

Los límites para limitar derechos: el rol de la proporcionalidad

Limits to limitations on rights: the role of
proportionality

Ignacio Vazquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)09)

Comentario a
STC 81/2021, de 19 de abril
Tribunal Constitucional de España

Disponible en
<https://bit.ly/3DUazPT>

RESUMEN:

La Sentencia 81/2021 del Tribunal Constitucional español desestima un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor contra la decisión de un centro escolar de suspenderlo de la asistencia a clases. El análisis de esta sentencia permite revisar conceptos claves de la doctrina constitucional como el de ponderación, proporcionalidad y habitación legal suficiente para limitar derechos fundamentales. Asimismo, echa luz al debate sobre el decisionismo judicial y la importancia de contar con decisiones judiciales verdaderamente fundadas para legitimar la restricción de derechos fundamentales.

ABSTRACT

Judgment No. 81/2021 from the Spanish Constitutional Court dismissed an appeal against the decision of a scholar center to suspend a child due to bad behavior. The analysis of this judgment leads to revisiting some key concepts in constitutional doctrine such as weighing, proportionality or the need of legal basis for the measures limiting fundamental rights. As well, it sheds light on the debate of judicial decisionism and the importance of counting with well-founded judicial decisions to legitimize the restriction of fundamental rights. .

PALABRAS CLAVE: Derechos; límites; proporcionalidad; ponderación; decisionismo.

KEY WORDS: Rights; limits; proportionality; weighing; decisionism Court, Fundamental Rights, Protection measures.

¹ Abogado (UBA); Magíster en Derecho Constitucional (CEPC – UIMP); Profesor auxiliar en la Cátedra de Derecho de la Integración (UBA). Correo electrónico: vazquezignacio32@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7208-9145>

I. Introducción

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional español bajo análisis desestima un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor contra la resolución de la directora de un colegio público de Alicante y las resoluciones judiciales que la confirmaron. La resolución cuestionada dispuso excluir al alumno de la asistencia al centro educativo tras haber constatado la realización de ciertas conductas agresivas por parte del mismo, que pondrían en riesgo su propia integridad así como la de sus compañeros y profesores. Asimismo, dicha exclusión no contaba con un límite temporal preciso sino que quedaba supeditada al deber de los progenitores de brindar un diagnóstico médico del menor a las autoridades educativas, a fin de que estas determinen el tratamiento médico adecuado – mediante la Unidad de Salud Mental Infantil – para su reinserción progresiva al centro escolar.

La sentencia del Tribunal Constitucional (TC o Tribunal en adelante) permite indagar en los límites que impone el ordenamiento a la limitación o restricción de los derechos fundamentales. El foco del presente análisis, por tanto, estará puesto en el esquema argumental utilizado tanto por la mayoría del Tribunal para desestimar el recurso de amparo como por el voto particular, que presenta sólidos argumentos para considerar vulnerados los derechos de los recurrentes.

Para ello, se revisitan conceptos claves como proporcionalidad, ponderación y habilitación legal suficiente, vinculándolos con la teoría de los límites de los derechos fundamentales y su aplicación al caso bajo análisis.

II. Los límites de los derechos fundamentales: el razonamiento del Tribunal.

El pronunciamiento bajo análisis desestimó un recurso de amparo interpuesto por los padres de un menor contra la resolución de la directora de un colegio público de Alicante y las resoluciones judiciales que la confirmaron. La resolución cuestionada dispuso excluir al alumno de la asistencia al centro educativo tras haber constatado la realización de ciertas conductas agresivas por parte del mismo, que pondrían en riesgo su propia integridad así como la de sus compañeros y profesores. Asimismo, dicha exclusión no contaba con un límite temporal preciso sino que quedaba supeditada al deber de los progenitores de brindar un diagnóstico médico del menor a las autoridades educativas, a fin de que estas determinen el tratamiento médico adecuado – mediante la Unidad de Salud Mental Infantil – para su reinserción progresiva al centro escolar.

Los recurrentes alegan la vulneración del derecho a la educación del menor (art. 27 CE), a la igualdad (art. 14 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE). Todo ello, en función de las actuaciones del centro educativo frente a la conducta del menor, que se encuentran largamente detalladas en los antecedentes de la causa que describe el Tribunal en su pronunciamiento. El Tribunal desestima el recurso al considerar que las vulneraciones a los derechos fundamentales alegadas no se encontraban acreditadas.

