto o el acto lingüístico (la disposición) y la proposición normativa (la norma). Por proposición normativa comprende “*un juicio que califica como debido, prohibido o permitido cierto comportamiento*” y que “*constituye el significado del acto lingüístico, la referencia del punto de vista interno a la práctica social, o la interpretación del texto*”<sup>12</sup>. Por último, J. J. MORESO diferencia entre las “*prescripciones*” o las “*reglas prescriptivas*” y las “*normas*”, definidas estas últimas como el “*significado de las prescripciones*”<sup>13</sup>.

#### 4. Las posiciones de derecho fundamental o los derechos fundamentales en sentido estricto

El último elemento del derecho fundamental en sentido lato es la *posición de derecho fundamental* o el derecho fundamental

---

sostiene: “*llamo disposición a todo enunciado que sea parte de un documento normativo, o sea a todo enunciado del discurso de las fuentes*”; “*llamo norma a todo enunciado que constituya el sentido o significado adscrito (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmentos de disposiciones)*. En otros términos, se puede también decir así: *la disposición es (parte de) un texto que aún debe ser interpretado; la norma es (parte de) un texto interpretado*”. También para CRISAFULLI la norma es el producto de la interpretación. Cfr. voz “*Disposizione*”, cit., p. 204. Cfr. asimismo, sobre la distinción entre disposición y norma, ZAGREBLESKY. *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 39 y ss.

- 11 Cfr. M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. XIII, nota 2.
- 12 Cfr. C. S. NINO. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 40.
- 13 Cfr. MORESO. *La indeterminación del derecho*, cit., p. 19.

en sentido estricto<sup>14</sup>. Las posiciones de derecho fundamental constituyen el correlato de las normas de esta misma naturaleza. Con bastante frecuencia, cuando los operadores jurídicos se refieren a los derechos fundamentales, en realidad hacen alusión a las posiciones de derecho fundamental, como por ejemplo cuando un peticionario en amparo alega tener un derecho fundamental a emitir programas de televisión sin censura estatal. El derecho fundamental a emitir ciertos programas de televisión sin censura estatal es una posición iusfundamental establecida por una norma de este mismo carácter, adscrita al art. 20 CE.

Ahora bien, las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado. Como tales, las posiciones de derecho fundamental son una especie de la amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el Derecho. Diversas investigaciones han analizado la estructura de los múltiples tipos de relaciones que se presentan en los ordenamientos jurídicos. En la próxima parte mencionaremos algunos de estos tipos de relaciones jurídicas, cuando estudiemos las diversas posiciones que establecen los derechos fundamentales liberales, democráticos y prestacionales. Baste indicar por ahora que las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que, en su forma más común<sup>15</sup>, presen-

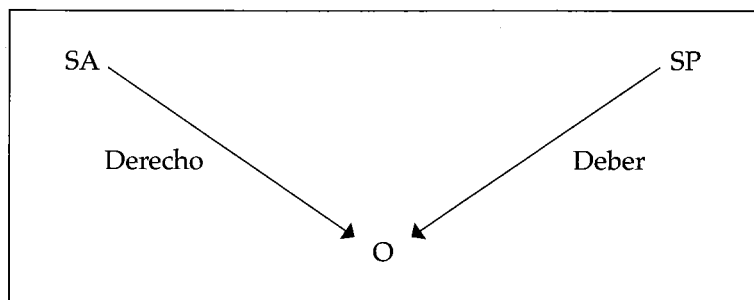
---

14 Cfr. sobre la denominación de las posiciones de derecho fundamental como derechos fundamentales, M. BOROWSKI. "La restricción de los derechos fundamentales", en *REDC*, n.º 59, 2000, p. 31, nota 5. Esta denominación es bastante frecuente en la doctrina, la jurisprudencia y en el uso común del lenguaje. Aquí adicionamos el calificativo "*en sentido estricto*", para diferenciar las posiciones de derecho fundamental del derecho fundamental como un todo o derecho fundamental "*en sentido lato*".

15 La forma más común de las posiciones de derecho fundamental son los derechos a algo. De acuerdo con ALEXY, las competencias y las libertades son otras dos clases pertenecientes a estas posiciones: cfr. *Teoría de los derechos*, cit., pp. 186 y ss. Este sistema de tres tipos de posiciones iusfundamentales, propuesto por ALEXY, se basa en las investigaciones anteriores de HOFELD y de BENTHAM. Cfr. el sistema de W. N. HOFELD en *Conceptos jurídicos fundamentales*,

tan una estructura triádica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo<sup>16</sup> (Figura 1).

