

“ACERCA DE LA CRÍTICA DE RALF POSCHER A LAS TESIS DE ROBERT ALEXY”

Dr. José Fernando Lousada Arochena
Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia
Doctor en Derecho / Graduado Social

Mi intervención en estas tan prestigiosas Jornadas sobre “Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales”¹ se inscribe dentro de una doble excepcionalidad que se resalta como muy evidente con la simple lectura del programa o el tríptico de las Jornadas.

La primera excepcionalidad viene dada por el Ponente cuya intervención debo comentar, que es el Catedrático Ralf Poscher, pues su intervención, a diferencia de los que hacen otros Ponentes (entre los cuales se encuentra el propio Alexy), no apoya la teoría sobre los derechos fundamentales de Robert Alexy, sino al contrario la crítica, y no solo la crítica en esta ocasión, sino que ya viene de anteriores ocasiones, lo que ha motivado que a su vez Alexy le haya contestado, y aquel contestado a esas contestaciones, existiendo, en consecuencia, un constante debate entre ambos con un elevado nivel doctrinal del que la Ponencia de Poscher en las presentes Jornadas debe ser considerado como un episodio dialéctico más.

Y la segunda excepcionalidad viene dada por mi propia condición de Juez frente a los/as demás Ponentes, que provienen del campo académico.

Esta doble excepcionalidad marcará el objeto de mi intervención. De un lado, porque me limitaré a analizar las críticas de Poscher expresadas en su Ponencia, contextualizándolas dentro de la discusión doctrinal que ha mantenido con Alexy y, con carácter más general, dentro de las diversas corrientes críticas a las tesis de Alexy. Aunque debo reconocer mi alineamiento en las tesis de Alexy desde que hace años leí la temprana traducción al

¹ Quiero agradecer la invitación a participar en ellas, desde este momento inicial, a María Elósegui Itxaso.

español de su “Teoría de los derechos fundamentales” (1993), no voy a intentar rebatir las críticas de Poscher porque creo que no es mi labor como comentarista –que se debe limitar a explicar esas críticas para así abrir el eventual debate- y, además, sería casi imposible –y en todo caso inalcanzable para quien esto escribe- entrar con argumentos nuevos en una discusión tan profunda en sus razonamientos y tan prolongada en el tiempo como la que mantienen Poscher y Alexy, aparte de intelectualmente desconsiderado con ambos una vez que ambos se encuentran presentes.

De otro lado, la segunda excepcionalidad a la que me referí me obliga (no tendría sentido sino haber invitado a un juez) a realizar alguna reflexión en relación con la aplicación de los derechos fundamentales desde la práctica de la actuación diaria de los tribunales ordinarios de justicia.

I. UNA APROXIMACIÓN GENERAL A LAS CRÍTICAS DOCTRINALES A LAS TESIS DE ALEXY

Las tesis de Alexy en orden a la argumentación jurídica en materia de derechos fundamentales, sobradamente conocidas, se sustentan en tres ideas centrales que, antes de exponer las diversas críticas, conviene recordar de manera somera: (1) las normas jurídicas pueden ser reglas, que son mandatos definitivos cuya aplicación se realiza a través de la subsunción, o principios, que son mandatos de optimización cuya aplicación se realiza a través de la ponderación; (2) la ponderación obliga a realizar un triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; y (3) su concreción se pretende realizar a través de la llamada fórmula del peso que toma en consideración, cuando se ponderan dos derechos, la intensidad de la intervención en uno u otro derecho derivada de la colisión de ambos derechos, sus respectivos pesos abstractos, y la seguridad acerca de las asunciones empíricas y normativas.

Pero así como estas tesis tienen un importante número de defensores en la doctrina científica, y son asumidas por los tribunales constitucionales, también presentan un importante número de críticos al extremo de que incluso se han realizado clasificaciones doctrinales de las clases de críticas. El propio Alexy ha contestado a sus críticas partiendo de previas clasificaciones (como la que

distingue entre críticas de inframoralización y críticas de supramoralización, y que ha desarrollado en estas Jornadas²).