Independientemente de la resolución desestimatoria del recurso, interesa detenerse en la argumentación que emplea el Tribunal, para analizarla a la luz de la teoría de los límites de los derechos fundamentales y la ponderación.

En primer lugar, cabe destacar que los aspectos más problemáticos del pronunciamiento

giran en torno al análisis de la vulneración del derecho a la educación del menor (por su exclusión del centro escolar) y de su integridad física y moral (por las técnicas de contención física que se le aplicaron para aplacar lo que el centro educativo consideraba como conductas peligrosas). Sin embargo, el Tribunal parece subestimar la afectación a la integridad física del menor y centra su atención, principalmente, en argumentar por qué el derecho a la educación del menor no fue vulnerado.

Sin decirlo en forma explícita, el Tribunal realiza un juicio de ponderación entre el derecho a la educación del menor y el derecho a la educación del resto de sus compañeros de clase. Así, el TC comienza afirmando que el derecho a la educación cuenta con una doble dimensión: el derecho a recibir educación en libertad y el deber prestacional de los poderes públicos de promover todas las condiciones necesarias para que esa libertad se haga efectiva. Y es precisamente esa faz prestacional la que, a juicio de los recurrentes, habría sido desatendida por el centro escolar al excluir al menor de la asistencia a clases.

Lo interesante en este punto es que el Tribunal introduce un elemento más que incardina su argumentación y que integra la evaluación de proporcionalidad de las medidas limitadoras del derecho a la educación del menor, *el interés superior del menor*. Este principio, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño ratificada por España², representa un *verdadero concepto jurídico indeterminado*, que puede adoptar un contenido u otro en función del caso concreto.

En efecto, tras unas consideraciones genéricas respecto al *interés superior del menor*, el Tribunal rápidamente subsume el caso bajo análisis en el de la restricción de derechos fundamentales de un alumno “con necesidades educativas especiales” y con “trastornos graves de conducta”, en los términos de la Ley Orgánica de Educación.³ Y acto seguido, en su Fundamento Jurídico 3 (en adelante, FJ) describe pormenorizadamente las razones por las cuales considera que no se ha lesionado el derecho a la educación del menor.

No es objeto del presente comentario detallar pormenorizadamente los argumentos que emplea el Tribunal, pero sí se hace necesario detenerse en el esquema de su argumentación. Como primera medida, el Tribunal se apoya (como es lógico) en los hechos acreditados por las constancias administrativas y judiciales previas, entre las cuales resultan determinantes una serie de informes de las autoridades escolares y el servicio de psicopedagogía escolar.⁴ Asimismo, en forma paralela, indica que el interés superior del menor en el caso concreto también presentaba un doble contenido: el de asegurar el respeto de su integridad física y psíquica y el de garantizar el progreso en su formación educativa.

El Tribunal describe entonces pormenorizadamente las acciones llevadas a cabo por el centro escolar para garantizar la escolaridad del menor y modificar sus problemas de conducta y llega a la conclusión de que el centro se vio imposibilitado de reconducir la situación con el menor en clase debido principalmente a dos factores: a) el desconoci-

2 Convención de los Derechos del Niño, artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

3 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; artículos 73 y 74.

4 En particular resulta relevante el informe del servicio psicopedagógico escolar A-1 de la Dirección Territorial de Alicante del 15 de febrero de 2017, que sirvió como fundamento de la resolución de la directora del Colegio Costa Blanca de Alicante del día 16 de febrero de 2017, por la que se excluyó al menor del centro educativo.

miento por parte del centro de la causa que motivaba los trastornos del menor, ya que los padres se negaron a brindar un diagnóstico médico; y b) el protocolo diseñado por el centro no dio los resultados esperados.⁵

Tras dicha conclusión, el Tribunal realiza un verdadero y pormenorizado juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el centro que identifica como siendo tres principales: I) exigir de los familiares un diagnóstico médico del menor; II) suspender al alumno de la asistencia al centro educativo, III) continuar brindado apoyo pedagógico a la familia para colaborar en la educación domiciliaria. Los argumentos que brinda el Tribunal pueden resultar más o menos convincentes pero, en líneas generales, puede decirse que son plausibles y que representan un juicio explícito de proporcionalidad bien construido.⁶ Así, el Tribunal concluye que las medidas adoptadas por el centro educativo respetaban íntegramente el *interés superior del menor en el caso concreto* y superaban “el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta un derecho fundamental sustantivo”.

