

EL MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR Y
EL CONTROL DEL ERROR MANIFIESTO. ALGUNAS
CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA
DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS Y DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN*

THE MARGIN OF APPRECIATION OF THE LEGISLATURE AND JUDICIAL
REVIEW OF SELF-EVIDENT WRONG. SOME CONSIDERATIONS OF
JURISPRUDENCE FRENCH CONSTITUTIONAL COUNCIL
AND GERMAN CONSTITUTIONAL COURT

MARCELA PEREDO ROJAS**

Universidad de los Andes - Chile

mperedo@uandes.cl

RESUMEN: El artículo analiza el margen de apreciación del legislador y el control judicial del error manifiesto como técnica que modula la intensidad del control de constitucionalidad de la ley. Se considera el origen de la técnica y sus fundamentos constitucionales. Asimismo, se revisa su aplicación en la jurisprudencia constitucional francesa y alemana.

ABSTRACT: This article analyze the margin of appreciation of the legislature and judicial review of self-evident wrong as a technique that modulates the intensity of the constitutionality control of the law. Be considered the origin of the technique and its constitutional foundations. Also, review your application in French and German constitutional jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Margen de Apreciación, Control Judicial, Error Manifiesto.

KEY WORDS: Margin of Appreciation, Judicial Review, Self-evident Wrong.

* La autora agradece a los profesores Rainer Arnold y Pierre Bon por su invaluable ayuda en la preparación de este trabajo. Ambos colaboraron con valiosa información del sistema constitucional alemán y francés, respectivamente. Este artículo es parte del proyecto FONDECYT N° 1120634 cuyo investigador responsable es don José Ignacio Martínez Estay. Agradece, asimismo, a él por invitarla a trabajar en esta investigación como becaria doctoral y a FONDECYT, que hizo posible la venida de los profesores Arnold y Bon en el marco del referido proyecto. **Trabajo recibido el 12 de marzo y aprobado el 10 de julio de 2013.**

** Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca; Magíster en Derecho Público mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumna regular del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes.

I. INTRODUCCIÓN

El margen de apreciación del legislador dice relación con su función de creación normativa y libre configuración conforme a la Constitución y al Derecho. Este concepto tiene su origen en el derecho administrativo francés y alemán, y surge a partir de la jurisprudencia y la doctrina. El margen y el control representan dos caras de una misma moneda, que se concretan en dos sistemas constitucionales de diferente manera: conforme a la proporcionalidad en el caso alemán, y como una técnica que puede funcionar en conjunto al principio de proporcionalidad, o autónomamente como manifestación de un control mínimo del poder, en el caso francés. En ambos casos la consecuencia es la declaración de inconstitucionalidad.

En este trabajo se pretende ilustrar sobre el efecto del margen de apreciación del legislador en la intensidad del control de constitucionalidad de la ley, desde la óptica de la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* francés y el Tribunal Constitucional Federal alemán. Por ende, no nos referiremos al margen de apreciación en las Cortes Internacionales de Derechos Humanos en relación con el derecho interno de los Estados y tampoco abordaremos la problemática del margen de apreciación en el derecho constitucional chileno.¹

Por lo tanto, desde la jurisdicción constitucional francesa y alemana, este artículo revisará la relación existente entre el principio de proporcionalidad y el principio de ponderación. Esta relación podría implicar una balanza que permitiría anular un derecho por otro, siendo el juez constitucional quien decide, abandonando la deferencia inicial que constituye un efecto propio del margen de apreciación.

Así, el artículo se dividirá en cuatro apartados. Uno general sobre Constitución y margen de apreciación de los poderes públicos. El segundo, sobre el origen del principio en el derecho administrativo francés y la teoría del margen de apre-

¹ Por todos GARCÍA (2010), *passim*. y CACADO (2006), *passim*. han tratado expresamente el problema del margen de apreciación en las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. En Chile, el problema del margen de apreciación se ha tratado en perspectiva a la relación entre las Cortes Internacionales de Derechos Humanos y el derecho interno. Por todos, véase NÚÑEZ (2012), *passim*., FUENTES (2002), pp. 241 y ss. Desde la perspectiva de la interpretación constitucional y deferencia razonada en el derecho interno ha sido tratado por NOGUEIRA (2006), pp. 437 y ss., PEÑA (2006), *passim*. ZAPATA (2008), pp. 225 y ss., ZÚÑIGA (2007), p. 357, entre otros. Asimismo, en materia de principio de proporcionalidad en Chile existen valiosos trabajos de GALDÁMEZ (2012), pp. 209 y ss. COVARRUBIAS (2012), *passim*., ZÚÑIGA (2010), *passim*, entre otros. Sin embargo, este trabajo aborda la intensidad del control de constitucionalidad en la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* francés y el Tribunal Constitucional Federal alemán. En consecuencia, la regla general será tratar los tópicos de esta materia esencialmente en razón al derecho comparado de estos países.

ciación en el derecho administrativo alemán. En la tercera parte se estudiarán los fundamentos de su aplicación en el derecho constitucional. Finalmente, en la cuarta parte se revisará el margen de apreciación en el sistema constitucional francés y alemán a la luz de la jurisprudencia del Consejo Constitucional y del Tribunal Constitucional Federal, respectivamente.

II. CONSTITUCIÓN Y MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS COMO CONCEPTO COMÚN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

A. Constitución y margen de apreciación

El concepto de Constitución reconoce distintas acepciones, como realidad jurídico-formal, realidad político-organizativa, etc.²

En este trabajo se parte de la noción de la Constitución como límite al poder.

Se vincula la Constitución con el margen de apreciación porque éste es el espacio de discrecionalidad o libertad de configuración conferida por la Constitución a los órganos del Estado.

La Constitución crea los diversos órganos que componen el Estado y les atribuye competencias en el marco del principio de separación de poderes, el que implica control de los poderes públicos y prohibición de exceso de poder.

En el principio de separación de poderes se trata de dos prismas de la misma idea. Por una parte, como expresión de conferir poder al servicio del bien común, y por otra, limitar ese poder para la protección de los derechos de las personas.

B. Margen de apreciación como concepto común en el derecho constitucional y administrativo

El margen de apreciación de las potestades públicas implica reconocer distintas intensidades en el control de aquéllas, sean regladas, sean discrecionales.

Las potestades regladas son aquéllas en las que el contenido de la facultad del órgano público se encuentra expresamente regulado por la regla de derecho, ya sea en la ley o en la Constitución.³

² Para las distintas acepciones de Constitución véase PEREIRA (2006), pp. 2 a 8.

³ En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “la ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y

Las potestades discrecionales son aquellas que permiten al órgano público discernir entre distintas posibilidades y cualquiera de ellas no es contraria a derecho porque la regla establecida en la ley o en la Constitución otorga esta facultad.⁴

El origen del margen de apreciación se vincula al derecho administrativo francés y su traspaso (*pouvoir d'appréciation* y control del perjuicio manifiesto), al derecho constitucional se puede entender con Merkl “[E]l derecho administrativo no se distingue de los demás campos jurídicos por la mayor amplitud del arbitrio. El concedido por el derecho constitucional al legislador es, por término medio más amplio, porque este derecho se reduce a determinar la competencia y el procedimiento para la legislación, mientras que el legislador determina, con libertad creadora, el contenido de la ley. Pero también el derecho judicial presenta posibilidades de arbitrio para el juez (...)”.⁵

Así, el derecho administrativo a partir del principio de legalidad de la Administración y los conceptos de potestad reglada y discrecional se convirtió en el espacio natural para el origen del “poder de apreciación” y la legalidad en el fundamento de su control por error manifiesto como se verá a continuación.

II. ORIGEN DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y DEL CONTROL JUDICIAL POR ERROR MANIFIESTO

A. El origen del margen de apreciación en la discrecionalidad administrativa francesa y la técnica de control judicial por error manifiesto

Cuando hablamos de margen de apreciación nos referimos a una potestad de carácter discrecional, en la cual el operador jurídico se enfrenta a escoger distintas posibilidades para resolver un problema de derecho determinado. Los límites vienen dados por la razonabilidad de la actuación y el interés público que conlleva el acto.

En este sentido, se entiende que “hay poder discrecional cuando la Administración dispone de cierta libertad o libertad de acción –actuar o no actuar– y de decisión –escoger entre varias soluciones legales–. Es una competencia modulable, graduada según una “escala de discrecionalidad”⁶. Sin embargo, “... [L]a libertad

una potestad aplicable al mismo también definida en todas sus consecuencias...”. Véase GARCÍA; FERNÁNDEZ (1993), p. 440.

⁴ Sobre el concepto de discrecionalidad véase SOTO (2010), p. 378.

⁵ MERKL (2004), p. 185.

⁶ MORAND-DEVILLER (2010), p. 307.

no es ilimitada. Por lo tanto, ella dispone de un cierto margen de apreciación, pero siempre ligado a ciertas prescripciones legales”.⁷

La expresión margen de apreciación, poder de apreciación o poder de manobra, surge jurisprudencialmente en el Consejo de Estado francés. En este sentido, es el *arrêt Abbé Bouteyre* de fecha 10 de mayo de 1912 en el cual encontramos la expresión “*pouvoir d’appréciation*”⁸ a partir de un caso que trata sobre el acceso a la función pública.

El caso, señalado en el párrafo anterior, comienza con la postulación por parte de un religioso a un concurso de enseñanza en un establecimiento público. El Abate Bouteyre se encuentra en la lista de candidatos para enseñar filosofía en la enseñanza secundaria. La Administración, a través del Ministro de Educación, declara incompatible el estado del religioso con la laicidad de la educación pública. El Abate demanda la anulación de la decisión por exceso de poder, a través del recurso creado para estos efectos.

El Consejo de Estado resolvió que el comisionado del gobierno mostró que la existencia de reglas legales relativas a las condiciones y aptitudes para ejercer una función pública (edad, años de servicio, diplomas, etc.), es parte de la potestad de apreciación de la Administración. Estas reglas permiten decidir qué candidatos son aptos para cumplir las funciones a las que se convocan.

El Consejo de Estado fundamenta la sentencia en el margen de apreciación. Más concretamente en el hecho de que “... la autoridad que hace el nombramiento para garantizar el interés de la función del servicio, tiene un cierto poder de apreciación sobre los méritos de los candidatos. (“ Este poder de apreciación a menudo calificado de discrecional pertenece a la administración, tanto en virtud de texto expreso –como en el caso de la especie– tanto en virtud del principio general que el gobierno es responsable de garantizar la buena marcha de los servicios públicos”.⁹

Sin perjuicio de lo anterior, el comisionado de Gobierno reconoció que este poder ha sido limitado progresivamente por la jurisprudencia, y que se ejerce en el marco de la ley y bajo el control del juez “[E]s un pleno poder de apreciación de quien está investido, a condición que lo ejerza legalmente y para el fin que fue

⁷ WALINE (1950), p. 450 (la traducción es mía).

⁸ LONG *et al.* (2001), p. 150 (la traducción es mía).

⁹ LONG *et al.* (2001), p. 108 (la traducción es mía).

creado. Las condiciones en las que se ejerce, escapan en principio al control del juez, salvo que constituyan desviación de poder”.¹⁰

El poder de apreciación se constituye en sus inicios como el ejercicio de una potestad administrativa¹¹ en el sentido que el argumento utilizado por el Consejo de Estado para rechazar la pretensión jurídica del Abate se basó en “la exigencia de que toda potestad haya de ser necesariamente utilizada cuando se dan las circunstancias previstas en la norma (...) o posición jurídica activa mixta de poder y deber gráficamente expresada en la idea de ‘mando’...”.¹²

La anterior idea se completa y matiza entendiendo que “es propio de toda potestad una cierta iniciativa en cuanto al momento y oportunidad de su ejercicio, es decir, es el titular de la potestad quien determina –en principio– si se dan o no las circunstancias que hacen jurídicamente procedentes el uso de ésta; esta iniciativa alcanza también a la decisión de no utilizar el poder conferido...”.¹³

En este mismo sentido, el fundamento del poder discrecional o margen de apreciación –en la doctrina francesa– es la necesidad de una cierta libertad para la Administración, la cual se configura a través de dos ideas.¹⁴ En primer lugar, el poder discrecional de la Administración es una libertad de acción. En segundo lugar, esta libertad es necesaria. El primer elemento –siguiendo a Fortsakis– es que la noción del poder discrecional como sinónimo de acción libre, la cual no concierne únicamente a la Administración, porque esta libertad se funda en el concepto de soberanía, que conduce a la admisión de un poder discrecional en todas las funciones del Estado, administrativas, jurisdiccionales o parlamentarias.¹⁵ El segundo elemento (necesidad de esta libertad) se funde en la definición de Bonnard sobre el poder discrecional cuando afirma que “[E]l poder discrecional es un poder de libre apreciación que la ley otorga al agente administrativo”.¹⁶

La concepción de un margen de apreciación implica entender que si tenemos una potestad discrecional y otra reglada, existe entre ellos una especie de línea que implica que existirán intensidades distintas en el control del ejercicio de éstas.

¹⁰ LONG *et al.* (2001), p. 151.

¹¹ Véase DE LA CUÉTARA (1986), p. 40.

¹² DE LA CUÉTARA (1986), p. 44.

¹³ DE LA CUÉTARA (1986), pp. 44 y 45.

¹⁴ FORTSAKIS (1987), pp. 401 y 402.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ BONNARD (1923), p. 5.

El margen es el ejercicio de una potestad o de una función. Pero, en un Estado de Derecho no existe potestad sin control. De este modo, como dos caras de la moneda que se complementan, es el propio Consejo de Estado quien creó técnicas de control de esta apreciación o discrecionalidad de la Administración.