Quizás la clasificación más conocida en la doctrina española de las críticas a las tesis de Alexy es la que ofrece Carlos Bernal Pulido³, y que observa las siguientes clases de objeciones formuladas a la tesis alexyana:

(1) La irracionalidad de la ponderación. Las críticas dirigidas al mecanismo de la ponderación se podrían resumir en la afirmación de que “no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico”. Más específicamente se critica la indeterminación conceptual (la ponderación es una mera fórmula retórica o una técnica de poder; no hay criterios jurídicos garantes de su objetividad; es una estructura vacía a completar con las apreciaciones subjetivas del juez), la incomparabilidad o inconmensurabilidad de los principios que se ponderan (los principios a comparar son diferentes y no se encuentran jerárquicamente ordenados; no existe una unidad de medida o moneda común que permita la comparación) y la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación (cada ponderación se realiza según los criterios de cada caso y no atendiendo a criterios generales; la jurisprudencia que usa la ponderación es ad hoc magnificando la justicia del caso en demérito de la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho, en suma de la seguridad jurídica-, aspectos que obviamente se entrecruzan entre sí pues precisamente la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación deriva de los otros dos elementos.

(2) La subversión del orden constitucional. Si la ponderación es irracional en sentido filosófico, ello determina que, si el Tribunal Constitucional pondera, se está extralimitando de sus funciones invadiendo ilegítimamente competencias atribuidos a otros poderes del Estado. Más específicamente se entiende se

² En su Ponencia “Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”. Donde, por cierto, contraargumenta (en una nueva manifestación del diálogo intelectual constantemente mantenido entre Alexy y Poscher) la objeción de Poscher de que la ponderación de principios alude “a intuiciones no explicables acerca del peso relativo de los principios que deben ponderarse”, a lo que contrapone que “la tesis de que las clasificaciones pueden basarse en argumentos racionales”, poniendo como ejemplo el caso de la revista satírica Titanic.

³ En el estudio introductorio realizado al libro de Alexy, R.: Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, páginas XXXVIII a XLV.

produce una vulneración del principio democrático (la Constitución sería un “huevo jurídico originario” que, aplicando la ponderación, eliminaría los márgenes de acción legislativa pues el legislador estaría obligado a satisfacer los derechos fundamentales en sus puntos óptimos; la ponderación sería un sofisma de distracción para atribuir una legitimidad artificiosa al Tribunal Constitucional; el Tribunal Constitucional intervendría indebidamente en el campo de la política), y de la división de poderes (el Tribunal Constitucional, a través de la ponderación, corrige la interpretación de las leyes o la valoración de las pruebas realizadas por la Jurisdicción ordinaria; el derecho ordinario se constitucionaliza para satisfacer los mandatos de optimización). La teoría de los principios presupone un orden constitucional metafísico o material al cual se debe acudir para determinar el óptimo de cada principio (de ahí se derivaría la ausencia de discrecionalidad en las decisiones del Tribunal Constitucional, quien actuaría con un carácter meramente formal; además la ponderación suponen una confianza ingenua en la racionalidad del Tribunal Constitucional en la búsqueda de ese orden supraconstitucional).

II. UN APUNTE SOBRE LAS CRÍTICAS PREVIAS DE POSCHER A LAS TESIS DE ALEXY

Ya hemos apuntado que no son estas Jornadas la primera ocasión en que Poscher despliega sus críticas frente a Alexy. La contienda dialéctica viene de mucho más atrás. Incluso esta contienda ha tenido anteriores episodios traducidos al español, donde Poscher, dicho en apretada esencia, sostiene⁴ (1) que la teoría de los principios se ha hipertrofiado, pues al abarcar la metodología y la teoría de las normas, está asentada sobre errores, y se concibe equivocadamente a sí misma como una teoría dogmática de los derechos fundamentales, (2) que las reglas y los principios son estructuralmente idénticos, no diferenciándose en su estructura, con lo cual se critica que la distinción entre reglas y principios se vincule a la distinción entre subsunción y ponderación, (3) que en la aplicación de cada norma puede haber

⁴ Poscher, R.: “Acertios, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios”, en La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2011, páginas 71 a 92.

casos fáciles, en los cuales la aplicación del derecho exija solo un mero seguir las reglas, y otros casos en los que sean precisas consideraciones, argumentaciones y valoraciones adicionales e incluso, en un momento dado, también ponderaciones, y (4) que, en consecuencia, en la formación de estructuras normativas a través de la argumentación jurídica es donde, junto a los precedentes, las tradiciones, la historia, la génesis, las necesidades objetivas y las consideraciones sistemáticas y analíticas, la ponderación optimizadora podría tener cabida.