Finalmente, el Tribunal desestima la vulneración de los otros derechos fundamentales alegada por el recurrente. De ellos quizás el más problemático resulta ser, como se dijo anteriormente, el derecho a la integridad física y moral. Ello así, puesto que si la medida de exclusión del centro educativo se encuentra justificada, no caben ya las alegaciones respecto a que representaba una medida discriminatoria o que los tribunales han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al desestimar sus recursos. Pero la alegada vulneración del artículo 15 de la Constitución aún es plausible en ese marco, ya que el recurrente apunta principalmente a las medidas de contención física que se aplicaron sobre el menor. Llamativamente, el Tribunal solo dedica un escueto párrafo al análisis de esta vulneración y la desestima sin más trámite.

Pero de ello me ocuparé al analizar posteriormente la necesaria habilitación legal para la restricción de los derechos fundamentales. Interesa seguidamente analizar sucintamente los razonamientos del voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, que pone el foco sobre un aspecto de la limitación de los derechos fundamentales que ha sido prácticamente ignorado por el voto de la mayoría. Esto es, la necesaria habilitación legal para limitar los derechos fundamentales.

III. El voto particular: la ausencia de habilitación legal suficiente.

Si bien el magistrado Xiol Ríos discrepa del juicio de proporcionalidad y de la aplicación del principio del interés superior del niño al caso concreto efectuado por la mayoría del Tribunal, centra su argumentación en la ausencia de habilitación legal de las medidas adoptadas por el centro educativo relativas a la suspensión de la asistencia del alumno a clases y la de someterlo a medidas de contención física.

Así, el magistrado afirma que las limitaciones de los derechos fundamentales en una sociedad democrática deben contar necesariamente con una previsión legal específica que determine con claridad los supuestos en que pueda efectuarse la limitación del de-

5 El protocolo consistía en una serie de medidas especiales como: reducir la duración de su jornada escolar, dedicar dos profesores que le atendieran de manera individual durante varias horas al día (un pedagogo y un logopeda), así como asegurar que cuando el menor estuviera con el resto de sus compañeros en el aula, hubiera siempre dos personas presentes.

6 Para mayor abundamiento se recomienda una lectura detenida del Fundamento Jurídico 3. Los argumentos más endebles parecieran ser aquellos relativos con la necesidad de que la familia brinde un diagnóstico médico y el hecho de supeditar la extensión o duración de la suspensión del menor a que la familia cumpla con dicha obligación impuesta por el centro educativo.

recho fundamental y las garantías sustantivas y procedimentales aplicables frente a tales decisiones (FJ 1). Y, siguiendo su razonamiento, la legislación estatal básica en materia educativa solo establece la posibilidad de suspensión del derecho a asistencia al centro educativo como una medida correctora frente a determinadas conductas de los alumnos calificadas como de *falta muy grave*.⁷

El problema radicaría, según el magistrado, en que no se han respetado las garantías sustantivas ni procedimentales para la adopción de la medida de exclusión del alumno del centro escolar, contenidas en el Decreto 39/2008 del Consell de Valencia, que desarrolla la previsión de la ley estatal básica.⁸ En particular, el Decreto solo prevé la medida de suspensión del derecho de asistencia al centro educativo en dos supuestos: a) como medida disciplinaria por la comisión de determinadas conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del centro (art. 43.3 a) y b) como medida cautelar a adoptar en el contexto de un expediente disciplinario incoado por la comisión de esas conductas (art. 49.2 d).

Ya sea como medida disciplinaria ante conductas graves o como medida cautelar en el marco de un expediente disciplinario, el Decreto 39/2008 establece determinadas garantías a observar para la adopción de la medida de suspensión de un alumno. Garantías tanto sustantivas como son la limitación temporal de la suspensión y la necesidad de garantizar la continuidad del proceso formativo, así como procedimentales, que deberían haberse respetado y no lo han sido. (FJ 2).

Así, y considerando que la medida de suspensión no ha respetado ninguna de las garantías mencionadas en su adopción, el magistrado considera que sería una *actuación administrativa atípica sin habilitación legal*.