En el año 1953, el caso *Denizet* dará origen a lo que la doctrina francesa denomina como control mínimo por error manifiesto de apreciación, lo que genera una nueva técnica en materia de control administrativo. Se trata del control en relación de la apreciación de los hechos con el Derecho. El juez puede controlar aquellos elementos de la competencia ejercida que vengan determinados por la norma jurídica. En efecto, el juez administrativo, o en este caso el Consejo de Estado, es el juez de la legalidad, que controlará la sujeción de la Administración a la ley.

Pero cuando se trata de actos discrecionales el control de la legalidad no implica el control de la oportunidad de las decisiones de la Administración.

“[E]sta es la razón por la que se ha afirmado durante mucho tiempo que el juez no puede controlar los elementos de la competencia que emanan del poder discrecional. Es cierto que, en todo caso, puede controlar que esta competencia haya sido ejercida por una autoridad habilitada para ello; que se haya ejercido para perseguir un fin de interés público; que los motivos que la justifican son exactos en derecho y en facto; incluso, si hay, que las cuestiones formales y procesales hayan sido respetadas, ya que todos estos son elementos que no afectan al poder discrecional. Pero el elemento de la competencia sobre el que radica el poder discrecional, la relación circunstancias de hecho –medida adoptada por la Administración, no se puede controlar”.¹⁷

Sin embargo, el Consejo de Estado ha desarrollado diferentes tipos de control a lo largo del tiempo. Primero, ha controlado la calificación jurídica de los hechos en el caso *Gomel*,¹⁸ en 1914. Luego, ejerció control respecto de la exactitud material de los hechos a partir de los cuales la Administración tomó su decisión como

¹⁷ BON (2012), p. 4, inédito, Conferencia “Deferencia y margen de apreciación en el control judicial en Francia” en el Seminario “*Margen de apreciación de los poderes públicos y control de constitucionalidad*”, en Santiago de Chile. Universidad de los Andes. El 29 de noviembre de 2012.

¹⁸ Véase LONG *et al.* (2001), pp. 172 y ss. Se trata de un caso sobre la construcción de una “*perspectiva monumental*”, un monumento que podría afectar las normas de construcción en cuanto podría entorpecer la vista de otros edificios aledaños. El problema de la calificación jurídica de los hechos se plantea al controlar por el juez administrativo por primera vez si la administración hizo una calificación jurídica correcta de la norma sobre construcción y la construcción del edificio en sí misma. Se dice por el Consejo de Estado que se trata de una cuestión de derecho que el juez puede controlar (la traducción es mía).

en el caso *Camino*,¹⁹ en 1916. Más tarde, a partir de los años 50, en *Denizet*, el control del error manifiesto de apreciación y a continuación la técnica del balance costes-beneficios del arrêt *Ville Nouvelle Lille-Est* de 1971.²⁰ Todas estas técnicas de control se han ejercido para limitar la discrecionalidad administrativa.

Entonces, surge un período de vacilación sobre cómo debe el juez controlar a la Administración. Henry destaca que “la noción de error manifiesto es creada y empleada en el marco del control de la calificación de los motivos o razones de una decisión. Sin embargo, se produce una extensión de la utilización del error manifiesto al control de la apreciación determinante en la elección de la decisión. La distinción de estas dos etapas en la evolución del empleo de la noción técnica de error manifiesto conduce al corazón mismo de la problemática que engendra esta noción: ¿Se trata de un concepto susceptible de integrarse en el ejercicio de la función del juez o de una nueva concepción que el propio juez tiene de la función que ejerce?”.²¹ Esto porque a partir del concepto de error manifiesto, el juez somete a su control la decisión administrativa en su globalidad.

Un caso emblemático que puede orientarnos sobre la idea del error manifiesto en el derecho administrativo es *Librarie Maspero*. Se trata de un caso en que el Ministro del Interior prohíbe la venta y distribución de la edición francesa de una revista extranjera, originaria de Cuba. La sociedad *Librarie Maspero* difunde en Francia las ediciones francesa y española de la revista *Tricontinental*. Esto provoca

¹⁹ Véase LONG *et al.* (2001), pp. 181 y ss. Se trata de un caso que genera un nuevo avance en el control del exceso de poder en materia administrativa. El caso se llama Camino porque se trata del apellido del doctor y alcalde de Hendaya que fue detenido por la prefectura por considerar como faltas disciplinarias algunas actitudes del alcalde en un funeral. La situación es que se anula esa decisión por falta de exactitud material de los hechos. El Consejo de Estado que puede verificar la materialidad de los hechos que son deferidos a su control y extiende el objeto de control a partir de esta nueva técnica que se usa bastante en materia de control de faltas disciplinarias para saber si los hechos considerados por la administración son *materialmente exactos* y acordes a la medida adoptada, cuestión que determina el juez administrativo.

²⁰ Véase LONG *et al.* (2001), pp. 623 y ss. Se trata de un caso de expropiación y análisis de la noción de necesidad pública, es muy importante para el traspaso de la técnica de control al derecho constitucional pues se consideró para el control de error manifiesto en 1982 en el *Conseil* aplicándolo a un problema muy similar de restricción al derecho de propiedad constitucionalmente garantizada. Acá se trata del control de un decreto de la administración sobre el procedimiento relativo a la declaración de utilidad pública de un bien. Se aplica la técnica de balance o costes y beneficios que es similar a la ponderación en el sentido de proporcionalidad estricta del “peso”. Así el Consejo de Estado señala: “Considerando que la operación no puede ser declarada de utilidad pública si atenta a la propiedad privada, el costo financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta no son excesivos en miras al interés que ello presenta” (la traducción es mía). Esto es la idea del óptimo de Pareto de Alexy aplicado jurisprudencialmente con anterioridad a la teoría de los derechos fundamentales de este destacado autor.

²¹ FORTSAKIS (1987), p. 475 (la traducción es mía).

un conflicto con la ley de 1881 sobre la libertad de prensa. El Consejo de Estado determina que no se trata de un caso de hechos materialmente inexactos –como el *arrêt Camino*– sino “... [Q]ue cuando no está viciada de un error manifiesto, la apreciación entregada por el ministro del interior del peligro que la revista presenta al orden público no puede ser discutido ante la jurisdicción administrativa. Considerando que la desviación de poder no puede ser establecida”.²² De modo que, al no constatar la existencia de error manifiesto se efectúa por esta razón un control mínimo que descarta el abuso de poder, aplicando una nueva técnica de control deferente con la Administración.

Y es que: “[E]l control es más reducido o mínimo cuando:

- 1.- La elección de la Administración se funda únicamente en consideraciones de oportunidad (ej. concesión de una gratificación, elegir el nombre de una calle).
- 2.- La naturaleza de la materia puede afectar para que el juez haga un control reducido de una parte de ella.
- 3.- Incompetencia técnica del juez (ej. valor de una copia de examen)”.²³

B. El origen del margen de apreciación en la doctrina del Derecho administrativo alemán

El concepto alemán de margen de apreciación, es el aspecto o núcleo residual de la discrecionalidad y su relación con los conceptos jurídicos indeterminados, influyéndose y determinándose mutuamente, opera como una técnica de precisión de éstos, como un instrumento normativo.

La teoría del margen de apreciación alemana se construye en la década del sesenta. Siguiendo a Bacigalupo²⁴ existen en Alemania al menos cinco aproximaciones metodológicas al concepto de margen de apreciación.

En primer lugar, la tesis de la fundamentación teórica normativa (*normtheoretischerbegrundungsansatz*). En segundo lugar, aquella que vincula el margen de apreciación a determinados tipos de decisión administrativa. En tercer lugar, la fundamentación jurídico funcional del margen de apreciación. En cuarto lugar, la

²² FORTSAKIS (1987), pp. 636. y ss. (la traducción es mía).

²³ PEISER (2006), p. 234 (la traducción es mía).

²⁴ BACIGALUPO (1997), pp. 136 y ss.

conceptuación del margen de apreciación como un margen habilitado por la ley. Por último, la fundamentación tópica e integradora del margen de apreciación.

Entendemos que la fundamentación teórica normativa del margen de apreciación consiste en que éste es inherente a la estructura lógico-normativa de los conceptos jurídicos indeterminados y a la problemática de cómo se aplican éstos en casos concretos. Es decir, el margen de apreciación surge de la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, interés público. Es la propia estructura del concepto la que otorga la posibilidad de margen de apreciación en su aplicación. Especialmente en aquella parte que no pertenece al núcleo fijo preciso del concepto, sino que es parte del “halo de incerteza” de éste. La Administración interpretará este halo de incerteza aplicando o subsumiendo el término indeterminado a los supuestos fácticos de la norma.

Sin embargo, la doctrina también ha dicho que ese halo de incerteza no es posible de determinar. Por lo tanto, el margen de apreciación es sinónimo de discrecionalidad.

Por otra parte, encontramos la teoría alemana que vincula el margen de apreciación a tipos de decisiones administrativas. En este tipo de decisiones no es posible que el juez realice un control pleno sobre la administración. Por ejemplo, en la evaluación técnica para optar a cargos públicos o la determinación de una publicación inmoral.

Además, se ha planteado la fundamentación jurídico funcional del margen de apreciación. Esta teoría señala que el margen de apreciación de la Administración surge por la mejor posición de ésta para adoptar medidas concretas a favor de los Administrados. El juez se encuentra en una posición diferente y no puede reemplazar los criterios técnicos de la Administración del Estado, esto produce la exención del control en ciertas materias.

Por otro lado, se ha dicho que el margen se fundamenta en la ley; es la ley que habilita a la Administración a actuar discrecionalmente según los casos. Esto es independiente de la primera postura basada en la estructura lógico-normativa de un concepto determinado, porque atiende a la finalidad que tuvo el legislador al momento de crear la norma para habilitar a la Administración independiente de la estructura de ésta.

Por último, existe una fundamentación tópica del margen que reconoce el margen de apreciación por dos razones. Primera razón, por la competencia técnica de la Administración que limita el control judicial. Segunda razón, por la densidad normativa para que la Administración goce de libertad para proteger a los Administrados.

Sin embargo, Arnold sostiene que el margen de apreciación del legislador tiene una naturaleza distinta al margen de apreciación de la Administración. La Administración goza de discrecionalidad en la norma y el Parlamento goza de discrecionalidad en la creación de la norma.²⁵

En este sentido, la expresión “*Ermessen*” es usada en el derecho administrativo para expresar que el legislador confiere poder discrecional a las autoridades administrativas para hacer algo o no hacerlo, o para elegir una opción determinada.

En general, la determinación de la densidad normativa puede ayudar a saber si la competencia que el legislador otorga a la Administración permite que ésta actúe con cierta libertad o no. En este sentido, la expresión de las palabras usadas por el legislador pueden ser determinantes. Si el legislador permite el poder discrecional de la Administración, la expresión relevante es la palabra “*können*”, que significa podrá. Por el contrario, si la administración debe hacer algo en la forma que prescribe la ley no existirá libertad de actuación para la Administración. Por ejemplo, en materia de comercio, la expresión “*die Behörde untersagt die Ausübung des Gewerbes, wenn...*” es usada para señalar en forma imperativa que la autoridad prohíbe una situación determinada.

Por el contrario, la actuación discrecional de la Administración no significa libertad absoluta. Sino que la Administración reflexionará sobre la conveniencia y oportunidad de una medida.

A mi juicio, el margen se puede fundar en todos estos supuestos, pues cada uno de ellos apunta a diferentes aspectos dogmáticos del margen de apreciación. Unos a la norma vigente, otros a la separación de funciones, otras en la finalidad de la Administración, otras a la norma habilitante de competencia administrativa. Por lo tanto, considero que son complementarias y no excluyentes e incluso en un caso determinado se puede fundar el margen en todas ellas o sólo algunas. Esto lo dirá el caso concreto considerando conjuntamente las teorías indicadas.

Para finalizar, podemos afirmar que la naturaleza del margen de apreciación de la Administración en relación con el margen de apreciación del legislador comparte la necesidad del control judicial de exceso de poder. Pero, tal como señala Arnold, atienden a fundamentos diferentes.²⁶

²⁵ ARNOLD (2012), inédito. Conferencia “Deferencia y margen de apreciación en el control judicial en Alemania” en el Seminario “*Margen de apreciación de los poderes públicos y control de constitucionalidad*”, en Santiago de Chile. Universidad de los Andes. El 29 de noviembre de 2012.

²⁶ *Ibidem*.

Así, daremos por terminado este acápite sobre el origen, doctrina y jurisprudencia del margen en sus comienzos como potestad administrativa para abordar los fundamentos constitucionales de la libertad del legislador y el control judicial.

IV. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL CONTROL JUDICIAL POR ERROR O PERJUICIO MANIFIESTO

Los fundamentos a los que aludiré brevemente son: el principio de separación de poderes, los derechos fundamentales y la proporcionalidad, y el control judicial y exceso de poder. Los dos primeros, constituyen un límite a toda potestad y el control judicial está encargado de velar por esos límites, porque los problemas de justicia constitucional como indica Pérez Royo,²⁷ generalmente aluden a un problema de límites y este caso no es la excepción.

A. El principio de separación de poderes

La separación de poderes puede revisarse desde dos esferas que la constituyen. La primera, como límite al poder. La segunda, como expresión de la función de ese poder. En su esencial esfera –como límite al poder– implica que competencialmente el ejercicio del exceso de poder se encuentra proscrito porque éste es sinónimo de arbitrariedad, por lo cual el Estado de Derecho cuenta con un sistema de pesos y contrapesos para su funcionamiento. Es la idea que estaba en Locke y que Montesquieu consagraba tras la creación de los tres poderes clásicos. “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”.²⁸

Pero, asimismo –en su segundo prisma–, cada poder constituye una función que le es propia, esa función genera una institución que la identifica en razón de su finalidad. De modo que es inherente a ese poder el ejercicio de la atribución que, parafraseando a Montesquieu, por disposición de las cosas, le corresponde. El margen de apreciación de cada poder del Estado surge entonces en razón de su propia función. De manera que el legislador tendrá discrecionalidad en el ejercicio de su atribución en cuanto a la oportunidad de hacer las leyes, y en el ejercicio de la política pública al momento de la creación de la ley. El Ejecutivo, por su parte, tendrá discrecionalidad técnica en virtud de su función de ejecución del mandato constitucional y democrático que representa. Los jueces tendrán una

²⁷ Véase PÉREZ (1988), p. 18.