III. LA CRITICA ESENCIAL DE POSCHER A ALEXY: SOBRE LA SUPERFLUIDAD DE LOS PRINCIPIOS Y SU (IN)EXISTENCIA

Dentro del expuesto panorama general de las críticas a las tesis de Alexy, y como un nuevo episodio en la dialéctica con Alexy, la crítica de Poscher manifestada en la Ponencia presentada en estas Jornadas se puede considerar de carácter esencial (o, si se quiere, nuclear o fundamental) a las tesis de Alexy en la medida en que ataca, no solo la ponderación o la teoría de los pesos, sino más esencialmente el concepto de principio en el sentido que se le da a esa expresión en las elaboraciones alexyanas. Si el concepto de principios en el sentido alexyano es superfluo o no existe, toda la elaboración cae por su propio peso. A ello obedece el sugestivo título principal de su Ponencia: “teoría de un fantasma”; y explica su segundo título: “la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto”.

Para evitar reiteraciones con la Ponencia de Poscher, me limitaré a realizar un breve resumen de sus aportaciones, siendo su Ponencia un magnífico testimonio de su fructífera discusión con Alexy, en la medida en que, después de resumir en pocas palabras las tesis alexyanas, expresa sus críticas iniciales a Alexy, recoge después las contracríticas de Alexy y, en último lugar, contesta a estas, dando a su Ponencia un tono de diálogo platónico dentro de cada uno de los epígrafes en los cuales se subdivide.

El diálogo general arranca con la tesis inicial de Alexy que identificaba los principios con mandatos de optimización, y para Poscher aquí estaba “la gracia del concepto del principio de Alexy”, emparentando esas tesis con los análisis

de Ronald Dworkin⁵. Surge el problema cuando los propios autores principialistas destacan que los mandatos de optimización funcionan como reglas de subsunción (es el ejemplo de la norma que obliga a optimizar la presión de los neumáticos en función de ciertas variables). Lo que, dice Poscher, no presenta mayor problema desde una concepción tradicional de los principios que permite integrar a los mandatos de optimización. Pero deja sin objeto a las tesis principialistas.

Frente a tal constatación, Alexy matiza que los principios configuran un deber ser ideal sobre el cual se proyectan los mandatos de optimización. Pero si esto es así, argumenta Poscher, “la aceptación de un deber ser ideal sirve únicamente al propósito de simular el objeto extraviado por la teoría de los principios, sin que el deber ser ideal suponga un aportación con el fin de aclarar fenómenos normativos como son los mandatos de optimización”.

Alexy destaca como esa crítica encierra dos objeciones: la objeción de existencia y la objeción de superfluidad. Alexy da respuesta a ambas objeciones. Y lo que Poscher se propone en la Ponencia de estas Jornadas es contraargumentar frente a estas respuestas, aunque alterando el orden de Alexy porque si la superfluidad se demuestra, el debate sobre la existencia sería tanto como discutir acerca de “si los ángeles son seres corpóreos, tienen alas y llevan camisones blancos; nada se podría concluir de ello”.

a) Objeción de la superfluidad: argumentación inicial, refutación alexyana, y contraargumentaciones

La objeción de la superfluidad se construye sobre la afirmación de que, si los principios son un deber ser ideal, los mandatos de optimización que se proyectan sobre los principios se están proyectando sobre contenidos normativos, y, aunque es teóricamente posible que los mandatos de optimización se proyecten sobre contenidos normativos, lo usual, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales (y aunque existen excepciones) es que se proyecten sobre hechos empíricos (así es que un mandato de

⁵ Ronald Dworkin es el otro gran crítico moderno del iuspositivismo, aunque este en el área anglosajona, cuya obra señera es, como es de todos/as bien sabido, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

optimización relacionado con la libertad de expresión plantea optimizar el hecho empírico de la libertad de expresar la propia opinión; no plantea optimizar el mandato de la libertad de expresar la propia opinión).