Por otro lado, y en relación a la medida de contención física aplicada, el voto particular hace hincapié en la escasa atención que el Tribunal Constitucional otorga a evaluar una posible vulneración del derecho a la integridad física del menor. Con cita de la STC 17/2013, recuerda que toda medida de contención física debe estar sometida a reserva de ley que prevea con suficiente calidad y detalle los supuestos y garantías sustantivas y procesales en su aplicación (FJ 3). Tras determinar que no existe previsión legal (ni estatal ni autonómica) que prevea la adopción de estas medidas en los centros educativos, el magistrado concluye afirmando la vulneración de la integridad física del menor.

De lo expuesto resulta, tal como se ha mencionado, que los puntos controvertidos que suscita esta sentencia se relacionan con las exigencias de habilitación legal y proporcionalidad en la limitación de los derechos fundamentales. En el siguiente apartado se analizará el pronunciamiento poniendo el foco en estos aspectos y en relación a la teoría y jurisprudencia imperante en la materia.

IV. Los límites de los límites: habilitación legal y proporcionalidad.

1. La habilitación legal necesaria.

Resulta innegable que toda limitación a los derechos debe estar justificada por una

⁷ El magistrado se refiere aquí al artículo 124.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

⁸ Se refiere al Decreto 39/2008, de 4 de abril, del Consell, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios.

previa habilitación constitucional y ser respaldada por una norma con rango de ley. La exigencia de una previsión legal ha sido construida por la propia doctrina del Tribunal Constitucional producto de una interpretación sistemática de diversos artículos de la Constitución Española, pero es también una exigencia que surge del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁹

Aguar de Luque (1995: 15-24) ha descrito muy tempranamente las variadas y amplias posibilidades que tiene el legislador en el ordenamiento constitucional español para intervenir normativamente en el campo de los derechos fundamentales. Así, el autor distingue entre el legislador orgánico que viene llamado al desarrollo de los derechos y libertades (art. 81 CE) y el ordinario que regula su ejercicio (art. 53 CE), como también entre aquel que se encuentra específicamente habilitado para limitar derechos específicos en virtud de una reserva legal (como el caso del establecimiento de penas privativas de libertad) y la competencia general de todo legislador de limitar los derechos mediante la regulación de su ejercicio, respetando siempre su *contenido esencial*.

Ahora bien, siguiendo en el razonamiento a Aguar de Luque (1995: 31-33) lo cierto es que, muchas veces, las normas legales reguladoras de un derecho recurren a conceptos jurídicos indeterminados que otorgan al operador jurídico amplio margen de discrecionalidad. Y es allí, nos dice el autor, cuando hay que acudir a dos reglas generales de interpretación de los límites de los derechos: por un lado, recordar que la relación derechos fundamentales-límites se encuentra estructurada por la fuerza expansiva de los derechos, lo que supone una interpretación restrictiva de cualquier limitación que se les imponga. Por otro lado, que la necesidad de justificación constitucional de los límites cuando de su determinación legislativa se trata, se torna en necesidad de motivación de los actos aplicativos. Es decir que, si bien ciertas limitaciones pueden encontrar amparo constitucional y legal, los actos aplicativos de las mismas deben estar justificados y es allí donde tendrá gran valor un correcto juicio de proporcionalidad como se explicará seguidamente.

El problema, como bien indica Prieto Sanchis (1990: 87), es que la indeterminación del Derecho se extiende también a los derechos, ya que el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental, o sus modalidades específicas de ejercicio, no siempre se muestran con suficiente nitidez. Como es evidente, dicha indeterminación puede incluso extenderse a las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales, y allí radica precisamente el problema a la hora de determinar la existencia o inexistencia de un presupuesto legal habilitante de las restricciones a derechos fundamentales.

Un ejemplo interesante para ilustrar esta problemática nos los brinda Alonso Timón (2020: 5-8) al referirse a dos pronunciamientos contradictorios adoptados recientemente por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid y el TSJ de Castilla y León, respectivamente. Ambos tribunales debieron analizar si las decisiones adoptadas por órganos administrativos autonómicos, en ejecución de una Orden del Ministerio Sanidad para hacer frente a la pandemia del Covid-19, contaban con la suficiente base legal. Dichas actua-

⁹ El Convenio utiliza una fórmula habitual al regular el ejercicio de diversos derechos fundamentales al indicar que los mismos no pueden ser objeto de mayores restricciones que las que previstas por ley resulten "necesarias en una sociedad democrática para la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás." En sentido similar se expresa el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ciones administrativas disponían, entre otras cosas, medidas de confinamiento, motivo por el cual se hacía necesario evaluar si contaban con habilitación legal suficiente para la restricción de un derecho fundamental como la libertad de circulación.