FIGURA 1  
LA POSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL



SA: sujeto activo

SP: sujeto pasivo

O: objeto (una conducta de acción o de omisión)

---

Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pp. 47 y ss.; y el de BENTHAM en J. BENTHAM (H. L. A. HART, ed.). *Of Laws in General*, University of London y The Athlone Press, Londres, 1970, pp. 57, 58 y 84. Cfr. sobre estos sistemas, H. L. HART. "Legal rights", en *Id. Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 162 y ss. De estos sistemas, quizás haya sido el de HOHFELD el que más resonancia ha tenido en la doctrina española. Cfr. al respecto, M. ATIENZA. "Una clasificación de los derechos humanos", en *ADH*, n.º 4, 1986-1987, pp. 29 y ss., quien ha utilizado la tipología de HOHFELD para clasificar los derechos del Título I CE. Más recientemente, PECES-BARBA. *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 462 y ss.

16 Cfr. sobre la estructura de estas posiciones iusfundamentales, R. ALEXY. "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", en *D&L*, n.º 8, 2000, pp. 12 y ss.; *Id. El concepto y la validez del derecho*, cit., pp. 182 y 183.

Este esquema presenta una gran versatilidad, porque permite reconstruir las variadas posiciones de derecho fundamental –los derechos de defensa, los derechos de prestación, las garantías institucionales, etc.–, mediante la indicación del sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto que sean pertinentes<sup>17</sup>. De esta manera, las posiciones iusfundamentales de defensa tienen por objeto una abstención estatal, es decir, una omisión que el sujeto activo, un particular, puede exigir de un poder del Estado que se sitúa en el lugar del sujeto pasivo. En todo derecho de defensa, un particular tiene un derecho fundamental a que el Estado omita una acción. Por el contrario, el objeto de las posiciones iusfundamentales de prestación es una conducta positiva del Estado. En las posiciones de prestación, el sujeto activo tiene un derecho fundamental a que el Estado realice un comportamiento. Por su parte, las llamadas garantías institucionales son posiciones de derecho fundamental que tienen como objeto una específica abstención; las garantías institucionales prescriben a los poderes del Estado –al Legislador por antonomasia– el deber de abstenerse de abolir una determinada institución: verbigracia, el matrimonio, el sufragio o la propiedad.

Entre las posiciones y las normas de derecho fundamental existe un nexo de implicación necesaria. ALEXY lo ha enunciado de la siguiente manera: “*si un derecho existe, debe valer una norma que garantice la existencia de ese derecho*”<sup>18</sup>.

---

17 Cfr. sobre la variedad de posiciones de derecho fundamental, J. M. BAÑO LEÓN. “La distinción entre derechos fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *REDC*, n.º 24, 1988, pp. 158 y ss. Asimismo, sobre la dimensión de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, M. C. BARRANCO AVILÉS. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2000, pp. 261 y ss.

18 ALEXY. “La institucionalización de los derechos humanos”, cit., p. 12. De un modo similar había concebido KELSEN, en la 1.ª ed. de la *Teoría pura del derecho*, el nexo de implicación necesaria entre el deber de un sujeto en una relación jurídica y la norma jurídica que lo tipifica: “*un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica*



Expresado en sentido contrario, cada vez que una norma de derecho fundamental garantiza una determinada posición de este mismo carácter, es preciso concluir que esta posición existe y que debe ser jurídicamente protegida. El objeto de toda posición iusfundamental es una conducta o una omisión del destinatario, que está ordenada, prohibida o permitida por una norma de derecho fundamental, o bien una sujeción, correlativa a una competencia estatuida por una norma de esta índole.

El nexo de implicación necesaria entre las normas y las posiciones de derecho fundamental adquiere un valor crucial desde la perspectiva de esta investigación. Cuando los juristas debaten acerca de los derechos fundamentales en teoría o en la práctica, plantean muy a menudo las discusiones en términos de posiciones de derecho fundamental. Es usual que los jueces en las cuestiones de inconstitucionalidad, o los demandantes en los recursos de amparo, aleguen la existencia de un derecho fundamental a que cierta acción sea acometida u omitida por el Estado y que el Tribunal Constitucional se exprese en sus sentencias de la misma manera<sup>19</sup>. Sin embargo, en estos casos también puede plantearse el problema en términos de normas de derecho fundamental. La pregunta que en estas situaciones puede proponerse de modo equivalente es si cierta norma de derecho fundamental tiene validez a partir de las disposiciones de la Constitución. Siempre que se alega la existencia de una posición iusfundamental, se alega también implícitamente la validez de la norma que la establece.