²⁸ MONTESQUIEU (2007), p. 174.

discrecionalidad limitada en razón que su función es la aplicación del derecho. Los jueces constitucionales además se encuentran limitados por la Constitución como expresión de una regla política-jurídica de límite de poder, que también los limita. La discrecionalidad y el mayor o menor margen de apreciación se da por la función y los límites, por el reparto de competencias que implica el principio de separación de poderes, cuya función específica es limitar el poder, reconocido por el poder constituyente, en una democracia constitucional. Entendemos que “la separación de poderes no es una técnica sino una filosofía, la misma del constitucionalismo”.²⁹

Pero, es necesario reconocer que la configuración del principio ha sido modificada por la realidad porque la mejor forma de saber cómo funciona una democracia constitucional es atendiendo a aquélla. En palabras de Lowenstein: “[U]na observación superficial de la dinámica política enseña ya que la división clásica en funciones separadas de gobierno, legislación y judicial está superada. Por ello, se obtiene una versión más realista aplicando la nueva división tripartita: determinación de la decisión, ejecución de la decisión y control político”.³⁰ En el caso del Tribunal Constitucional y el legislador se trata de control jurídico, pero sigue la misma lógica, por eso la intensidad del control se hace relevante porque no existe una sola forma de ejercer el control de constitucionalidad de la ley.

Asimismo, la configuración del principio de separación de funciones ha sido modificada por la existencia de los tribunales constitucionales, como señala Favoreau, la justicia constitucional es: “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”³¹ y, consecuentemente, como intérprete supremo de la Constitución.

Así, el margen de apreciación del legislador se constituye esencialmente en su función deliberativa, amparada en la legitimidad democrática y en la concreción de espacios de libertad de configuración al momento de determinar la decisión. La determinación será más o menos libre dependiendo del tipo de decisión que se trate. Si se trata de una decisión política, como por ejemplo la norma que establece la edad para ser candidato a un cargo, existirá mayor libertad de configuración que la norma que establezca el límite a la libertad de opinión.

²⁹ PEREIRA (2006), p. 116.

³⁰ LOWENSTEIN (1986), p. 137.

³¹ FAVOREU (1994), p. 13.

El margen de apreciación del legislador se vincula esencialmente a decisiones políticas. En este sentido se ha pronunciado el *Conseil Constitutionnel* en la Decisión N° 86-218 DC de 18 de noviembre de 1986, que ha operado como *leading case* en la jurisprudencia francesa. Se trata de un requerimiento de constitucionalidad según el artículo 61 de la Constitución Francesa,³² esto es, control preventivo de normas, que declara la constitucionalidad de la ley relativa a la delimitación de las circunscripciones para la elección de diputados, y que restablece el escrutinio uninominal. La delimitación de circunscripciones electorales es parte del margen de apreciación del legislador porque “[C]onsiderando que la Constitución no confiere al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntica que al Parlamento; no le pertenece investigar si las circunscripciones han sido objeto de una delimitación lo más equitativa posible, que no es su responsabilidad formular nuevas propuestas en este sentido, como puede hacer el Consejo de Estado en el ejercicio de sus funciones administrativas;”.³³

³² *Artículo 61*: “Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución. Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores. En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación”. Los proyectos de ley que se someten a control del Consejo en virtud del artículo 11 se refieren a la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica, social y medioambiental de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que proponga la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones. Para un análisis de las competencias del Conseil, tanto de control normativo como otras se sugiere revisar el texto de Favoreu (1994), pp. 102 y ss. Y la Ley N° 724-2008 de 23 de julio de 2008 que establece el control represivo o directamente el artículo 61-1 de la Constitución como se verá más adelante al momento de citar jurisprudencia sobre la denominada cuestión prioritaria de constitucionalidad.

³³ El Consejo plantea que tanto los diputados autores del primer requerimiento, como los senadores del segundo requerimiento, declaran en su argumentación que la delimitación de las circunscripciones establecidas por la ley es arbitraria. La arbitrariedad reside en la heterogeneidad de los criterios de delimitación seleccionados, desde el punto de vista de la demografía, geografía e historia económico y social. Esto afectaría varios artículos de la Constitución francesa, el artículo 2 sobre igualdad ante la ley de todas las personas sin distinción de origen, raza o religión. El artículo 3 sobre el ejercicio de la soberanía por el pueblo y la igualdad en el sufragio. El artículo 24 establece que los diputados y la Asamblea General son elegidos por sufragio directo y, por último, el artículo sexto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (la traducción es mía).

A *contrario sensu*, el aborto no es una decisión política. Por lo tanto, no existe discrecionalidad legislativa en este sentido. De este modo, pueden ser criticables las sentencias del Consejo Constitucional francés sobre interrupción voluntaria del embarazo³⁴, que argumentando el poder de apreciación diferente del Consejo Constitucional frente al Parlamento declara la constitucionalidad de una ley que afecta la esencia del derecho a la vida. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán o TCF en materia de despenalización del aborto faculta al legislador para la interrupción del embarazo de acuerdo a determinadas circunstancias, en virtud de la ponderación del derecho a la autodeterminación de la madre y el derecho a la vida del *nasciturus*.³⁵

Las decisiones políticas se encuentran en el área de la potestad más discrecional del margen de apreciación del legislador. En cambio, las regulaciones a los derechos se encuentran en el ámbito de potestad más reglada, en tanto no puede a pretexto de su regulación afectar la esencia de un derecho.

Este es el sentido del margen de apreciación del legislador, no tiene todas las veces las características de una potestad absolutamente discrecional o absolutamente reglada. Por ende, la intensidad de la libertad de configuración del legislador se identifica en algunos casos con el concepto de densidad normativa. En materias de competencia esto es así, porque la Constitución establece normas con mayor o menor densidad normativa, que habilitan al legislador en el cumplimiento de su función a gozar de mayor o menor libertad de configuración. En consecuencia, tendrá efectos en el control judicial de la ley.

Debemos precisar que la Constitución como institución jurídico-política tendrá esferas en las que se confiera mayor poder político al Parlamento y otras en que establezca alguna potestad jurídica normativa. Por una parte, una norma es expresión de poder político. Por otra, es expresión de un mandato jurídico. Este matiz afecta el contenido de las normas porque permite la existencia de márgenes de apreciación diferentes al tenor de ésta y de la función de lo político y lo jurídico.

Cualquiera que sea la función que ejerza el legislador, debemos recordar que en el Estado de Derecho la existencia de la libertad de configuración del legislador no implica que sus actos no se controlen, sino que sólo no serán controlados judicialmente. No se trata de la doctrina de los actos políticos en sentido puro, sino de

³⁴ FAVOREU; PHILLIP (1991), pp. 286 y ss.

³⁵ Al respecto véase en SCHWABE (2009), pp. 114 y ss. Específicamente, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfGE 39, 1 [Aborto I] de fecha 25 de febrero de 1975.

una nueva visión de las funciones y potestades en una democracia constitucional que se relaciona con la intensidad del control de los actos normativos del legislador y con la distinción del control político para actos políticos. “Los intentos de control judicial de los actos políticos generalmente no han producido resultados satisfactorios. La experiencia aconseja que los actos políticos sean sometidos a control político, si bien esta solución topa con el problema de la debilidad de la mayoría de los parlamentos actuales”.³⁶

Desde la teoría de la separación de poderes, el control es parte de su propia formulación como sistema de pesos y contrapesos. Por esto, la idea de inmunidad de control no se condice con el margen de apreciación del legislador. El margen de apreciación modula el control para distinguir entre control político y control jurídico. El control político se manifestará en la oportunidad de hacer las leyes y las posibles responsabilidades que genere. El control jurídico se expresa en control judicial y en diferentes intensidades de escrutinios, como se verá en la jurisprudencia francesa y alemana.

B. Los derechos fundamentales y la proporcionalidad

Los derechos fundamentales constituyen también un límite a toda potestad. Este límite opera en la esencia de los derechos. Los derechos fundamentales no son fundamentales por la norma sino por su naturaleza.

La relación entre los derechos fundamentales y el legislador es múltiple; por una parte, el legislador goza de legitimidad democrática en virtud del ejercicio de derechos de los ciudadanos. Sin ellos no existiría. Son los ciudadanos los que legitiman el margen de apreciación del legislador en una democracia constitucional³⁷. También, el legislador es el llamado a la protección de los derechos mediante el principio constitucional de la reserva legal.³⁸ Asimismo, los derechos constituyen el límite en el ejercicio de la función constitucional del Parlamento.

El margen de apreciación del legislador, contiene en sí mismo el desafío de respetar y proteger los derechos fundamentales. En este sentido, no existe margen de apreciación para la violación de un derecho. Puede existir un margen para la regulación de un derecho, porque el margen de apreciación del legislador supone

³⁶ PEREIRA (2006), p. 43.

³⁷ Ya decía LOCKE que el primero de todos los derechos es el derecho a la rebelión.

³⁸ Sobre este tema véase HABERLE (2003), pp. 189 y ss. En Alemania el sentido de la reserva legal es la protección de derechos.

la existencia de varias soluciones posibles válidas dentro de un Estado de Derecho. Pero los derechos no son fruto de la expresión convencional de la política, sino de la esencia de la persona. Y en este sentido, siempre se tornan indisponibles a la discrecionalidad legislativa.

Por ende, cabe señalar con Nogueira que: “[L]a determinación del contenido de un derecho implica precisar los siguientes elementos: el titular del derecho; los obligados al respeto del derecho; el contenido de la obligación y las circunstancias u condiciones para su aplicación; las facultades que el titular posee en caso de incumplimiento del deber de respeto de su derecho; la especificación de las fronteras o límites del derecho para que no se superponga parcialmente con otro derecho, armonizándolos o ajustándolos”.³⁹

Entonces, la relación entre margen de apreciación del legislador y derechos fundamentales puede revisarse desde dos prismas. El primer prisma, como la libertad de configuración válida. El segundo prisma, como limitación a esa configuración, en cuanto el control por desproporción manifiesta implica un control de la constitucionalidad de la ley cuando ésta pueda afectar un derecho fundamental.

En este sentido, recordando la teoría de Alexy que describe: “[L]o que las normas de una Constitución no ordenan ni prohíben, se enmarca dentro del margen de acción estructural del legislador (...) hay tres márgenes de acción estructural: el margen para la fijación de fines, el margen para la elección de medios y el margen para la ponderación”.⁴⁰

Sobre el primer margen de fijación de fines, Alexy señala que: “[F]rente a un derecho fundamental, el legislador tiene un margen para la fijación de fines, cuando el derecho contiene una reserva competencial de intervención, que deja abiertas las razones para la intervención legislativa, o menciona las razones para intervenir, pero no ordena que se produzca la intervención legislativa, sino que sólo permite que esto suceda en caso de que concurran dichas razones”.⁴¹ Así, Alexy establece dos supuestos de margen de acción estructural del legislador en materia de derechos fundamentales. El primer supuesto, cuando el legislador puede decidir si interviene o no el derecho. El segundo supuesto, cuando el legislador puede optar dentro de los fines que establece la reserva de intervención del derecho. La primera sería una opción para intervenir. La segunda, la forma de determinar los fines de la intervención.

³⁹ NOGUEIRA (2008), p. 223.

⁴⁰ ALEXY (2008), pp. 520-521.

⁴¹ ALEXY (2008), p. 521.

Sobre el segundo margen de elección de medios, Alexy señala que: "...[E]l margen para la elección de medios, entra en escena cuando las normas de derecho fundamental no sólo prohíben ciertas intervenciones legislativas, sino también ordenan la ejecución de algunas conductas positivas, como cuando se trata de los deberes de protección".⁴² En este caso, Alexy ejemplifica con el rescate de un ahogado, que para los efectos de ser rescatado existen tres posibilidades, y cualquiera de ellas puede ser adoptada.

Por último, el margen para la ponderación que se basa en la idea de los derechos como mandatos de optimización y supone una colisión entre ellos. La respuesta de qué debemos entender por optimización en Alexy, está dado por el contenido del principio de proporcionalidad: "[E]sta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por "optimización", de acuerdo con la teoría de los principios".⁴³

En materia del subprincipio de necesidad, la explicación consta del mismo razonamiento. Para argumentar que: "[N]o se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales".⁴⁴

Por último, el sentido de la optimización a partir del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido: "[E]ste principio es idéntico a la ley de ponderación, que establece lo siguiente: Cuanto mayor será el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".⁴⁵

Asimismo, Alexy afirma la existencia de un margen de acción epistémico, en tanto que, "se trata de un margen de acción epistémico de naturaleza normativa, cuando no se tiene la certeza sobre cual es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión dentro de su propia decisión".⁴⁶

A mi juicio, la expresión margen de apreciación del legislador se aparta –en principio– de la idea de margen estructural, epistémico y para la ponderación aportado por Alexy, porque la naturaleza del sentido del margen que expresa el

⁴² ALEXY (2008), p. 522.

⁴³ ALEXY (2008), p. 524

⁴⁴ ALEXY (2008), pp. 526 y 527.

⁴⁵ ALEXY (2008), p. 529.