El TSJ de Madrid determinó en su pronunciamiento que la medida autonómica carecía de habilitación legal suficiente ya que la Comunidad de Madrid había invocado como cobertura legal de su medida el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. La norma contenía referencias genéricas a la forma de declaración de actuaciones coordinadas en materia de salud pública entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) pero en modo alguno permitía identificar la *imprescindible habilitación legal limitativa de derechos fundamentales*.¹⁰

Por el contrario, el TSJ de Castilla y León declaró que las medidas restrictivas de la libertad de circulación sí contaban con habilitación legal suficiente, radicándose la misma en el artículo 3 de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.¹¹ Si se observa detenidamente el articulado de dicha ley, puede concluirse que la habilitación es muy amplia y podría decirse hasta en cierto punto forzada por el TSJ de Castilla y León. Pero lo central aquí es graficar como incluso las habilitaciones legales que permiten a las autoridades administrativas limitar derechos fundamentales pueden ser laxas e imprecisas. Es, como se dijo, otro producto de la indeterminación del Derecho.

Ante estas dificultades entonces cabe preguntarse cómo se determina si estamos en presencia de una habilitación legal suficiente. Nuevamente, creo que aquí lo determinante es centrarse en el razonamiento que empleen los tribunales en cada caso concreto así como en la norma invocada como cobertura legal a las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Asimismo, considero necesario evaluar el requisito de habilitación legal suficiente junto al de proporcionalidad, como dos elementos que permiten alcanzar un resultado respecto a la *justificación y legitimidad* de la medida.

Si se evalúan las medidas adoptadas por el centro educativo en el caso bajo análisis a la luz de lo expuesto, se podría llegar a dos conclusiones diversas en cuanto a la presencia de habilitación legal suficiente.

Así, cabría considerar que la medida de suspensión del alumno del centro educativo (considerando todos los elementos de la causa) ha sido tomada con la necesaria base legal por el centro educativo. Y ello no solo porque la equiparación de “medidas correctoras” con “medidas disciplinarias” que realiza el recurrente resulta un tanto forzada, lo cual no impediría que se adopte la medida de suspensión en otros supuestos y siguiendo otros procedimientos que los dispuestos por el Decreto 39/2008, sino también por la riqueza y debida fundamentación del juicio de proporcionalidad que ha realizado el Tribunal Constitucional. Es decir, en el caso bajo análisis, el Tribunal Constitucional realiza un esfuerzo por demostrar la proporcionalidad de la medida y su necesidad, lo cual debería flexibilizar (no eliminar) el requisito de habilitación legal suficiente.

¹⁰ Ver Auto 128/2020, de la Sección 8.ª del TSJ de Madrid.

¹¹ El artículo 3 de la Ley 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública dispone lo siguiente: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.”

Sin embargo, respecto a las medidas de contención física aplicadas si podría reforzarse el reproche de una falta de habilitación suficiente, sobre todo porque se trataba de medidas prolongadas en el tiempo que se utilizaban como parte de las medidas que adoptaba el centro para lidiar con el problema, y hubiesen requerido una mayor justificación. En el caso concreto, la falta de análisis del Tribunal de la proporcionalidad de la medida, la ausencia de la exposición de su razonamiento, torna aún más problemática la ausencia de una verdadera habilitación legal suficiente para la adopción de la medida.

Claro que este abordaje del problema es una mera conjetura que cabría desarrollar en trabajos posteriores, pero valga presentarla ahora como una mera hipótesis. En cualquier modo, los problemas de la indeterminación del Derecho se encuentran siempre presentes a la hora de evaluar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales.

En el siguiente punto analizaré el examen de proporcionalidad y juicio de ponderación que realiza el Tribunal Constitucional, repasando algunos conceptos claves de la doctrina sobre esta antigua pero no menos problemática materia.