---

*hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción":* cit., p. 121.

19 Por citar solo un ejemplo, cfr. la famosa frase acuñada por el Tribunal Constitucional en la STC 105/1990, F. J. 8º, y repetida en varias sentencias posteriores: "*la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto*". El Tribunal Constitucional expresa por medio de este enunciado que la posición iusfundamental "*derecho al insulto*" no está garantizada por la Constitución.

El nexo de implicación entre las normas y las posiciones iusfundamentales puede comprenderse mejor mediante un ejemplo. En la STC 11/1981 se declaró inconstitucional el apartado 7 del art. 6 del Real Decreto-Ley 17/77, por violar el derecho de huelga. Este apartado establecía literalmente lo siguiente: en caso de huelga, *“corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar [...] [los] servicios [...] necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”*, servicios que hubiesen sido estipulados como tales por el comité de huelga. A juicio del Tribunal Constitucional, el ejercicio unilateral de esta potestad por parte del empresario privaba *“a los trabajadores designados de un derecho [...] de carácter fundamental”*<sup>20</sup>, vinculado interpretativamente al derecho de huelga del art. 28.2 CE<sup>21</sup>. De esta manera, el Tribunal Constitucional reconoció que los trabajadores son titulares de un derecho fundamental en sentido estricto a no ser designados unilateralmente por el empresario para prestar los servicios necesarios durante la huelga. Por efecto del nexo de implicación necesaria entre las posiciones y las normas, el reconocimiento de la existencia de esta posición iusfundamental implica asimismo la validez de una norma de derecho fundamental, vinculada interpretativamente al art. 28.2 CE<sup>22</sup>. Esta norma de derecho fundamental *prohíbe* al empresario la designación unilateral de dichos trabajadores en los casos de huelga y *prohíbe* asimismo al Legislador atribuir al empresario dicha potestad.

---

20 El Tribunal se refiere en concreto al derecho individual de cada trabajador a declararse o no en huelga.

21 La sentencia atribuye esta facultad, en consecuencia, al comité de huelga: *“La adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza”*: STC 11/1981, F. J. 20°.

22 Recordemos que su texto establece: *“Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”*.

A esta última norma, la prohibición dirigida al Legislador, corresponde una posición de derecho fundamental que reviste la siguiente estructura:

Sujeto activo: los trabajadores

Sujeto pasivo: el Legislador

Objeto: una omisión (no atribuir al empresario la potestad de designar unilateralmente a los trabajadores que deben prestar los servicios necesarios durante la huelga)

En esta relación jurídica, el Legislador tiene el deber iusfundamental de no atribuir al empresario la competencia para designar unilateralmente a los trabajadores que deben prestar los servicios necesarios durante la huelga. Por su parte, los trabajadores tienen el derecho fundamental a que el Legislador omita esta atribución.

Este nexo de implicación entre las normas y las posiciones de derecho fundamental, observado en el ejemplo, puede generalizarse. De este modo, siempre que se indaga si un derecho fundamental en sentido estricto está garantizado por la Constitución, implícitamente se plantea el problema de si la norma de derecho fundamental que lo establece es válida a partir de las disposiciones constitucionales. A la vez, al hilo de esta generalización se advierte que las normas iusfundamentales son el elemento clave de la estructura del derecho fundamental en sentido amplio. Como hemos visto, dichas normas prescriben el "deber ser" que conforma el contenido normativo de las disposiciones iusfundamentales y establecen las posiciones que la Constitución garantiza. Esta conclusión, sumada a razones de claridad conceptual, aconseja emprender el análisis acerca de la función del principio de proporcionalidad sobre la base de las normas de derecho fundamental y del problema de su validez.

## II. LA ESTRUCTURA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Definición

Las normas de derecho fundamental desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. Desde el punto de vista formal, la respuesta a este interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y de procedimiento prescritas por la Constitución –p. ej., si una ley relativa al “desarrollo” de un derecho fundamental ha sido expedida con las formalidades propias de la ley orgánica (art. 81.1 CE)– y, en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene.