Alexy considera plausible esta argumentación porque siempre es posible convertir el objeto de un mandato (Op) en objeto de optimización ($OOpt\ p$) (notación deóntica cuya corrección crítica Poscher, la correcta sería Op_{Opt}). Para refutar esta argumentación, Alexy contraargumenta que esa reconstrucción profana de los mandatos de optimización no es la única posible, pues cabe otra a través del deber ser ideal (tesis de la posibilidad), y que esa otra reconstrucción a través del deber ser ideal es necesaria para explicar los rasgos de los mandatos de optimización (tesis de la necesidad).

(1) Tesis de la posibilidad de Alexy y contraargumentación de Poscher. La tesis de la posibilidad de Alexy sostiene que los mandatos de optimización se pueden proyectar sobre un contenido normativo ($OOpt\ Op$), y el resultado sería el deber ser ideal ($O_i\ p$) ($OOpt\ Op \leftrightarrow O_i\ p$). Para Poscher esta notación no tiene lógica por diversas razones, algunas de simple notación deóntica formal, y otras materiales que se resumen en dos: un mandato O que exige p al margen de todos los condicionantes jurídicos y fácticos es Op , y no necesita ningún subíndice $O_i\ p$, de manera que $O_i\ p$ no puede ser igual a $OOpt\ Op$ porque la optimización Opt expresa precisamente la relativización a las posibilidades jurídicas y fácticas de Op .

Descartado, por esta lógica, que la tesis de la posibilidad de Alexy valga como reconstrucción de su teoría, Poscher destaca que, si con esa tesis lo que quiso decir Alexy es que los mandatos de optimización se pueden proyectar sobre un contenido normativo, esa afirmación es “tan manifiestamente correcta, pero al mismo tiempo tan trivial, que nada ayuda a responder a las cuestiones de las que se ocupa la teoría de los principios”. Estaríamos ante mandatos de optimización reflexivos, esto es proyectados sobre contenidos normativos, que son perfectamente posibles (aunque lo usual sea, como ya se ha dicho, que se proyecten sobre hechos empíricos).

(2) Tesis de la necesidad de Alexy y contrargumentación de Poscher. Según Alexy la reconstrucción a través del deber ser ideal de los mandatos de optimización es necesaria para explicar los rasgos de los mandatos de optimización pues estos, tomados de una forma aislada, no podrían aclarar dos cosas: primera, la normatividad de los derechos fundamentales en el marco de la dogmática de la optimización en la teoría de los principios y, segunda, el comportamiento ante la colisión de mandatos de optimización.

Con relación a la normatividad de los derechos fundamentales, Poscher considera sin más que los derechos fundamentales son normas, de manera que duplicar su normatividad a través de un mandato de optimización (OOpt p), sería algo más allá que redundante ya que “atribuiría a los derechos fundamentales un objeto que no les corresponde”. Del mismo modo, dice Poscher, “los mandatos de optimización que tienen una norma por objeto obtienen su normatividad únicamente del operador normativo que hace referencia a la optimización, y no del operador normativo del mandato a ser optimizado”. No hay en ello ningún enigma.

Con relación a la colisión entre mandatos de optimización, Poscher construye su argumentación sobre la idea de que la duplicación de la normatividad de los mandatos de optimización no explica las colisiones entre mandatos, pues las colisiones entre normas (y los mandatos son normas) “se coordinan mediante hechos en colisión” (aquí Poscher utiliza, para ejemplificar su postura, el ejemplo puesto por el propio Alexy de la colisión entre la libertad de prensa y los intereses en el exterior del Estado).

b) Objeción de la existencia: los principios alexyanos son solo normas incondicionadas a concretar con los hechos del caso

Bajo este epígrafe, Poscher no solo niega que sean principios los que se consideran como tales en la teorización de Alexy, sino que, ya directamente, concluye que son normas (o quizás se puede decir reglas para enfatizar más que no hay distingo entre reglas y principios), si bien con la peculiaridad de que son normas incondicionadas, o, dicho en las palabras más detalladas de Poscher, “son expresiones acortadas o incompletas de circunstancias más complejas, que deben ser desarrolladas mediante interpretación hasta

convertirlas en normas practicables, en las que el contexto histórico de las normas, su génesis, su relación sistemática, sus tradiciones dogmáticas, etc. constituyan los parámetros determinantes”.