2. La ponderación y el juicio de proporcionalidad.

El debate en torno a la justificación de la limitación de derechos fundamentales es uno de aquellos de larga data que siempre ocasiona problemas. Asumiendo que los derechos fundamentales no son absolutos puede afirmarse, tal como ha sostenido el Tribunal en su temprana STC 2/1982, que todo derecho fundamental tiene sus límites, que impone la Constitución en forma directa a veces y en otras, esa limitación se deriva en forma mediata o indirecta de la Constitución. Ello así, en tanto las limitaciones de los derechos fundamentales encuentran su justificación en la protección de otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos.

Toda ley limitadora de derechos fundamentales o cualquier medida que se adopte en base a dicha legislación debe, por tanto, justificar esa lesión que produce en algún derecho o bien constitucional. Y ello se realiza mediante un juicio de razonabilidad o *proporcionalidad*, que supone una *ponderación* entre dos principios en conflicto, aquel que resulta afectado por la medida limitadora y el otro que sirve de justificación a la misma. Ahora bien, como el peso o importancia de los principios no puede ser establecido en abstracto, la ponderación deberá efectuarse mediante un juicio de proporcionalidad que permita determinar *en cada caso concreto* si la medida se encuentra justificada o no.

Como bien indica Prieto Sanchís (1990: 82-85) la ponderación es una operación racional cuyo resultado no viene impuesto por los preceptos constitucionales. Es decir, una operación racional sin "red normativa", que se realiza a partir de valoraciones sobre las que no necesariamente existe un acuerdo intersubjetivo. Así, evidentemente, el resultado de la ponderación dependerá de la importancia que el individuo que pondera concede a los respectivos bienes en conflicto así como a su propia cuantificación o ponderación de los costos y beneficios en cada caso concreto.

Para entender la complejidad de la ponderación cabe acudir a las enseñanzas del maestro Atienza (2010: 43-59) quien nos recuerda que la teoría más acreditada y difundida de la ponderación es aquella elaborada por Robert Alexy. Con las críticas que le quepan y con alguna que otra variación que se la ha introducido, el esquema de ponderación de

Alexy es el que han utilizado la mayoría de altos tribunales latinoamericanos y es la que se vislumbra en el razonamiento del propio Tribunal Constitucional español.¹²

Sin ánimo de teorizar sobre ponderación y proporcionalidad y con las limitaciones de extensión propias de esta obra, considero necesario revisar esquemáticamente la estructura de razonamiento que propone Alexy a la hora de efectuar la ponderación.¹³ Alexy parte de considerar a los derechos como principios y a dichos principios como mandatos de optimización. Partiendo de esa concepción, Alexy entiende que cuando existe un conflicto entre principios el mismo debe resolverse mediante un *test de proporcionalidad* que se compone de tres subniveles o subprincipios: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación*.

La *idoneidad o juicio de adecuación* supone evaluar si la restricción o limitación que sufre el derecho resulta adecuada para satisfacer el fin perseguido por la medida limitadora mientras que la *necesidad o juicio de indispensabilidad* supone comprobar que la medida efectivamente adoptada ha sido la menos lesiva para los derechos afectados de todas aquellas idóneas para la consecución del fin.¹⁴

Es decir que, bajo este esquema, la ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto sería la última etapa o nivel de un más amplio *test de proporcionalidad*. Siguiendo a Alexy, existen tres elementos que estructuran la ponderación: a) la ley de ponderación; b) fórmula del peso; c) carga de la argumentación.

La ley de ponderación se resume en una regla que nos dice que “cuanto mayor es el sacrificio o afectación de un derecho, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro” (entendiendo por otro el no sacrificado o lesionado). La fórmula del peso consiste en una fórmula matemática que tiene en cuenta determinadas variables para llegar básicamente a una determinación: el grado de afectación y satisfacción de los principios o derechos involucrados¹⁵. Así, Alexy habla de una afectación o satisfacción leve, media o intensa de los principios involucrados. En función de ello se establecerá el peso o valor que tenga cada principio en el caso concreto y de ese modo se determinará si la medida restrictiva se encuentra justificada o no. Finalmente, la carga de argumentación hace referencia justamente a la calidad de los argumentos y el razonamiento empleado para justificar toda limitación de derechos.

Claro que, previo a todo ello, se debe determinar si existe una contradicción entre principios o derechos en un caso concreto y, en segundo lugar, determinar cuáles son los derechos involucrados. Ello le ha valido a la ponderación críticas por su falta de racionalidad y su excesiva discrecionalidad, y reconocidos juristas como García Amado (2006: 120-163) han afirmado que la ponderación es una cuestión ideológica ya que se trata de una valoración, y no pueden existir criterios objetivos de valoración.