Aquí nos centraremos únicamente en el plano material de este control de constitucionalidad. En términos generales puede afirmarse que toda ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene, si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la disposición que tipifica el derecho<sup>23</sup>. La incompatibilidad entre el contenido de la ley y el

---

23 La vulneración de un derecho fundamental es un caso específico de inconstitucionalidad de la ley. La idea de que la inconstitucionalidad de la ley se produce cuando su contenido es incompatible con el de la Constitución fue expuesta por KELSEN en su etapa clásica. Según KELSEN, la ley es inconstitucional por razones materiales, cuando su contenido “*contradice el contenido de los principios o directivas establecidos por la Constitución, es decir cuando transpasa los límites allí impuestos*”: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en *Id. Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, p. 116 (hemos traducido esta cita de una manera un poco distinta a la traducción publicada en castellano para ajustarla más al texto original: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit”, en *VVDStRL*, n.º 5, 1929, p. 37). Cfr. sobre este concepto de inconstitucionalidad en la doctrina de KELSEN anterior a este escrito paradigmático, “Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen

des Staates", en *ARWP*, vol. 17, n.º 4, 1923, p. 407. No obstante, es pertinente aclarar que la concepción de KELSEN acerca de los conflictos normativos –de los cuales la inconstitucionalidad es una especie–, basada en la idea de incompatibilidad o de "contradicción", fue modificándose a lo largo del tiempo. Así, (1) KELSEN opinaba en 1913 que dos normas jurídicas eran susceptibles de entrar en contradicción y que cuando esta situación se presentaba, una de las dos normas en conflicto no podía ser considerada como una norma jurídica: "*De dos normas contradictorias entre sí, que pretenden simultáneamente ser válidas, sin que una sea capaz de derogar a la otra, sólo una puede ser reconocida como norma jurídica*": "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", en *AöR*, n.º 31, 1913, p. 200. Sobre esta primera concepción de KELSEN relativa a los conflictos normativos, cfr. S. PAULSON. "Kelsen's early work on material and formal unity", en AA. VV. (A. AARNIO et al., eds.). *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik*, Juristförlaget, Lund, 1997, p. 333. (2) Posteriormente, en la 1.ª ed. de la *Teoría pura del derecho*, KELSEN señaló que la inconstitucionalidad de la ley no es de ningún modo una "contradicción lógica entre la ley y la Constitución", sino "una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la supresión de la ley –hasta entonces válida y por consiguiente constitucional–, ya sea a sancionar a un determinado órgano": *Teoría pura del derecho*, 1.ª ed., cit., p. 157 (también aquí hemos variado algunas palabras de la traducción publicada en castellano, para incluir una cita más fidedigna al original: *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed., Scientia Verlag Aalen, Viena, 1994, p. 86). (3) En la 2.ª ed. de la *Teoría pura del derecho*, KELSEN defendió en cambio la tesis fuerte, según la cual el concepto de "contradicción lógica" no es aplicable a los conflictos normativos, porque las normas no pueden ser catalogadas ni como falsas ni como verdaderas. Sin embargo, de acuerdo con el KELSEN de esta época, el concepto de "contradicción" sí es aplicable a estos conflictos de manera indirecta. Cfr. *Teoría pura del derecho*, trad. de la 2.ª ed., cit., pp. 273 y ss., sobre todo 277 y ss. Esta aplicación indirecta se fundamenta en la tesis kelseniana de la equivalencia entre norma jurídica (*Rechtsnorm*) y enunciado jurídico (*Rechtssatz*). Conforme a esta tesis, "un enunciado jurídico correspondiente a una norma jurídica dada es verdadero, si –y sólo si– esa norma es válida" (sobre la reconstrucción de esta equivalencia, cfr. S. PAULSON. "Zum Problem der Normenkonflikte", en *ARSP*, vol. 66, 1980, p. 494). (4) Por último, KELSEN rechazó expresamente esta tesis fuerte en su fase escéptica; entonces sostuvo: "[E]ntre la verdad de un enunciado y la validez de una norma no existe ningún tipo de paralelismo o analogía [...]. Si existiera una analogía o un paralelismo [...] el principio de exclusión de las contradicciones que encuentra aplicación cuando dos enunciados están en conflicto, debería aplicarse también, o por lo menos por analogía, cuando dos normas están en conflicto. De esta manera, así como de dos enunciados en conflicto sólo uno puede ser verdadero, y por tanto el otro debe ser falso, de dos normas en conflicto debería valer sólo una y la otra debería ser inválida; pero este no es el caso": "Die Grundlage des Naturrechts", en *ÖZöR*, n.º 13, 1963, p. 2. Sobre esta última concepción kelseniana de los conflictos normativos, cfr. PAULSON. "Zum Problem der Normenkonflikte", cit., pp. 496 y ss., y sobre todo, B. CELANO. *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Giappichelli, Torino, 1998, todo el capítulo v, pp. 232 y ss.