⁴⁶ ALEXY (2008), p. 548.

autor se presenta como un mecanismo de restricción válida de los derechos y, en mi opinión, los derechos se limitan a sí mismos y el legislador sólo reconoce esos límites con la facultad de regularlos. Es decir, el margen de apreciación del legislador es parte de la función de éste en el ejercicio de su potestad normativa. Sin embargo, la norma no es lo mismo que el derecho porque, como indica Medina, en materia de catálogos de derechos internacionales, quien reconoce la dificultad para establecer todos los derechos que derivan de la dignidad humana.⁴⁷

Por lo tanto, considero que el límite concurre por los propios derechos y no por el margen estructural que pesa un derecho por otro. Si se piensa que los límites a los derechos los establece una norma se confunde la norma con el derecho. La idea de los derechos se basa en que tras un derecho hay un deber y viceversa, aun cuando la norma no lo reconozca explícitamente. De esta manera, el legislador tiene un margen de potestad normativa que ordena los derechos para el bien común, pero el límite a cada derecho existiría de todas formas aunque el legislador no lo expresara. Asimismo, sería como pensar que el legislador crea derechos, cuando su labor es reconocerlos.

Pues bien, respecto a este tipo de relación entre margen de apreciación del legislador y derechos fundamentales, las pretensiones de Alexy se basan en buscar seguridad jurídica para la intervención de los derechos. El problema reside en que al buscar este límite de certeza, la idea del peso se concreta en que la optimización se basa en la relativización de la relación de derechos. Adolece el mismo problema del criterio de jerarquía en materia de derechos fundamentales, en cuanto que estipula una “jerarquía implícita” al momento de establecer cómo debe el juez controlar la limitación de un derecho. La estructura del peso lleva a Alexy a afirmar que el subprincipio de necesidad implica la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos.⁴⁸ Literalmente, y a *contrario sensu*, un juez constitucional podría pensar que existen sacrificios necesarios en materia de derechos fundamentales, lo cual no parece razonable. “Así cuando los jueces deben proceder a proteger los

⁴⁷ Véase MEDINA (1990), p. 25. “[L]a primera dificultad que se enfrenta al intentar establecer un catálogo es la decisión de qué derechos se incluirán en él”... Validando la distinción entre el catálogo de derechos y los derechos contenidos en él. Ocurre lo mismo en el derecho interno. En este sentido, es aplicable el aforismo “donde existe la misma razón existe la misma disposición”. Los derechos se plasman en normas, pero la norma no es sinónimo del derecho o de su contenido.

⁴⁸ ALEXY (2008), p. 526. La cita textual es así: “[Ú]nicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin, sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. *No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales*” (cursivas añadidas).

derechos deben partir por delimitarlos, vale decir, determinar sus contenidos y sus límites o fronteras, como asimismo resolver en los casos concretos cuál es ese contenido y límite”.⁴⁹

La proporcionalidad es una medida de prohibición de exceso. Por esto, puede enmarcarse en la necesidad que todos los órganos del Estado están llamados a la protección de los derechos fundamentales. La obligación es específica, de lo contrario existe exceso de poder. Además, supone que los derechos colisionan. A mi juicio, los derechos no colisionan, su ejercicio está sometido al debido proceso para hacer valer pretensiones jurídicas. Las pretensiones jurídicas colisionan como expresión del principio procesal de la bilateralidad de la audiencia. Como señala HABERLE, los derechos se limitan en sí mismos, pues “todos los límites a los derechos fundamentales son inmanentes a ellos y están encerrados en el propio contenido esencial”.⁵⁰

De este modo, compartimos la posición de Arnold,⁵¹ la proporcionalidad no es un test en sentido aritmético sino más bien es una forma de ejercer una atribución constitucional, que implica un límite a medidas arbitrarias y en tal sentido es aplicable a todos los órganos del Estado.

Por ello, no se trata de entender el margen de apreciación del legislador como una forma de pesar el derecho a no cometer por éste el vicio de error manifiesto. Más bien, se trata de limitar arbitrariedades que el derecho proscribe, de modo de otorgar al juez un criterio para que razonadamente elabore un juicio de derecho que se expresará en la sentencia. Pero el vicio de error manifiesto no constituye una ponderación del error, porque, a mi juicio, los derechos no son ponderables ni pesables y el control de sus límites tampoco. Y en el ejercicio del primer paso de la proporcionalidad la primera pregunta es descartar la prohibición de exceso a partir del control mínimo por error manifiesto de apreciación del legislador. De modo que el juez podrá realizar un escrutinio estricto o suave pero no desde la teoría de la ponderación o margen para la ponderación, sino desde la idea de proscribir excesos de poder que no requieren el sacrificio de un derecho por otro.

En este sentido, compartimos la opinión de Prieto Sanchís que indica que “[E]sta proporcionalidad en sentido estricto puede suscitar dos problemas. El

⁴⁹ NOGUEIRA (2008), p. 223.

⁵⁰ HABERLE (2003), p. 127.

⁵¹ ARNOLD (2012), inédito. Conferencia “Deferencia y margen de apreciación en el control judicial en Alemania” en el Seminario “*Margen de apreciación de los poderes públicos y control de constitucionalidad*”, en Santiago de Chile. Universidad de los Andes. El 29 de noviembre de 2012.

primero es que la terminología de “costes y beneficios” estimule una interpretación meramente economicista que no me parece adecuada. Los costes y beneficios no han de entenderse, pues, en términos dinerarios, ni siquiera tampoco en términos cuantitativos, sino que se refieren al grado de lesión y satisfacción de bienes o principios constitucionales que a veces tutelan posiciones o expectativas valiosas para un solo individuo, cuya garantía resulta constitucionalmente tan relevante como la de aquellos otros que protegen intereses colectivos. El segundo problema aparece cuando la proporcionalidad en sentido estricto se hace valer en el enjuiciamiento de normas generales y más concretamente leyes. Aquí el carácter consecuencialista del argumento bien podría desembocar en una ablación, en una eliminación absoluta de uno de los principios en pugna, y ello ocurrirá cuando la necesidad y la urgencia de atender a un fin valioso e importante mostrase como justificada la postergación general de otro bien o derecho. En materia de derechos fundamentales, ésta es una consecuencia que puede evitarse a través de la cláusula del contenido esencial, pues, cualquiera que sea su discutido alcance, debe al menos servir como contrapunto de los argumentos ponderativos...”.⁵²

Porque los derechos no son la proporcionalidad, ni la proporcionalidad son los derechos. Considero que la ponderación o proporcionalidad, en sentido estricto, es otro mecanismo de límite al poder. Los derechos en sí no son “pesables” y no se puede “pesar” la relación legislador como expresión de la reserva legal de los derechos y el control judicial como parámetro de protección. Lo que sí cabe es entregar tipos de escrutinios al juez constitucional, que permitan identificar vicios de constitucionalidad. Estos escrutinios no se encuentran en relación a la ponderación de la medida, sino en cuanto a su lesividad en razón de la arbitrariedad que implican. La arbitrariedad se determina con el ejercicio de la vulneración de un derecho. El control del margen de apreciación del legislador debe ser más estricto en razón de la lesividad provocada, que se puede determinar sin pesar los derechos sino en cuanto al daño en su contenido, evitando el consecuencialismo de superponer un derecho a otro⁵³. Por tanto, entendemos que el principio de proporcionalidad “es antes que todo un mecanismo de control del poder, o lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. Y no lo será, si en la práctica ella se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate”.⁵⁴

⁵² PRIETO (2003), p. 203.

⁵³ En este mismo sentido y sobre los problemas del planteamiento de ALEXY, véase ARNOLD; MARTÍNEZ; ZÚÑIGA (2012), pp. 80 a 85.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 86.

Este sentido de límite al poder es el que también inspira la idea de error manifiesto de apreciación del legislador. El control por error manifiesto será un control de exceso de poder que no requiere “pesar”, sino que es evidente y claro en cuanto a la formulación de la densidad normativa que la Constitución estableció para el ejercicio de una potestad constitucional y al núcleo esencial de cada derecho. Entonces, se refiere a la determinación del grado de discrecionalidad disponible para el caso concreto, conforme a la función del poder atribuido y la norma establecida en contrapunto con la Constitución. Si el error no es manifiesto o irrazonable, la ley será declarada constitucional, ejerciendo un control mínimo de estándar o escrutinio suave. Si con este mismo estándar o escrutinio suave se considera que el error es manifiesto y grosero, la norma será declarada inconstitucional.

El funcionamiento se revisará a continuación en el apartado siguiente, sobre control judicial.

C. Control judicial y exceso de poder

El control judicial de la ley es un ejercicio de razonabilidad, que responde a los requerimientos jurídicos de la potestad normativa del Parlamento. En cuanto a las potestades políticas del Parlamento, en principio éstas no son controlables por el Tribunal Constitucional, salvo que la política pública impuesta sea contraria a Derecho. Es ese Derecho el que deben defender los jueces constitucionales en la ley que goza de legitimidad democrática. La Constitución, que es el parámetro de control de la ley, tanto *a priori* como *a posteriori*, implica que como norma jurídico política admita diversas intensidades en el control de la constitucionalidad de la ley. Esta es la razón de la deferencia constitucional y del margen de apreciación del legislador. Es la naturaleza jurídica y política de la Constitución la que determinada normativamente expresa la forma de control de la ley. En este sentido, lo que tiene de política está sujeto a control político, lo que tiene de jurídico está sujeto a control por los jueces.

En términos generales, la relación entre el margen de apreciación del legislador y el control judicial, plantea exactamente la relación entre Política y Derecho, y esta relación es conflictiva y a la vez complementaria, en cuanto ambos se interesan por la libertad, el orden, los derechos, la legitimidad.⁵⁵

⁵⁵ PEREIRA (2010), p. 61.

En términos específicos, se ha escrito bastante sobre lo problemático que puede resultar la “juridificación de la política”⁵⁶ en la relación tribunales constitucionales y democracia. Para ser más concretos, en la relación ley, como expresión de consenso democrático, y justicia constitucional, que adolecería de esta legitimidad inicial. En este sentido, se trata de los límites de la propia justicia constitucional. Se trata de la forma en que debe ejercer el control en lo que tiene de político la Constitución y la ley.

Esto se traduce en “la autolimitación (el muy conocido *self-restraint*) con que actúa o debe actuar, por el cuidado que tiene o debe tener en no invadir la esfera de los demás órganos del Estado, en respetar no la discrecionalidad sino la libertad de configuración de los órganos políticos, singularmente el legislador...”.⁵⁷ La objeción democrática a la justicia constitucional se plantea como un criterio de limitación de la misma. Cuando hablamos de margen de apreciación del legislador y control judicial, no hacemos referencia a la mera deferencia razonada en que se traduce el control. El sentido de esta expresión se encuentra en la intensidad del ejercicio del control de la ley. En tal sentido, constituye una herramienta para los propios jueces constitucionales para formular la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de ésta.

Así se ha entendido en los sistemas constitucionales de Francia y Alemania. Por ello, se analizarán a continuación.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

A. Tres consideraciones sobre el Margen de apreciación y el control judicial por error o perjuicio manifiesto en el Conseil Constitutionnel

1. Sobre la intensidad del control de constitucionalidad de la ley

En Francia, el *Conseil Constitutionnel* ha acuñado la expresión “*rapport de constitutionalité*” para referirse a la intensidad del control. Se refiere a la relación de subordinación entre las reglas constitucionales y la legislación. La intensidad

⁵⁶ PÉREZ (1988), p. 14.

⁵⁷ PÉREZ (1988), p. 19. El autor distingue entre discrecionalidad y libertad. Para este trabajo hemos considerado las expresiones indistintamente. La discrecionalidad parece tener para los autores una connotación negativa en cuanto potestad no sujeta a límites de ningún tipo. Si se entendiera así la distinción merece la pena, pero en este trabajo entendemos que no existe potestad sin control como se establece en los primeros apartados sobre el origen del margen de apreciación.

del control es definida por el grado de adecuación que se exige a la norma inferior para con la superior, esta adecuación definirá el tipo de control ejercido por el Consejo Constitucional que puede variar desde la estricta conformidad hasta la mera compatibilidad entre la primera y la segunda.

Por lo tanto, el Consejo Constitucional no ejerce el control de constitucionalidad de la misma manera en todos los casos. El análisis de este control permite afirmar la existencia del *rapport de constitutionnalité* a partir de la actuación del juez constitucional y, en particular, del análisis de la manera concreta en la que el Consejo Constitucional ejercita, cuando es requerido para ello, su función de control de constitucionalidad de los actos jurídicos fundamentales.

Así, en materia de control de constitucionalidad represivo de la ley sobre libertad de iniciativa económica ha dicho: “[E]l Consejo estima que las reservas hechas por la ley, están encaminadas a que las personas que ejercen determinadas tareas lo ejerzan bajo la obtención de un título profesional y que esto no constituye una violación al derecho al empleo. Considera además, que algunas actividades podrían resultar riesgosas y las reservas hechas por el legislador son adecuadas en este sentido”.⁵⁸

En consecuencia, el control de constitucionalidad de la ley de iniciativa económica permite que el legislador distinga dentro de su esfera de libertad de configuración los requisitos para ejercer un cargo determinado sin que esto constituya un perjuicio a la libertad de trabajo. El *Conseil Constitutionnel* ejerce un control mínimo en este caso.

Asimismo, el *Conseil Constitutionnel* en el ejercicio del *rapport de constitutionnalité* distingue entre *rapport de conformité* y *rapport de compatibilité*.

Así, el *rapport de conformité* es un escrutinio más exigente en el control de constitucionalidad de la ley. La exigencia se traduce en la estricta conformidad de la ley. El *rapport de compatibilité*, por su parte, se refiere a materias en que no existe un tratamiento tan pormenorizado en el texto constitucional. “[E]l control por el Consejo Constitucional es mucho menos intenso, pues, en este caso, el

⁵⁸ *Conseil Constitutionnel*, N° 2011-139 QPC, 24 de junio de 2011. Requerimiento de QPC o cuestión prioritaria de constitucionalidad sobre la ley de libre iniciativa económica. Se trata del ejercicio de la atribución del control represivo de constitucionalidad estipulado en el artículo 61-1 de la Constitución francesa: “*Artículo 61-1*. Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo”.

legislador ya no tiene que someterse a una reglamentación previamente establecida en la Constitución limitándose a desarrollarla, sino que la mayoría de las veces su actuación únicamente se encontrará condicionada por la necesidad de respetar un principio constitucional enunciado en términos genéricos, y cuya plasmación concreta en el plano de la realidad puede llevarse a cabo de muy distintas maneras”.⁵⁹ Es este aspecto lo que constituye en esencia el margen de apreciación del legislador, en cuanto que pudiendo optar por distintas medidas cualquiera de ellas es válida y no afecta a la constitucionalidad de la norma producto del elemento de densidad normativa que permite al juez verificar la procedencia de la aplicación del margen de apreciación.