Todo lo anterior le lleva a Poscher a concluir que “no se precisa un deber ser ideal para interpretar normas formuladas incondicionalmente”, sino que “solo se requiere la interpretación de la formulación normativa concreta en su contexto. En resumidas cuentas, la teoría de los principios hipostasia formulaciones normativas acortadas en una entidad normativa”.

c) Y después de todo volvemos al principio: los principios como mandatos de optimización y su insuficiencia para las teorías alexyanas

Tras todas las refutaciones realizadas por Poscher a las tesis de Alexys de distinguir entre principios y mandatos de optimización, Poscher acaba afirmando que las tesis de Alexys solo tienen sentido si los principios se consideran mandatos de optimización, es decir lo que en un principio había considerado Alexys. Llegados a este punto, Poscher se pregunta “¿por qué motivo la teoría de los principios no puede ser sencillamente una teoría de los mandatos de optimización?” Una pregunta meramente teórica porque la responde de seguido cuando vuelve a la idea original de que los mandatos de optimización se comportan como reglas y con ello “la dualidad normativa a la que alude la teoría de los principios se desmorona”.

d) Conclusiones críticas de Poscher sobre las tesis de Alexy

Las conclusiones finales de la Ponencia de Poscher (que son coherentes con las que previamente había sostenido en estudios anteriores) se podrían enumerar en los siguientes términos (suponiendo una crítica ya hemos dicho que esencial, nuclear o fundamental a las tesis de Alexy): (1) La teoría de los principios es una teoría sin objeto, la “teoría de un fantasma”, lo que no quiere decir que el discurso sobre los principios jurídicos en el sentido tradicional no tenga ningún objeto, o que no existan principios en el sentido tradicional. (2) Al contrario, existen muchos más principios de lo que la teoría de los principios quiere admitir con su concepto de principio limitado a los mandatos de optimización. (3) Por otro lado, el principio de proporcionalidad no se agota en un mandato de optimización, incluyendo la prohibición contra una

desproporcionalidad grave⁶ o la garantía mínima. (4) La distinción entre principios y otras normas no es una diferencia estructural sino gradual. (5) Aunque nada habla en contra de realzar las normas que presentan estos rasgos de un modo especialmente marcado con el concepto de principio jurídico, esto no significa que todas las otras normas se puedan aplicar siempre mediante una subsunción y que solo los principios jurídicos requieran concreción.

A partir de estas conclusiones, Poscher realiza una recomendación a Alexy y los defensores de sus planteamientos: “En lugar de perderse en debates fantasmagóricos idiosincrásicos que giran en torno a un objeto que no existe, los defensores de la teoría de los principios deberían entender, y honestamente también denominar, la teoría como lo que es: una teoría de los mandatos de optimización. Cuando se centran en objetos dogmáticos, se trata de propuestas de una dogmática de la optimización que merecen una valoración diferente en los distintos campos, tales como el derecho de planificación o los derechos fundamentales. Sin embargo, como aportación a diversos debates dogmáticos no se puede argumentar en favor de una dogmática de la optimización desde el punto de vista presuntamente elevado de la teoría jurídica. Más bien los dogmáticos de la optimización deberían convencer en cada ámbito con argumentos dogmáticos”.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA PERSONAL

Ya avancé desde el principio que no voy a entrar en la dialéctica Alexy / Poscher –explicando esa abstención en razones que no repetiré-. Aunque sí – como asimismo avancé desde el principio- voy a realizar alguna reflexión en relación con la aplicación de la ponderación en juicios sobre derechos fundamentales desde mi propia experiencia personal. Mi propia experiencia personal se deriva de la utilización de los criterios de ponderación de Alexy, de alguno en particular o en su versión completa (idoneidad, necesidad y

⁶ Como la fórmula de Radbruch, que, en estas Jornadas, analiza el Doctor Carsten Bäcker, “Ley y justicia en conflicto: La fórmula de Radbruch en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.

proporcionalidad en sentido estricto), desde sentencias de hace muchos años⁷, podría citar otras más⁸, y me voy a parar en la más reciente: la Sentencia de 23 de diciembre de 2014, Recurso de Suplicación 3612/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Se trataba de una empresa de explotación de kioscos en toda la Comunidad Autónoma de Galicia que contrató a una agencia de detectives para instalar cámaras ocultas de vigilancia en todos ellos, verificando que muchos trabajadores y trabajadoras fumaban dentro del kiosco y realizaban pequeños consumos de los productos en venta (patatas fritas, pipas, gominolas, café de máquina ...). Por ello los despidió. El quid del litigio desde la óptica fáctica era determinar si existía una sospecha razonable de la existencia de hurtos que justificase la instalación de las cámaras, y, una vez verificada la ausencia de esa sospecha razonable, la aplicación del test de proporcionalidad condujo a considerar la ilegitimidad de la limitación del derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores y trabajadoras⁹.