12 Cabe destacar que el Tribunal Constitucional español no cita nunca doctrina. Sin embargo, el modelo teórico de Alexy se ajusta bastante bien al esquema de razonamiento del Tribunal. Dicho esto cabe aclarar que, como toda teoría, no se condice en modo perfecto con la práctica.

13 La explicación sobre el esquema de ponderación de Alexy es tomada enteramente de Atienza (2010: 43-59) a quien aconsejo remitirse para un análisis más exhaustivo de su teoría.

14 Para un análisis de la recepción temprana del juicio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional véase Perello Domenech (1997: 69-75).

15 Las variables a tener en cuenta según Alexy son: a) grado de afectación de los principios, b) peso abstracto de los principios, c) seguridad de las apreciaciones empíricas (la certeza en los hechos). No es objeto del presente desarrollar estos conceptos no solo por extensión, sino porque, además, en la práctica, ningún tribunal razona así y no sería conveniente tampoco que una teoría del tipo vaya más allá del ser una mera guía en la toma de decisiones.

Este conflicto nos sitúa en el viejo problema del *decisionismo judicial*. Al respecto mucho se ha dicho y se han propuesto diversas soluciones. Así, se ha sugerido que el fundamento del juicio de proporcionalidad radica en la propia juridicidad de los derechos fundamentales y en el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales que exige el artículo 53.1 CE. De este modo, toda injerencia en los derechos fundamentales que afecte su contenido esencial resultaría desproporcionada (Chano Regaña, 2020:147). Por otro lado, también se ha exigido que los jueces expliquen con nitidez como aplican el esquema de ponderación de Alexy en sus resoluciones o, al menos, que expliquen claramente cuál es la doctrina, método o criterio racional que emplean para justificar sus decisiones. (Belloso Martín, 2016:511).

Considero que estos criterios son poco útiles y solo aquí los menciono como ejemplos de lo complejo que es el debate en torno a la ponderación. En primer lugar, porque decir que las medidas serán desproporcionadas cuando se afecte el *contenido esencial* de los derechos suena razonable, pero poco soluciona en cuanto al problema del decisionismo judicial. En efecto, el contenido esencial de los derechos es otro concepto jurídico indeterminado cuyos contornos también son *moldeables* al caso concreto.

Por otro lado, tampoco creo que sea una solución correcta imponer un esquema de razonamiento concreto a las decisiones judiciales de ponderación (como el de Alexy) o exigir que nuestros jueces racionalicen al extremo sus decisiones a modo de fórmulas matemáticas. Por el contrario, creo que ello solo acarrearía mayores problemas ya que las decisiones se volverían menos inteligibles y bajo la apariencia del más pulcro objetivismo se daría rienda suelta al más amplio decisionismo.

Más bien la solución pasa por exigir decisiones fundadas donde se vislumbre el ejercicio de una verdadera *ponderación*. Es decir, donde se sopesen costos y beneficios de la restricción o limitación de unos derechos en detrimento de otros sin importar tanto la fórmula o metodología aplicada. Lo central, a mi juicio, es que el razonamiento empleado por los tribunales sea claro y argumentado, con un lenguaje accesible.

Un aporte interesante en esa línea lo hace Borowski (2021: 305-306) quien sugiere que para aquellos casos difíciles en que existen fuertes desacuerdos en torno a cuál debiera ser el resultado de la ponderación, la misma debería ser sometida a procesos deliberativos en varios niveles si se desea ofrecer justificaciones más detalladas (audiencias públicas, academia, autoridades administrativas, etc.), por supuesto recayendo la decisión final siempre en los tribunales. Y, finalmente, conferir un mayor margen de discrecionalidad o "tolerancia" frente a las medidas restrictivas de derechos que adopten las autoridades administrativas en aquellos supuestos que supongan o planteen estos "casos difíciles".

Finalmente, y para volver sobre el caso bajo análisis, podría concluirse que el Tribunal Constitucional efectúa un adecuado juicio de proporcionalidad en relación a la medida de suspensión del alumno del centro educativo. Ello así, en tanto ha valorado los diversos antecedentes de la causa y ha justificado la necesidad de la medida en el caso concreto. Esto, a su vez, permite aceptar con mayor deferencia o flexibilidad la base o habilitación legal invocada por la autoridad limitadora de los derechos.