El *Conseil* ejerce *rapport de compatibilité* en un caso emblemático sobre nacionalización y derecho de propiedad. Se trata de un requerimiento efectuado por senadores y diputados conforme al artículo 61 de la Constitución francesa respecto de la ley de nacionalización, y la posible vulneración al derecho de propiedad, igualdad y justa indemnización. El caso es relevante, puesto que el Consejo Constitucional determina el estándar para el control de constitucionalidad de la ley a partir de la adopción de la técnica del error manifiesto por primera vez⁶⁰ en el derecho constitucional francés. Así el *Conseil Constitutionnel* resuelve: “(...) que la apreciación alcanzada por el legislador sobre la necesidad de la nacionalización decidida por la ley sometida al examen del Consejo Constitucional no puede ser impugnada, en ausencia de error manifiesto, no está establecido que la transferencia de bienes y de empresas operan en el campo de la propiedad privada y de la libre iniciativa y sean contrarias a las disposiciones precisadas de la Declaración de 1789”.⁶¹ Por ello, la ley no se declara inconstitucional sobre este punto y se resuelve finalmente una declaración de constitucionalidad parcial⁶², porque al ejercer el control mínimo la constitucionalidad de la ley impugnada no permite afirmar que exista un perjuicio manifiesto para los requirentes. En

⁵⁹ PARDO (1990), p. 197.

⁶⁰ Sin perjuicio de las alusiones a las sentencias del *Conseil Constitutionnel* N° 81-127 DC, 20 de enero de 1981 sobre seguridad y libertad, FAVOREU; PHILIP (1991), pp. 444 y ss. Y la sentencia N° 75-54 DC, 15 de enero de 1975, sobre interrupción voluntaria del embarazo, FAVOREU; PHILIP (1991), pp. 286 y ss. Que recae en el control de constitucionalidad de un tratado en que se afirma el poder de apreciación del legislador como forma de declarar la constitucionalidad de la ley. Pero este caso es el que se identifica como *arret du principe o leading case* en la materia.

⁶¹ FAVOREU; PHILIP (1991), p. 474 (la traducción es mía).

⁶² FAVOREU; PHILIP (1991), pp. 473 y ss. (la traducción es mía).

este caso no existe exceso de poder de acuerdo al control de constitucionalidad ejercido por el *Conseil*.

2. Sobre los fundamentos del control por error manifiesto en las sentencias del *Conseil Constitutionnel*

La jurisprudencia constitucional francesa fundamenta el control mínimo de constitucionalidad de la ley esencialmente en la diferente naturaleza del poder de apreciación del Parlamento con relación al *Conseil Constitutionnel*.

Además, fundamenta el control mínimo en la prohibición de exceso de poder o desproporciones manifiestas. Sin perjuicio, que este argumento puede encontrarse además en los casos en que se ejerce el control pleno de proporcionalidad y en los casos en que este control se ejerce conjuntamente con el control por error manifiesto.

Por lo tanto, respecto del primer argumento sobre la naturaleza de la apreciación del Parlamento, el *Conseil* entiende que: “[E]l artículo 61 de la Constitución no confiere al Consejo Constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntico al que tiene el Parlamento. Pero, solamente es competente para pronunciar la conformidad a la Constitución de las leyes conferidas a su examen”.⁶³ En este sentido, un efecto propio de tal autolimitación consiste en que: “[É]l no puede pronunciarse sobre la oportunidad de las disposiciones legislativas”.⁶⁴

La oportunidad de las disposiciones legislativas se enmarca en la esfera del poder político del Parlamento para determinar las políticas públicas que se convertirán en ley para el Estado, pero que se encuentra sujeto a control político.

El poder político se legitima a través del ejercicio de soberanía que se expresa en la facultad de creación normativa del Parlamento.

Este poder de apreciación del Parlamento tiene límites. Es paradójico que estos límites sean además el fundamento del control mínimo. En virtud de ello, sobre el poder discrecional del legislador el Consejo Constitucional ha dicho que “ejerce un control restringido sobre la ley de amnistía dadas las limitaciones resultantes de la reintegración de salarios protegidos de las licencias que ello prevé, que pueden ser impuestas a los miembros de la sociedad en consideración al interés general (88-244 DC, 20 de julliet 1988)”.⁶⁵

⁶³ Tablas analíticas *Conseil Constitutionnel* (2012), p. 2336 (la traducción es mía).

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Conseil Constitutionnel*, N° 88-244 DC, 20 de julio 1988 (la traducción es mía).

Sobre el límite al poder discrecional del legislador el *Conseil* consideró que el legislador no excedió su poder de apreciación al momento de determinar la responsabilidad de un profesional de la salud en materias médicas no posibles de considerar en un diagnóstico médico prenatal. Así, el *Conseil* estableció que: “[E]n razón a la existencia de una falta característica (típica, antijurídica) para que se pueda hacer efectiva la responsabilidad de un profesional de la salud frente a una discapacidad no detectada durante el embarazo, el legislador consideró según el estado de conocimientos y técnicas, las dificultades inherentes al diagnóstico médico prenatal. A este fin, excluyó que esta falta pueda ser presumida o deducida de simples presunciones. La noción de ‘negligencia grave’ no se puede confundir con mala conducta. En consecuencia, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, la atenuación que procuran las condiciones en que pueda analizarse la responsabilidad de estos profesionales e instituciones comprometidas no es desproporcionada (20110-2 QPC, 11 juin 2010)”.⁶⁶

Otro límite al poder discrecional del legislador es la selección de modalidades manifiestamente inapropiadas a su objetivo. Para estos efectos el *Conseil* vuelve a considerar que no tiene el mismo poder de apreciación del Parlamento.

En un caso concreto relativo a los poderes de la Asamblea de la Polinesia Francesa, aplicó conjuntamente los dos fundamentos de la naturaleza del poder de apreciación del Parlamento y los límites del poder discrecional del legislador para evaluar que no adoptó medidas excesivas para aplicar el control mínimo y declarar la constitucionalidad de la ley.

En consecuencia, el *Conseil* sostiene que “[S]i el legislador orgánico, competente para fijar la duración de los poderes de la asamblea de la Polinesia Francesa, puede modificar esta duración en miras al interés general y sujetos al respeto de las reglas y principios de valor constitucional, no pertenece al Consejo Constitucional que no dispone de un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza del Parlamento, de investigar si el objetivo determinado que le ha asignado el legislador podría lograrse por otros medios, que las modalidades seleccionadas por la ley no son manifiestamente inapropiadas a su objetivo”.⁶⁷

Por lo tanto, la intensidad del control del juez se encuentra modulada por el margen de apreciación del legislador y los límites señalados precedentemente. Generalmente, el margen de apreciación opera como un argumento judicial para

⁶⁶ *Conseil Constitutionnel* N° 20110-2 QPC, 11 junio 2010 (la traducción es mía).

⁶⁷ *Conseil Constitutionnel* N° 2007-559 DC, 6 diciembre 2007, 8 diciembre 2007. En el caso hubo dos requerimientos acumulados bajo el mismo número de causa, por esta razón se exponen las dos fechas.

declarar la constitucionalidad de la ley sometida a examen ante el *Conseil Constitutionnel*. Sin embargo, se declarará la inconstitucionalidad de la ley si existe error manifiesto.⁶⁸

3. Sobre la técnica del error manifiesto, la proporcionalidad y la ponderación

El error manifiesto como vicio de constitucionalidad constituye una forma de ejercer el control mínimo. En palabras de Pardo “[L]a máxima expresión de este necesario e inevitable *self-restraint* del juez constitucional la alcanza el Consejo con su doctrina del error manifiesto, formulada por primera vez de manera explícita en la decisión 132 DC de 16 de enero de 1982 sobre las nacionalizaciones...”.⁶⁹ La razón de este control mínimo se encuentra en la concepción francesa de la ley como manifestación de la voluntad soberana, y así se explica al fundamentar su aparición como forma de control en Derecho constitucional: “(...) el Consejo Constitucional está implícitamente invitado a inspirarse de la jurisprudencia administrativa (...). Pero el juez constitucional no está en la misma posición que el juez administrativo, al igual que la Administración con el Parlamento que no dispone de un simple poder discrecional sino de un poder soberano”.⁷⁰

Por lo anterior, el control por error manifiesto de apreciación del legislador es un *rapport de compatibilité*, un control mínimo. El error manifiesto como vicio significa establecer un parámetro de control de constitucionalidad de la ley para el efecto de determinar su derogación o no.

Las materias en las cuales el *Conseil* se ha referido al error manifiesto son múltiples. Por ejemplo, en relación al carácter manifiestamente desproporcionado de una medida fiscal, régimen electoral, necesidad de las penas, en materia de fijación de la duración del mandato de quienes componen un órgano deliberante de una colectividad territorial, e incluso en materias de educación.

Así, por ejemplo, el *Conseil Constitutionnel* ha fallado, en materia de control preventivo de constitucionalidad sobre la ley de presupuestos, que: “(...) las evaluaciones atacadas de un error manifiesto de apreciación no distorsionan las grandes líneas del equilibrio determinado para la ley de finanzas. (...) Considere-

⁶⁸ Inspirado evidentemente por el control ejercido por el Consejo de Estado como se señaló al comienzo de este trabajo.

⁶⁹ PARDO (1990), p. 198.

⁷⁰ FAVOREU; PHILIP (1991), p. 487 (la traducción es mía).

rando, de una parte, que el Consejo Constitucional no tiene un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que el Parlamento, que no busca si los objetivos que se asigna el legislador podrían haber sido alcanzados por otros medios, desde que las modalidades seleccionadas por la ley no son manifiestamente inapropiadas al objetivo buscado, al reducir el número de tramos y la reducción de la tasa impositiva de la riqueza el legislador no comete ningún error manifiesto de apreciación; (...).⁷¹ En virtud de todo ello, el *Conseil* declaró la constitucionalidad de la ley impugnada.

A partir de esta sentencia, es interesante constatar que el núcleo del margen de apreciación del legislador es una creación jurisprudencial que atiende a un test de sentido común o razonabilidad, que se traduce en autolimitación. Además, se encuentra en esta sentencia la convergencia del test de proporcionalidad con el control mínimo por error manifiesto. En concreto, el *Conseil* aplicó los dos primeros pasos del test de proporcionalidad, en conjunto con la comprobación de ausencia de perjuicio porque señala “que no busca si los objetivos que se asigna el legislador podría haber sido alcanzado por otros medios, desde que las modalidades seleccionadas por la ley no son manifiestamente inapropiadas al objetivo buscado, al reducir el número de tramos y la reducción de la tasa impositiva de la riqueza el legislador no comete ningún error manifiesto de apreciación”.⁷²

Por lo tanto, en este caso los estándares explicativos del error manifiesto se encuentran en el principio de proporcionalidad⁷³. En el entendido que el Consejo Constitucional francés ejerce el control de constitucionalidad a partir de la proporcionalidad como un test evolutivo de tres pasos. Considerando la norma en abstracto frente a la Constitución,⁷⁴ y realizando el test de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en forma sucesiva. Si la norma controlada no es constitucional en el subtest de adecuación, los dos pasos restantes del test de proporcionalidad no serán efectuados. Tal como señala Bon: “[C]iertamente, es excepcional que el Consejo Constitucional ejerza sucesivamente estos tres controles. La situación más frecuente es su aplicación en solitario o en tándem,

⁷¹ *Conseil Constitutionnel*, N° 87-237 DC, 30 diciembre 1987 (la traducción es mía).

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Que aun cuando no existe en el derecho constitucional francés un principio general de proporcionalidad, la doctrina ha entendido ciertas manifestaciones en los artículos 8, 9, 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

⁷⁴ Incluso en el control *a posteriori* producto de la ley constitucional N° 724-2008 de 23 de julio de 2008. Pues el juez constitucional francés, en principio, no se enfrenta a los hechos del caso concreto.

es decir que sólo se ejerzan uno o dos. Pero, en todo caso, el control del error manifiesto se puede ejercer con cada uno de los tres niveles”.⁷⁵

Por ende, el control por error manifiesto es el control mínimo ejercido por el Consejo Constitucional, mediante el cual el juez verificará que dentro del margen de apreciación del legislador, la opción adoptada por éste no sea irrazonable o manifiestamente desproporcionada y que permite en cada subtest de la proporcionalidad revisar la constitucionalidad sobre errores groseros o graves que produzcan perjuicio.

En consecuencia, en el caso de la necesidad de la medida, se evaluará que no exista una medida excesiva en razón al fin perseguido. Y en el caso del control de proporcionalidad *stricto sensu*, el control del error manifiesto se configura por la constatación de la intensidad de la medida que se controla, sólo en cuanto ésta sea desproporcionada para los efectos del interés público perseguido. La inconstitucionalidad de la norma será declarada por error manifiesto y no por test de proporcionalidad, pues la concepción francesa entiende al primero como un control mínimo y el segundo como un control normal o pleno.

Sin embargo, tanto el control por error manifiesto como el control de proporcionalidad tienen en común la idea de intensidad del control constitucional. Puesto que en algunos casos el control será mínimo y en otros un control de proporcionalidad pleno. Además, pueden ejercerse en distintos niveles, como mecanismos de control de exceso de poder. Pero no son sinónimos, porque el control de proporcionalidad con o sin los tres pasos es un control de intensidad mayor que no opera por la sola presencia o ausencia de perjuicio manifiesto, aunque puedan utilizarse indistintamente.