⁷ La exigencia de superación del criterio de la necesidad para justificar una intervención empresarial en un derecho fundamental de los trabajadores la utilice por primera vez en la Sentencia de 7 de noviembre de 1995, Autos 835/1995, dictada en el Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra. En el caso concreto, no se consideró superada esa exigencia de necesidad, de manera que la instalación de micrófonos en un casino de juego fue declarada vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores. Fue esta Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Pontevedra revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia anulada por la STC 98/2000, de 10 de abril. Para llegar a esa solución final el TC utilizó el principio de la proporcionalidad y la intervención mínima.

⁸ De entre las Sentencias que podría citar entre la más antigua y la más moderna, destacaría una Sentencia de 20 de octubre de 2006, Recurso de Suplicación 3945/2006, dictada en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Se trataba de una inmisión empresarial en una cuenta de la trabajadora en el correo electrónico corporativo que se consideró ilegítima. Al respecto, se utilizó el test de proporcionalidad en su triple subjuicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Y, en aplicación de ese test, se consideró la existencia de una intromisión ilegítima atendiendo a las circunstancias del caso concreto: ausencia de limitaciones en el uso del correo electrónico corporativo, uso no abusivo y de buena fe por parte de la trabajadora, y acceso al contenido de los correos electrónicos.

⁹ “(Al faltar) la justificación de (las) sospechas previas ... (ello) repercute después en la no superación del triple juicio de proporcionalidad de la vigilancia videográfica. En cuanto a la justificación de las sospechas previas, la empleadora trae a colación sus malos resultados económicos en periodos previos a la instalación de las cámaras, aportando al efecto diversos documentos contables. Pero en esos documentos ... no existen datos concretos ... de los que racionalmente se pueda deducir que la trabajadora había realizado sustracciones de entidad suficiente como para incidir negativamente sobre esos resultados económicos. No habiendo indicios racionales de incumplimiento contractual, y si, aún así, la empleadora quería vigilar la actuación de la trabajadora debió acudir con carácter previo a otras fórmulas de investigación no invasivas de su privacidad, como podría ser el control de caja o el inventario diario de mercancías siempre en relación con el concreto kiosco que atiende la trabajadora. Acudir sin más constatación a una vigilancia videográfica (no olvidemos era una vigilancia oculta y generalizada para todos los kioscos) no supera los subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de que se compone el juicio de proporcionalidad a superar para la (legitimidad de la) vigilancia”.

Con este bagaje, no sería capaz de afirmar –y esta sería mi primera reflexión corroborando mi intención de no entrar en la dialéctica Alexy / Poscher- si mi experiencia demuestra que los derechos fundamentales son principios / mandatos de optimización (como dice Alexy), o si solo demuestra que en ciertos casos la ponderación funciona bien como criterio hermenéutico, pero no que los derechos fundamentales son principios / mandatos de optimización (lo que nos situaría más bien al lado de Poscher).

Pero sí me permite afirmar que el test de proporcionalidad en que ha cristalizado la ponderación alexyana ofrece a los jueces una guía de razonamiento que facilita la resolución de manera motivada cuando en el litigio se cuestiona el alcance y los límites de los derechos fundamentales.

También mi experiencia me permite afirmar que el test de proporcionalidad favorece la efectividad del derecho fundamental cuando este entra en colisión con un derecho no fundamental –como es la libertad de empresa: es el supuesto típico en el ámbito de las relaciones laborales-.

En suma, el test de proporcionalidad basado en la ponderación alexyana ayuda a los jueces ordinarios en la labor de hacer realidad aquel desiderátum de “menos Tribunal Constitucional, más Jueces”, que no supone en modo alguno minusvalorar la función institucional del Tribunal Constitucional, sino potenciar el valor de los Jueces ordinarios –esto es, de los Jueces del Poder Judicial- como garantes ordinarios –esto es, habituales- de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, convirtiendo así en excepcional la actuación del Tribunal Constitucional.