contenido del derecho fundamental puede ser definida a su vez como una especie de conflicto entre normas jurídicas. De este modo parece ofrecerse tan solo una definición circular, porque el concepto de "conflicto" no significa en este contexto nada distinto a la noción de "incompatibilidad". Sin embargo, esta definición no resulta de ningún modo inane, porque aclara que los conflictos entre la ley y los derechos son conflictos entre normas jurídicas, o más específicamente, conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas establecidas por las disposiciones legales. Un conflicto de esta índole se presenta cuando una norma de derecho fundamental y una norma legal no pueden ser cumplidas simultáneamente, porque el deber jurídico que prescribe una de ellas es incompatible con el deber jurídico prescrito por la otra. Por esta razón, si se obedece una de las normas, se vulnera necesariamente la norma contraria<sup>24</sup>. Este supuesto se presenta, por ejemplo, cuando una norma de derecho fundamental prohíbe un determinado comportamiento cuya realización está ordenada por una norma legal<sup>25</sup>;

---

24 Cfr. T. ZOGLAUER. *Normenkonflikte. Zur Logik und Rationalität ethischen Argumentierens*, Frommann Holzboog, Stuttgart, 1998, p. 99; O. WEINBERGER. *Rechtslogik*, 2.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1989, p. 235. También sobre los conflictos normativos, C. E. ALCHOURRÓN. "Los conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en ID. y E. BULYGIN. *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 291 y ss.

25 En este caso, la norma de derecho fundamental establece la prohibición de un comportamiento ( $Fq$ ), mientras que la norma legal ordena su realización ( $Oq$ ). Dado que la prohibición de un comportamiento es idéntica al mandato de no llevarlo a cabo ( $Fq = O\emptyset q$ ), aparece clara la contradicción deóntica entre dos normas que a la vez ordenan respectivamente la realización y la no realización de un comportamiento ( $Oq \wedge O\emptyset q$ ). Sobre el concepto de "contradicción deóntica" y sus diferencias con la contradicción entre enunciados no normativos, cfr. ZOGLAUER. *Normenkonflikte*, cit., p. 99; J.-R. SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 83 y ss. y pp. 93 y ss. (SIECKMANN habla exactamente de "contradicciones normativas"); y WEINBERGER. *Rechtslogik*, cit., pp. 236 y ss. (WEINBERGER utiliza las expresiones "incompatibilidad" o "inconsistencia" entre enunciados de deber ser). En lo sucesivo, cuando hagamos alusión al concepto de contradicción, debe entenderse que nos referimos siempre a contradicciones deónticas.

o cuando una norma de derecho fundamental permite un comportamiento que una norma legal ordena<sup>26</sup> o prohíbe<sup>27</sup>.

Los conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas legales deben solucionarse con la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal. Esta solución se deriva del principio de la supremacía de la Constitución y de la vinculación del Legislador a los derechos fundamentales (arts. 9.1 y 53.1 CE). Las normas de derecho fundamental están dotadas en el ordenamiento jurídico de una jerarquía superior a las normas legales y, por lo tanto, deben prevalecer en todo caso de conflicto.

## **2. La fundamentación interna y externa del control de constitucionalidad de las leyes que se lleva a cabo desde la perspectiva de los derechos fundamentales**

El control de constitucionalidad de las leyes es un tipo específico de discurso jurídico, cuyo resultado es una decisión jurisdiccional. Como toda decisión jurisdiccional, el fallo contenido en la sentencia de constitucionalidad debe ser fundamentado. Las decisiones de la jurisdicción no revisten únicamente el carácter de actos de autoridad, proferidos en ejercicio de poderes discrecionales similares a los del Legislador o la Administración, sino que se reconocen como el resultado de una fundamentación jurídica.

---

26 La contradicción deóntica se genera en este caso porque la permisón del comportamiento  $P(q)$ , prescrita por la norma de derecho fundamental, abarca tanto la permisón de realizarlo ( $Pq$ ) como la de no llevarlo a cabo ( $P\emptyset q$ ). Esta última parte de la permisón es incompatible con el mandato de realizar el comportamiento ( $Oq$ ) que prescribe la norma legal: ( $P\emptyset q \wedge Oq$ ).

27 La contradicción deóntica se genera en este caso porque la permisón del comportamiento  $P(q)$ , contenida en la norma de derecho fundamental, abarca tanto la permisón de no realizarlo ( $P\emptyset q$ ) como la de llevarlo a cabo ( $Pq$ ). Esta última parte de la permisón es incompatible con el prohibición de realizar el comportamiento ( $Fq$ ) que prescribe la norma legal: ( $Pq \wedge Fq$ ).