Esto significa entender, tal como lo afirma Gosel Le-Bihan que: “[C]ontraariamente a una opinión profesada, el control de proporcionalidad ejercido por el Consejo no es hoy un control restringido, en el sentido de un control reducido a la sanción sólo de errores manifiestos: incluso si el campo del control restringido es amplio es fácilmente identificable –el control es explícitamente reducido a solas desproporciones manifiestas– está situado frente a otro campo o tal reducción no existe –en la proporcionalidad–. El control ejercido puede ser considerado como pleno”.⁷⁶

Conforme a lo anterior, la distinción entre proporcionalidad como control pleno y error manifiesto como control mínimo, se presentó en un caso de con-

⁷⁵ BON (2012), p. 17.

⁷⁶ GOESEL-LE BIHAN (2009), pp. 200-20 (la traducción es mía).

trol preventivo de la ley que refuerza la lucha contra la reincidencia de mayores y menores de edad. En esta sentencia N° 2007-554 DC de 9 de agosto de 2007, los diputados y senadores requirentes impugnan la ley, principalmente respecto de la conformidad con la Constitución en materia de disposiciones relativas a las penas mínimas en caso de reincidencia de mayores y menores de edad, al derecho aplicable a los menores reincidentes, así como al requerimiento de asistencia.

El Consejo Constitucional en este caso ejerce control mínimo respecto de la necesidad de las penas con relación a la infracción cometida, constatando que en esta materia no existan desproporciones manifiestas. En palabras del *Conseil*: “que, si la necesidad de las penas correspondientes a las infracciones depende del poder de valoración del legislador, incumbe al Consejo Constitucional asegurarse de la ausencia de desproporción manifiesta entre la infracción y la pena incurrida;”.⁷⁷ Por una parte, el Consejo se autolimita a la constatación de errores manifiestos. Por otra, ejerce un control de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el legislador para menores reincidentes de un delito. Lo anterior se desprende del análisis de las normas vigentes sobre la materia en relación con la ley cuya inconstitucionalidad es solicitada por los requirentes. El *Conseil Constitutionnel* analiza la situación de esta manera: “Considerando que las disposiciones criticadas mantienen el principio según el que, salvo excepción justificada en el caso concreto, los menores de más de dieciséis años se benefician de una atenuación de la pena; que, si esta última no se aplica a menores de más de dieciséis años cuando ciertas infracciones han sido cometidas de nuevo en estado de reincidencia legal, la jurisdicción puede resolver de otro modo; que, además, tal y como resulta de los debates parlamentarios, el legislador no ha querido descartar las disposiciones de los artículos 2 y 20 del decreto-ley de 2 de febrero de 1945 en virtud de las cuales la jurisdicción competente con respecto a un menor pronuncia una medida de protección, asistencia, vigilancia y educación y puede, no obstante, aplicar una sanción penal si lo considera necesario; que de todo ello se desprende que las penas mínimas previstas por los artículos 132-18, 132-18-1 y 132-19-1 del Código Penal tan sólo se aplicarán en este último caso;”.⁷⁸ Por consiguiente, el *Conseil* concluye que “[a]l adoptar estas disposiciones, el legislador no ha violado las exigencias constitucionales propias para la justicia de menores;”.⁷⁹

⁷⁷ *Conseil Constitutionnel*, N° 2007-554 DC, de 9 de agosto de 2007.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

Por último, el control de proporcionalidad ejercido por el *Conseil Constitutionnel* se basa en los argumentos ponderativos indicados por Alexy. Así se desprende del siguiente caso que analiza la libertad de emprendimiento. El *Conseil* sostiene como argumento del fallo “que el legislador adopta medidas propias a asegurar una conciliación que no es manifiestamente desequilibrada entre el respeto a la libertad de emprendimiento y la protección de la salud, prevista por la undécima línea del Preámbulo de la Constitución de 1946, también que la prevención de atentados al orden público y a la seguridad de las personas, que constituye un objetivo de valor constitucional”.⁸⁰ El parámetro de proporcionalidad y de falta de desproporción manifiesta es fruto del balance entre el equilibrio de los derechos en conflicto. Así se desprende en la relación que se realiza entre el respeto a la libertad de emprendimiento y la protección de la salud. Estimo que este *balancing test* es contrario al sentido de la proporcionalidad y del error manifiesto. La comparación permite afirmar que no existe desequilibrio entre ambos derechos. Pero, la forma de establecer esta conclusión puede llevarse a cabo con el cuestionamiento de la lesión de cada uno de los derechos involucrados y un juicio sobre la constitucionalidad o exceso de poder ejercido en cada uno de ellos. El balance o ponderación como sinónimo de proporcionalidad desnaturaliza la medida porque olvida la exigencia constitucional del respeto de los derechos, cualquiera que éste sea, porque permite sopesar un derecho por otro y abandona la posibilidad de utilizar la proporcionalidad como un límite frente a las actuaciones ilegítimas de un órgano del Estado.

Aún la evolución del derecho constitucional francés mantiene esta reminiscencia a la ponderación como sinónimo de proporcionalidad que no parece adecuada en razón del origen del concepto que es el control de los poderes públicos y de sus eventuales excesos.

B. Tres consideraciones sobre el margen o libertad de configuración del legislador y el control de evidencia en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania

1. Sobre la intensidad del control de constitucionalidad de la ley

La expresión del principio constitucional de separación de poderes se manifiesta en Alemania a través de las múltiples técnicas de control que ejerce el Tribunal

⁸⁰ *Ibidem* (la traducción es mía).

Constitucional Federal. Éste considera el control de contenido, el control de evidencia, el control de apreciación del legislador, entre otros.

Así, a primera vista, la técnica del control de la apreciación del legislador suena lingüísticamente similar a la técnica de control por error manifiesto francesa. Pero los términos podrían tornarse confusos si no consideramos que el TCF realiza también el denominado control de evidencia. Por tanto, es necesario distinguir, siguiendo a Schneider, cómo opera el control del perjuicio manifiesto o desproporción manifiesta en el sistema constitucional alemán. Según este autor, se debe distinguir teóricamente entre los criterios de control y la densidad del control.

En principio, el margen de apreciación se asocia directamente a la densidad del control, porque en Francia es su natural estado. Pero, en Alemania el criterio de control también forma parte del concepto amplio de libertad de configuración, y de su específica prerrogativa de apreciación en el ejercicio de la medida proporcional, que es una obligación del legislador dentro del Estado de Derecho. Recordando que la proporcionalidad en Alemania no es un test de escrutinio constitucional, sino un principio que conduce a una obligación constitucional a la cual se encuentran vinculados los poderes públicos.

Así, Schneider distingue en los criterios de control: el control de contenido, el control de la apreciación efectuada por el legislador (*Vertretbarkeitskontrolle*), y, por último, el control de evidencia. A mi juicio, estos tres criterios de control no están exentos de un parámetro de intensidad. El control de contenido es aquel que a través de la interpretación constitucional “alcanza su máxima extensión”, y se reduce al máximo los márgenes políticos. Es propio del control en materia de derechos individuales.

El control de la apreciación efectuada por el legislador, pareciera ser el símil del control de perjuicio manifiesto en el derecho constitucional francés. Lo cierto es que, más allá de la palabra que se identifica al momento de la traducción, este control representa un criterio intermedio. De menor intensidad que la interpretación constitucional de contenido, pero de mayor densidad en comparación con el criterio del control de evidencia. El *Vertretbarkeitskontrolle* “exige solamente que la instancia controlada se haya conducido por una ponderación de los elementos de juicio disponibles que sea objetiva y defendible”.⁸¹ Es un control más bien de procedimiento. Se puede transformar en control de contenido, si el órgano controlado debe, a raíz de una inconstitucionalidad, rectificar la medida.

⁸¹ SCHNEIDER (1982), p. 43.

Este control de la apreciación del legislador es de carácter formal, en cuanto que el margen que efectivamente dispone el legislador en su prerrogativa, esto se refiere a la constatación de los procedimientos previstos por la Constitución como sinónimo de derecho aplicable a la función normativa del Parlamento. En términos generales se usa para los efectos de control de medidas presupuestarias y económicas adoptadas por el Parlamento.

El control de evidencia es similar a lo que en Francia es conocido como control de apreciación del perjuicio manifiesto. Esto, porque este tipo de control otorga mayor libertad al legislador y a los órganos controlados por el TCF. Se trata de un control de razonabilidad que “sólo cuando una disposición de los poderes públicos infringe la Constitución (...) a primera vista (...) de modo reconocible para todo hombre, abiertamente, inequívocamente, sin duda, es declarado anticonstitucional”.⁸² En materia de proporcionalidad se aprecia como un control de constatación de idoneidad de la medida, correlativo al sentido de “prerrogativa de apreciación” indicado precedentemente.

En consecuencia, Arnold señala que el fundamento del control de evidencia del TCF se relaciona con la idea de que el “(...) [E]stado de Derecho ha eliminado los espacios exentos de control jurisdiccional, por lo tanto, los actos de gobierno. Sin embargo, la apreciación de los órganos políticos es respetada y la Corte se limita a una censura en el caso de un atentado evidente a la Constitución”.⁸³ En este sentido, se pronunció el TCF respecto a los derechos sociales, en este caso sostiene que “[L]a ley Fundamental no tiene una lista de derechos fundamentales de carácter social –aunque tengan las Constituciones de algunos Lander; *cf.* Constitución del Estado Libre de Baviera (27) (arts. 166 y 167 sobre “el trabajo”)– ni de principios rectores que vinculen al legislador”.⁸⁴

Por último, en materia de densidad de control, se distingue entre control de comportamiento, de procedimiento y de resultado. El control de comportamiento respecto “a los actos del poder legislativo, se plantea únicamente si las instancias interesadas han actuado correcta o incorrectamente”.⁸⁵ Esto implica que puede existir sustitución de la apreciación del legislador a través de directrices del TCF para corregir aquello que sea contrario a derecho.

⁸² SCHNEIDER (1982), p. 44.

⁸³ ARNOLD (2011), p. 119.

⁸⁴ PEREIRA (2003), p. 34.

⁸⁵ SCHNEIDER (1982), p. 45.

El control de procedimiento se realiza en forma estricta y generalmente conduce a la inconstitucionalidad de la ley. Sin perjuicio de lo anterior, “se puede reconocer, en efecto, una cierta tendencia a evitar al máximo la comprobación de vicios de procedimiento en el *iter* legislativo o a aminorar su significación”.⁸⁶

Por último, el control de resultado, nos sitúa nuevamente en la proporcionalidad de la medida, y específicamente en la adecuación de ésta. “[L]os actos del legislativo se miden, en cuanto afectan a las libertades individuales, fundamentalmente por el principio de proporcionalidad. (...)”.⁸⁷ El legislador dispone de una libertad de apreciación de la realidad respecto de la idoneidad de la medida. Es lo señalado por el Tribunal Constitucional en el caso *Cannabis*, en el que efectuó un control de normas de la Ley de Estupefacientes que fue modificada en 1992.⁸⁸ Se trata según el TCF de “si las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes, en tanto que penalizan diferentes formas del comercio ilegal de productos de cannabis, son compatibles con la Ley Fundamental [...]”.⁸⁹

2. Sobre los fundamentos del control de evidencia y la proporcionalidad

En Alemania, la Constitución es la fuente de la legitimidad de los órganos estatales. En tal sentido, la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional Federal se enmarca en la Constitución como acuerdo sobre lo fundamental. Por esta razón en Alemania se entiende que “la expresión de la voluntad general del pueblo se efectúa por la Constitución, que es la manifestación más significativa de la legitimidad democrática”.⁹⁰

Esta concepción del constitucionalismo produce un efecto directo en el sentido del control de constitucionalidad de las normas (*normenkontrolle*)⁹¹. Así, la legitimidad democrática deriva de la Constitución y del Estado de Derecho. Esto, permite afirmar que el margen de apreciación del legislador se encuentra

⁸⁶ SCHNEIDER (1982), p. 48.

⁸⁷ SCHNEIDER (1982), p. 51.

⁸⁸ BON; MAUS (2008), p. 7.

⁸⁹ SCHWABE (2009), p. 105.

⁹⁰ ARNOLD (2011), p. 108.

⁹¹ Sobre las atribuciones de control de normas y otras facultades del TCF revisar FAVOREU (1994), pp. 70 y ss. Además, el capítulo noveno de la Ley Fundamental de Bonn, específicamente, en el artículo 93 que fija las competencias del TCF, sin perjuicio que algunas sentencias que aquí se indican son fruto de la atribución del recurso de amparo establecido en el artículo 100 de la Carta Fundamental alemana.

bastante limitado. Todo es sometido a control, y el problema se traslada a la intensidad del control que se ejerce. Además, la posición del Tribunal Constitucional Federal es de igual status que el *Bundesrat*, *Bundestag* y los demás órganos constitucionales. Porque, como se desprende de Kriele,⁹² la Constitución es sinónimo de Derecho.

Los métodos a disposición de la Corte para el ejercicio de la atribución constitucional de *normenkontrolle* oscilan desde la anulación de una ley, hasta la mera constatación de inconstitucionalidad de la ley. Esta última, constituye el sentido alemán del *selfrestraint*.