No podría sostenerse lo mismo, sin embargo, con respecto a la consideración que realiza

en torno a la vulneración de la integridad física y moral del menor. Es que en su pronunciamiento no puede vislumbrarse su razonamiento, el sopesamiento de costos y beneficios (que seguramente el Tribunal ha efectuado) no se deja ver en la sentencia. Y ello, por lo que ya fue expuesto, resulta desaconsejable en tanto no hace más que aumentar las críticas dirigidas al decisionismo judicial y la ineficacia de la ponderación como método para evaluar la justificación de toda limitación a los derechos fundamentales.

V. Conclusiones

La Sentencia 81/2021 del Tribunal Constitucional resulta un gran disparador para analizar las bondades y defectos de la ponderación como mecanismo para evaluar la justificación o corrección de las medidas limitadoras de derechos fundamentales.

Si bien la exclusión de un menor de edad del centro educativo a la temprana edad de cuatro años representa una gran limitación de su derecho a la educación protegido constitucionalmente, dicha restricción pareciera estar justificada en el contexto bajo análisis, teniendo en cuenta tanto los antecedentes de la conducta del menor así como el accionar del propio centro educativo.

Por el contrario, y en línea con el voto particular, las medidas de contención físicas aplicadas sobre el menor parecieran resultar desproporcionadas con el fin de garantizar el derecho a la educación del resto de los alumnos y la integridad personal de toda la comunidad educativa.

Sin perjuicio de la resolución de fondo del recurso que ha resultado desestimatoria, el análisis del pronunciamiento permite poner el foco sobre el esquema argumental que emplea el Tribunal para resolver un caso que a todas luces puede catalogarse como *caso difícil*. Ello así en tanto cualquiera de las soluciones posibles (excluir al menor del centro escolar o permitir que continuara asistiendo a clases con sus compañeros) implicaría, en el caso concreto, una fuerte restricción a los derechos fundamentales ya sea del menor o del resto de la comunidad educativa.

Este tipo de casos permite reflexionar sobre la importancia de contar con decisiones judiciales fundadas donde, sin necesidad de acudir a fórmulas matemáticas aparentemente mágicas, se pueda ver el *iter* del razonamiento judicial, el proceso interno por el cual se arriba a la decisión. Cuanto más se expliciten las valoraciones de los operadores jurídicos, cuanto más transparentes sean sus decisiones, mayores herramientas existirán para evaluar si las medidas restrictivas de derechos fundamentales han sido evaluadas de una forma coherente, lógica y razonada.

El caso bajo análisis conduce al problema de la legitimidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, pero acarrea también el debate sobre la legitimidad de la propia institución judicial y sus decisiones. Para abordar este asunto complejo debería comenzarse por evitar pensar a los operadores jurídicos como autómatas que pueden someterse a procedimientos objetivos preestablecidos, sin incorporarse en ellos con una mochila de preconceptos, valores e inclinaciones ideológicas. Se trata, en suma, de procurar decisiones razonadas y razonables que legitimen las medidas restrictivas de derechos frente a quienes, producto del carácter relativo de los derechos, se verán indefectiblemente afectados.

Referencias bibliográficas

- Aguiar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34.
- Alonso Timón, Antonio J. (2020). La revisión judicial de las medidas limitativas en el marco de la Covid-19. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-11. Disponible en <https://doi.org/10.14422/icade.i110.y2020.002>
- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.
- Belloso Martín, N. (2016). La interpretación de los derechos fundamentales: algunas reflexiones sobre la teoría de la ponderación y el principio de proporcionalidad en la obra de R. Alexy. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2 (17), 487-514.
- Borowski, M. (2021). Derechos absolutos y proporcionalidad. Universidad del Externado. *Revista Derecho del Estado*, 48, 297-339.
- Chano Regaña, L. (2020). La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes a la proporcionalidad. Universidad de Extremadura. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 36, 125-163.
- García Amado, J. A. (2006). El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia. En R. Sanín Restrepo (Ed.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado* (pp. 120-163). Bogotá: Legis.
- Perello Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, 28, 69-75.
- Prieto Sanchís, L. (1990). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Pensamiento Constitucional*, 8 (8), 61-102.