Sin embargo, la posición del legislador es primordial en su función de creación de normas. Además, en virtud de la teoría de cuestiones esenciales (*Wesentlichkeitstheorie*), implica que el legislador no puede transferir al Ejecutivo la función normativa para los temas de importancia.⁹³

La esencia de la libertad de configuración del legislador es su rol político, manifestado en su potestad de creación normativa. Como esta creación normativa no está exenta de control, la libertad de configuración del legislador es modulada por el Tribunal Constitucional Federal mediante los métodos de aplicación del control. Éstos se ejercen desde la mera constatación de inconstitucionalidad, hasta las invitaciones al legislador con un plazo determinado para la modificación de la norma o la anulación de la ley. Por lo tanto, el margen de apreciación del legislador se reduce a lo que la Corte Constitucional Federal afirma que es en cada sentencia. En este sentido, "... [E]l Tribunal Constitucional Federal ha expresado que la Ley Fundamental es neutral frente a la política económica; el legislador puede seguir cualquier política económica que le parezca adecuada, siempre y cuando acate la ley fundamental y, en especial, los derechos fundamentales (BVerGE 4.7 (17 y ss.)– Ley de incentivo a las inversiones)."⁹⁴

Por último, la libertad de configuración es un modelo de argumentación judicial utilizado por el Tribunal Constitucional. Como señala Schneider "[A]ntes que se impusiera con carácter general el concepto de 'libertad de configuración del legislador', se hablaba de 'discrecionalidad'. El nuevo concepto quiere decir que, dentro de los límites extremos (arbitrariedad, desproporcionalidad, abuso), no se produce ningún control de contenido de las decisiones legislativas por parte del Tribunal Constitucional, lo que ciertamente no impide un control de

⁹² KRIELE (1980), *passim*.

⁹³ ARNOLD (2011), p. 117.

⁹⁴ SCHWABE (2009), p. 47.

comportamiento o de procedimiento. Cuando se renuncia también al control del comportamiento, el Tribunal suele hablar de ‘libertad de resolución’ (*Entschliessungsfreiheit*). Mientras tanto se ha concretado el concepto general de ‘libertad de configuración’: dentro del marco de control de proporcionalidad se concede al legislativo una ‘prerrogativa de apreciación’ de la idoneidad de ciertos medios al disponer de ‘un ámbito de libertad’ en la comprobación de la necesidad. Sería preciso mantener esta terminología y no volver a la del Derecho Administrativo (discrecionalidad...) ⁹⁵ con el fin de evitar al máximo los malos entendidos” ⁹⁶

En este mismo sentido, la apreciación se entiende como un proceso intelectual que implica la evaluación para la adopción de una ley o no. Por ejemplo, en materias medioambientales se debe evaluar las soluciones que resulten eficientes para la protección del bien jurídico que es materia de ley.

3. Sobre el error manifiesto, la proporcionalidad y ponderación

El Tribunal Constitucional Federal ejerce un control de proporcionalidad de tres pasos realizando un control de contenido. El control de evidencia es un control de carácter accesorio en relación con este control de contenido que se realiza como regla general.

En este sentido, el sistema constitucional alemán basado en los derechos fundamentales generalmente evalúa la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en el examen de constitucionalidad de la ley.

El TCF se pronuncia sobre el principio de proporcionalidad en materia de restricciones a la libertad y, además, establece el contenido de la prerrogativa de apreciación del legislador como límite al ejercicio del control de constitucionalidad de la ley. La sentencia es relevante desde ambas perspectivas. Sobre el principio de proporcionalidad y los tres pasos de evaluación señala que “[D]e acuerdo con ese principio, la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada cuando, con su ayuda, se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo, que implicara una restricción o limitación menor del derecho fundamental (cf. BVerfGE 30, 292 [316]; 63, 88 [115]; 67, 157 [173,176]). Para juzgar la idoneidad y necesidad del medio elegido

⁹⁵ Véase apartado de margen de apreciación en la doctrina de derecho administrativo alemán.

⁹⁶ SCHNEIDER (1982), p. 55.

para alcanzar los objetivos deseados, así como para llevar a cabo en este contexto la evaluación y pronóstico de los peligros que amenazan a los individuos o al interés general, se le ha atribuido al legislador un espacio de decisión, el cual sólo puede ser examinado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada, dependiendo de la clase de asunto que esté en discusión y del bien jurídico que esté en juego, de modo que el Tribunal pueda dictar una sentencia suficientemente segura (cf. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]).⁹⁷

En conformidad con lo anterior, el TCF ha establecido en materia de penalización de conductas que “corresponde al legislador determinar en forma vinculante el ámbito de las actividades susceptibles de ser penalizadas, teniendo en cuenta las respectivas circunstancias de los individuos. El Tribunal Constitucional Federal no puede examinar si la decisión del legislador constituye la solución más idónea para alcanzar los fines que se persiguen, o si aquélla es la más justa o razonable; tiene que limitarse simplemente a vigilar que las normas penales se encuentren materialmente en consonancia con las disposiciones de la Constitución y que cumplan con los principios constitucionales no escritos, así como con las decisiones fundamentales en las que se basa la Constitución (cf. BVerfGE 80, 244 [255] con más referencias).⁹⁸

Esta sentencia explica el sentido del margen de apreciación *en* la proporcionalidad, a partir de la prerrogativa de legislador para establecer la idoneidad y necesidad de una medida determinada. La medida cuenta con un límite para el legislador como para los jueces constitucionales. Ambos se encuentran vinculados al Derecho por una prohibición de exceso de poder y de seguridad jurídica como fundamento de este tipo de autorrestricción.

La fundamentación acorde al sentido del margen de apreciación o más bien prerrogativa en el caso alemán, se encuentra en la idea constitucional que subyace en Alemania. Así, “[l]a Corte Constitucional Federal no interviene en el margen de apreciación del legislador. Ella se presenta como guardián del marco constitucional en el que se realiza la función creadora del legislador. Pero esto no excluye que la Corte haga indicaciones sobre la manera de modelar una ley para evitar una nueva inconstitucionalidad”.⁹⁹

Considero que el núcleo del margen de apreciación del legislador se encuentra en la deferencia del Tribunal Federal de declarar una interpretación conforme a la

⁹⁷ SCHWABE (2009), p. 107.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ ARNOLD (2011), p. 119.

Constitución y la no anulación de la ley. Esta máxima en razón de los derechos fundamentales, el Tribunal tiene legitimidad para controlar todo acto de los poderes públicos.

En este sentido se enmarca la expresión alemana “*vertretbar*”, que implica que existen varias opciones, y algunas de ellas son razonables, aunque no justas. Sin embargo, no se trata de decisiones absurdas, sino de una opción sostenible. En caso contrario, se trata de un perjuicio manifiesto. Así se indica en la sentencia del TCF sobre libertad de asociación de los trabajadores, en cuanto a la obligación legal impuesta de pertenecer a asociaciones de derecho público. El TCF declara que las leyes de los estados de Bremen y Saarland sobre el establecimiento de gremios de trabajadores y corporaciones de derecho público, que obligan a todos los trabajadores a pertenecer a ellas, son compatibles con la Ley Fundamental. El argumento de la declaración de constitucionalidad reside en la prerrogativa del legislador. Considera que “la pregunta acerca de las restricciones constitucionales sobre la pertenencia obligatoria a una asociación de derecho público [...] no se puede responder con base en el Art. 9 de la Ley Fundamental, ya que esa disposición garantiza simplemente la libertad de establecer asociaciones de derecho privado, y de entrar y permanecer en ellas. Más bien, el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental señala que una pertenencia obligatoria tal es posible sólo en el marco de un ordenamiento que se encuentre de conformidad con la Constitución. De ahí que las asociaciones de derecho público sólo pueden ser creadas para cumplir con una función pública *legítima*. Es por tanto un asunto reservado a la discrecionalidad del legislador el decidir cuáles de esas funciones públicas deberán ser cumplidas directamente a través de los órganos estatales y cuáles por medio de instituciones o corporaciones de derecho público creadas para tal efecto. Por tanto, el Tribunal Constitucional Federal sólo puede examinar si el legislador ha tenido en cuenta los límites de su poder discrecional. El Tribunal Constitucional Federal no debe examinar si la elección de la forma de organización fue adecuada a los fines o era necesaria”.¹⁰⁰ El Tribunal realizó un control de evidencia constando que la medida no es irracional de acuerdo a los fines legítimos perseguidos por el legislador, en cuanto su prerrogativa de apreciación en el ejercicio de una atribución constitucional proporcionada resulta adecuada.

No obstante, la proporcionalidad en sentido estricto en el sistema alemán, al igual que en el francés, adopta la aplicación de proporcionalidad como sinónimo de ponderación, como ocurre, por ejemplo, en materia de despenalización del

¹⁰⁰ SCHWABE (2009), p. 103.

aborto, ya que el Tribunal Constitucional Federal: "... [S]iempre ha destacado que es tarea del legislador decidir de qué manera quiere cumplir su deber constitucional de proteger la vida. En el procedimiento de inconstitucionalidad puede tener lugar un control de representatividad o incluso un control más intenso de contenido. Con relación al problema del aborto, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado, además que la pena nunca puede ser un fin en sí misma; es la *última ratio* en el instrumentario del legislador, y su empleo se somete al principio de proporcionalidad. La aplicación de esta máxima exige tanto del legislador como del tribunal que lo controla que realicen un pronóstico. El Tribunal Constitucional Federal ha desarrollado directrices en codecisión respecto de las exigencias que se hacen al pronóstico para su aceptación constitucional (vid. BVerGE 50, 290 (332 ss.)). El Parlamento Federal ha cumplido con estas exigencias. La ley impugnada establece una nueva y mejor técnica de protección de la vida en gestación y al mismo tiempo otorga vigencia al interés, en una respuesta normativamente adecuada y humanamente justa, a la peculiar situación de la mujer afectada".¹⁰¹

Al respecto, Grote indica que, "la obligación de protección implica la adopción de medidas legales, incluso en el ámbito del derecho penal, para hacer respetar el derecho de la vida tanto en los poderes públicos como por los privados, dado que la vida es un valor absoluto, de imposible restitución en caso de su violación. El legislador goza de un margen de apreciación en la selección de los medios que le parezcan adecuados y necesarios para realizar este fin; sin embargo, está obligado constitucionalmente a considerar también las sanciones penales si ningún otro medio ofrece protección suficiente. Sobre este fundamento doctrinal, el Tribunal ha declarado inconstitucional la despenalización generalizada del aborto consentido dentro de un plazo fijado por la ley, en las cuales el valor constitucional de la vida del *nasciturus* entra en colisión con otros valores constitucionalmente protegidos de rango igual. Como la vida o la autodeterminación sexual de las madres. Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, vol. 7, p. 198".¹⁰²

El problema que presenta esta sentencia es que determina que la libertad de configuración del legislador en materia de derecho a la vida está subordinada a la ponderación de los derechos, situación que, como se explicó anteriormente, no compartimos. Se otorga margen de apreciación del legislador para entregar una interpretación conforme a la Constitución basado en la teoría del peso. Se pesa

¹⁰¹ ALÁEZ; ÁLVAREZ (2008), pp. 775 y 776.

¹⁰² GROTE (2003), disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-001220030002000007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-001220030002000007.

el derecho del *nasciturus*, con el derecho de autodeterminación de las madres. Esta situación en sí misma no resulta compatible con el sentido de la función constitucional del legislador. El legislador no debe actuar como una “balanza” entre derechos, sino que debe protegerlos, sin que la vulneración de un derecho implique el favorecimiento de otro. Lo contrario resulta contradictorio con el carácter absoluto que el propio TCF reconoce al derecho a la vida. Entonces, el margen no actúa como límite al poder, sino que se transforma en una posición máxima que no se deduce directamente de una interpretación constitucional conforme, si pensamos que la limitación a los derechos nunca puede ser una decisión política. Tampoco entendemos que el derecho a la vida pueda ser limitado por el derecho de la mujer, en virtud de su dignidad, porque el aborto no constituye una limitación del derecho, sino la vulneración del mismo. Y aunque la esencia de los derechos pueda ser difícil de explicar, ocurre que el aborto implica una violación al derecho en sí mismo porque claramente implica el término del derecho a la vida del *nasciturus*. Si esa es la esencia del derecho a la vida, no sabemos cómo podría no verse vulnerado por una decisión como ésta.

A mi juicio, y como señala Haas, el problema que presenta esta jurisprudencia¹⁰³ consiste en que “la ponderación y los criterios aplicados posibilitan al tribunal disimular a voluntad las decisiones del poder político y anteponer sus propias apreciaciones, también políticas, en la ponderación de todos los hechos que conoce, en el lugar del legislador”.¹⁰⁴

Por el contrario, esta situación no ocurrió en la sentencia en la que el Tribunal que se pronunció sobre la vida privada en ésta sostuvo que: “[A]demás, de conformidad con el Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el derecho previsto en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental tampoco puede ser violado en su contenido esencial (BVerfGE 27, 344 [350 y ss.]; 32, 373 [379]). Ni siquiera el interés general puede justificar la intervención en el ámbito de configuración de la vida privada, y que se encuentra protegido en forma absoluta; no es posible una valoración de conformidad con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, no todo el ámbito de la vida privada se encuentra bajo la protección absoluta garantizada por el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental (BVerfGE 6, 389 [439]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351]; 32, 373 [379])”.¹⁰⁵

¹⁰³ En todos los casos lógicamente se puede aplicar a otras jurisdicciones constitucionales.

¹⁰⁴ HAAS (2010), p. 374.

¹⁰⁵ SCHWABE (2009), p. 60.

De acuerdo a la jurisprudencia extractada, dos cuestiones deben ser consideradas. Primero, que la libertad de configuración del legislador se construye a partir de las técnicas de intensidad de control disponibles en el TCF. Segundo, que sólo a partir de la proporcionalidad surge la “prerrogativa de apreciación”, que implica una libertad del legislador en cuanto a la idoneidad de medios y fines en el ejercicio de la potestad normativa, lo cual es congruente con la idea que el control modula el concepto de apreciación. La diferencia es importante con relación a Francia, en cuanto a que el margen de apreciación no sólo opera en la proporcionalidad, sino que es una potestad basada en la separación de funciones.

En Alemania, la visión es a favor del control del derecho fundamental, pero con el alcance de determinar que la prerrogativa de apreciación del legislador en razón de la reserva legal le permite ponderar los intereses en juego. Como se señaló antes, este es un punto que parece discutible porque la teoría del peso resulta menos idónea al relativizar el contenido del derecho.

C. La inconstitucionalidad como límite al margen de apreciación en el caso francés y alemán

En principio, ambos sistemas –francés y alemán– parecen disímiles en cuanto a la aplicación de la técnica del control por error manifiesto y evidente. Principalmente, porque la soberanía parlamentaria constitucional francesa se presenta como reticente a un control sobre el Poder Legislativo y porque el propio *Conseil Constitutionnel* admite reiteradamente que no tiene el mismo poder de apreciación que el Parlamento. Por su parte, el sistema alemán surge desde la premisa contraria, es decir, el Tribunal Constitucional Federal adquiere su legitimidad en la Constitución que es sinónimo de derecho y la posición de éste resulta igualitaria e incluso privilegiada dentro de los órganos del Estado. Además, porque en Alemania la soberanía parlamentaria es un elemento importante dentro de su cultura constitucional, pero no es el más relevante.

En conformidad con lo anterior, el sistema constitucional francés ejerce la proporcionalidad con un test y el control mínimo parece la regla general. En Alemania, ocurre exactamente lo contrario, la proporcionalidad es una forma de actuación de los poderes públicos y es la regla general, por eso el control de evidencia podría calificarse de accesorio.

Pero, lo indicado anteriormente no es óbice para constatar que el límite del margen de apreciación es el propio control judicial por error manifiesto o de evidencia que se declara por el juez en la sentencia de inconstitucionalidad. Esto es así, porque aún en Francia la doctrina ha cuestionado si el control por error

manifiesto no es más que un control de la oportunidad del legislador.¹⁰⁶ Y en este sentido, los sistemas constitucionales se unen aun cuando los fundamentos iniciales son diferentes. Porque en Alemania la constitucionalidad es la forma de respetar los derechos fundamentales y en Francia la situación es la misma, en tanto que la soberanía de ley queda supeditada a la decisión de lo que el juez estime como error evidente.

En consecuencia, dada la magnitud del poder de los jueces constitucionales, estimo que la ponderación como sinónimo de control de derechos fundamentales puede resultar compleja porque puede traspasar la arbitrariedad desde el legislador a los jueces como indicó Haas (ya citada anteriormente). En este tópico, nos parece que el núcleo esencial del derecho y los límites inmanentes de éste pueden resultar de mayor justicia que la ponderación como argumentación judicial para la protección de los derechos de las personas.

CONCLUSIONES

La *constitucionalidad en el margen de apreciación* del legislador se entiende porque la Constitución es un límite al poder. La separación de poderes constituye un principio que concreta esta filosofía. En virtud de ello, los órganos del Estado gozan de cierta libertad de configuración en el ejercicio de sus funciones, pero se encuentran subordinados al derecho. El margen de apreciación del legislador se manifiesta en esta lógica de creación normativa que encuentra como límite el control del exceso de poder mediante el perjuicio o error manifiesto en los Tribunales Constitucionales.

El origen de este principio y su control se remontan a la creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés y la construcción teórica del Derecho administrativo alemán a través de sus diferentes aportaciones dogmáticas como la teoría de la función de la administración, los tipos de decisiones o la habilitación de la ley para el margen en el derecho administrativo. Sin perjuicio, que algunos autores, como se indicó, entienden que el origen del margen de apreciación del legislador es diferente al de la Administración por la naturaleza política del primero que no exime del control mínimo ya tantas veces indicado.

La aplicación de estos conceptos al derecho constitucional francés y alemán permite demostrar la existencia de una nueva técnica, que otorga seguridad jurídica en el ejercicio del control de proporcionalidad como límite al poder.

¹⁰⁶ Véase ROSSEAU (2010), pp. 150 y ss.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional francesa y alemana ha aplicado el principio del margen de apreciación en casos relativos al derecho de propiedad, intervención del legislador en materias de libertad de trabajo, libre iniciativa económica, presupuesto y circunscripciones electorales.

Por último, se ha demostrado al tenor de estas líneas que el control de constitucionalidad de la ley por el juez constitucional puede ser revisado desde distintas intensidades. El sentido de esta reflexión es el control de exceso de poder. Sin embargo, la aplicación conjunta de la proporcionalidad y del error manifiesto puede acarrear problemas, en cuanto que la ponderación como método de control implica que se sustituya la idea de control de exceso por un control de preferencias. Tal planteamiento, no resulta compatible con el sentido de la proporcionalidad y el perjuicio manifiesto, en el sentido que la proporcionalidad en sentido estricto está formulada para examinar la licitud de la intervención legislativa en el contenido del derecho, sin pesar un derecho con otro. No es necesario, desde esta perspectiva, atender a un estudio de costes-beneficios como lo ha hecho el *Conseil* o a la ponderación de la autodeterminación de la madre versus el *nasciturus* como ha dicho el TCF. Porque esto conlleva a perder el sentido del control de la intervención del legislador, y reemplazarlo por una balanza que permite anular un derecho por otro, siendo el juez constitucional quien decide, abandonando la deferencia inicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, Benito y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2008): *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2008): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Traducc. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ARNOLD, Rainer (2011): “Allemagne”, en *Annuaire international de justice constitutionnelle: Juges constitutionnels et parlements, les effets des décisions des juridictions constitutionnelles* (Vol. XXVII), pp. 107-122.
- ARNOLD, Rainer (2012): inédito. Conferencia “Deferencia y margen de apreciación en el control judicial en Alemania”, en el Seminario “*Margen de apreciación de los poderes públicos y control de constitucionalidad*”, en Santiago de Chile. Universidad de los Andes. El 29 de noviembre de 2012.
- ARNOLD, Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (Año 10, N° 1), pp. 65-116.

- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La Discrecionalidad Administrativa* (Madrid, Marcial Pons).
- BON, Pierre (2012): inédito. Conferencia “Deferencia y margen de apreciación en el control judicial en Francia”, en el Seminario “*Margen de apreciación de los poderes públicos y control de constitucionalidad*”, en Santiago de Chile. Universidad de los Andes. El 29 de noviembre de 2012.
- BON, Pierre y MAUS, Didier (2008): *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes* (Paris, Dalloz).
- BONNARD, Roger (1923): *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir* (Paris, Marcel Giard).
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2006): *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39, N° 2), pp. 447-480.
- DE LA CUÉTARA, Juan Miguel (1986): *Las Potestades Administrativas* (Madrid, Tecnos).
- FAVOREU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales* (Traducc. Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel).
- FAVOREU, Louis y PHILLIP, Loïc (1991): *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (Paris, Sirey).
- FORTSAKIS, Théodore (1987): *Conceptualisme et Empirisme en Droit Administratif Français* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).
- FUENTES TORRIJO, Ximena (2002): “La protección de la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos y la promoción de la democracia”, en *Revista de Derecho de Valdivia* (Vol. XIII), pp. 225-244.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2012): “El uso del Derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 39, N° 1), pp. 189-223.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1993): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Civitas), tomo I.
- GARCÍA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración* (Navarra, Thomson Reuters-Civitas).

- GOESEL-LE BIHAN, Valérie (2009): "France", en *Annuaire international de justice constitutionnelle: Le juge constitutionnel et la proportionnalité* (Vol. XXV), pp. 191-212.
- GROTE, Rainer (2003). "El Desarrollo Dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania". (Fecha de consulta: 11 de marzo de 2013). Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000200007&script=sci_arttext.
- HAAS, Evelyn (2010): "TCF Federal: Juridificación de la política-Politización de la justicia", en *Estudios Constitucionales* (Año 8, N° 1), pp. 367-378.
- HABERLE, Peter (2003): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Traducc. Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson).
- KRIEHL, Martín(1980): *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático* (Traducc. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma).
- LOCKE, John (2008): *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (Traducc. Carlos Mellizo, Madrid, Alianza).
- LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, Pierre y GENEVOIS, Bruno,(2001): *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Paris, Dalloz).
- LOWENSTEIN, Karl (1986): *Teoría de la Constitución* (Traducc. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel).
- MEDINA QUIROGA, Cecilia (1990): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Santiago, Cecilia Medina).
- MERKL, Adolfo (2004): *Teoría General del Derecho Administrativo* (Granada, Comares).
- MONTESQUIEU (2007): *El Espíritu de las Leyes* (Traducc. Mercedes Blázquez y Pedro de la Vega, Madrid, Tecnos).
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline (2010): *Curso de derecho administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos* (Traducc. Zoraida Rincón Ardila, Juan Carlos Peláez Gutiérrez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): "Consideraciones sobre la sentencia Rol N° 464-01-006 del Tribunal Constitucional chileno", en *Estudios Constitucionales* (Año 4 N° 1), pp. 437-465.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Librotecnia), tomo I.

- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012). “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en ACOSTA ALVARADO, Paola y NÚÑEZ POBLETE, Manuel (Coord.). (2012). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*. (Fecha de consulta: 11 de marzo de 2013). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>.
- PARDO FALCÓN, Javier (1990): *El Consejo Constitucional Francés. La jurisdicción constitucional en la quinta República* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- PEISER, Gustave (2006): *Droit administratif général* (Paris, Dalloz).
- PEÑA TORRES, Marisol (2006): “El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa”, en *Estudios Constitucionales* (Año 4, N° 1), pp. 173-184.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2003): *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción* (Santiago de Compostela, Tórculo Edicións).
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2006): *Teoría constitucional* (Santiago, LexisNexis).
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2010): *Política y Derecho* (Santiago, LegalPublishing).
- PÉREZ ROYO, Javier (1988): *Tribunal Constitucional y división de poderes* (Madrid, Tecnos).
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Trotta).
- ROSSEAU, Dominique (2010): *Droit du contentieux constitutionnel* (Paris, Montchrestien).
- SCHNEIDER, Hans (1982): *Democracia y Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Traducc. Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Konrad Adenauer).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago, LegalPublishing).
- WALINE, Marcel (1950): *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris, Librairie du Recueil Sirey).

- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 16, N° 2), pp. 249-272.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007): “Vieja-nueva Constitución”, en *Estudios Constitucionales* (Año 5, N° 1), pp. 349-370.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Ley Fundamental de la República Federal Alemana.
Constitución de Francia de 1958.
Loi constitutionnelle N° 724-2008, de modernisation des institutions de la V° République, de 23 de juillet de 2008.

JURISPRUDENCIA CITADA

Conseil Constitutionnel, sentencias

- N° 75-54 DC, 15 de enero de 1975. Sentencia recaída en el requerimiento de control de constitucionalidad preventivo sobre ley de aborto. Disponible en: FAVOREU, Louis y PHILLIP, Loïc (1991): *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (Paris, Sirey).
- N° 81-127 DC, 20 de enero de 1981. Sentencia recaída en el requerimiento de control de constitucionalidad preventivo sobre la ley de seguridad y libertad. Disponible en: FAVOREU, Louis y PHILLIP, Loïc (1991): *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (Paris, Sirey).
- N° 82-132 DC, 16 de enero de 1982. Sentencia recaída en el requerimiento de control preventivo sobre ley de nacionalizaciones. Disponible en: FAVOREU, Louis y PHILLIP, Loïc (1991): *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel* (Paris, Sirey).
- N° 87-237 DC, 30 diciembre 1987. Sentencia recaída en el requerimiento de control preventivo sobre ley de presupuestos Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/87-237-dc/decision-n-87-237-dc-du-30-decembre-1987.8345.html>

- Nº 88-244 DC, 20 de julio 1988. Sentencia recaída en el requerimiento de control preventivo de constitucionalidad sobre la ley de amnistía. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1988/88-244-dc/decision-n-88-244-dc-du-20-juillet-1988.8572.html>
- Nº 2007-559 DC, 6 diciembre 2007. Sentencia recaída en el requerimiento de control de constitucionalidad sobre la ley orgánica constitucional de la autonomía de las instituciones políticas de la Polinesia Francesa. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2007/2007-559-dc/decision-n-2007-559-dc-du-06-decembre-2007.1171.html>
- Nº 2007-554 DC de 9 de agosto de 2007. Sentencia recaída en el requerimiento de control preventivo de constitucionalidad sobre la ley que refuerza la lucha contra la reincidencia de mayores y menores de edad. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es2007554dc.pdf
- Nº 2011-139 QPC de 24 de junio de 2011. Sentencia recaída en el requerimiento de control represivo de constitucionalidad sobre la ley de derecho a la libre iniciativa económica. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2011-139-qpc/decision-n-2011-139-qpc-du-24-juin-2011.98175.html>
- Tablas analíticas Conseil Constitutionnel. Disponible en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_analytiques.pdf

*Tribunal Constitucional Federal alemán, sentencias*¹⁰⁷

- Sentencia BVerfGE 50, 290. 1 BvR 335/76 de 19 de diciembre de 1978, Cogestión de los Trabajadores. Disponible en publicación editada por la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf
- Sentencia BVerfGE 38, 281. 1 BvR 259/ 66 de 18 de diciembre de 1974, Gremios de trabajadores. Disponible en publicación editada por la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

¹⁰⁷ La página web del Tribunal Constitucional Federal alemán sólo recopila sentencias de éste desde el año 1998.

- Sentencia BVerfGE 90, 145. 2 BvL 43/ 92 de 3 de septiembre de 1994, Cannabis. Disponible en publicación editada por la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf
- Sentencia BVerfGE 39, 1.1 BvF 1/74 de 25 de febrero de 1975, Aborto I. Disponible en publicación editada por la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf
- Sentencia BVerfGE 88, 203. 2 BvF 2/90 y 4, 5/92 de 28 de mayo de 1993. Aborto II. Disponible en publicación editada por la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf
- Sentencia BVerfGE 34, 238. 2 BvR 454/71 de 31 de enero de 1973. Reproducción de una grabación secreta. Disponible en publicación editada por la Fundación Konrad Adenauer: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf