Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
I070
T477t

El test de proporcionalidad : convergencias y divergencias / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores] Barak Aharon [y otros trece] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvii, 549 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-192-3

Material disponible en PDF

Contenido: Una agenda de investigación para el futuro / Aharon Barak – Proporcionalidad y juicio constitucional en México / Rubén Sánchez Gil – Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil / María Inés Pazos – El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad : un estudio de la dogmática alemana / Arnulfo Daniel Mateos Durán – La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Frida Daniela Ibarra Olguín – La estructura de la finalidad legítima / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Necesidad y ponderación / Martin Borowski -- Un modelo alternativo para la ponderación jurídica / María Inés Pazos – Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales / Jorge Silva Sampaio – Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer / Matthias Klatt – Asimetría constitucional y los límites de la ponderación : una nota crítica a la postura de Matthias Klatt / Miguel Ángel García Godínez – Comentario a "Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer" / Bernardo Gallegos – Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de Oakes? : dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense / Sujit Choudhry – Proporcionalidad e igualdad / Vicki C. Jackson

1. Test de proporcionalidad – Metodología – Estudio de casos 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Principio de proporcionalidad – Normas constitucionales – Estudio de casos – México 4. Derechos fundamentales – Intervención judicial – Alemania 5. Ponderación – Teoría 6. Derechos fundamentales I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Aharon, Barak, 1936- , autor IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K3370

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil

María Inés Pazos

Sumario: A. Introducción; B. El concepto de ponderación y sus presupuestos; I. El concepto de ponderación; II. El principio de proporcionalidad; 1. El principio es más amplio de lo que justifica el concepto de principio; 2. El principio de proporcionalidad no equivale al examen de proporcionalidad: es mucho más débil; C. El examen de proporcionalidad y su relación con la ponderación; I. Idoneidad y necesidad; 1. Ponderación; D. El principio de proporcionalidad en la SCJN; E. La obligatoriedad del principio y del examen de proporcionalidad; I. Primer sentido de obligatoriedad: se deben obedecer los mandatos de optimización; II. Segundo sentido de obligatoriedad: se debe asegurar el goce más extenso posible de los derechos fundamentales; III. Obligatoriedad lógica; F. Conclusión.

A. Introducción

Recibí la invitación a comentar el artículo del doctor Sánchez Gil, y la acepté con mucho gusto. Me da la oportunidad de hacer algunas observaciones sobre proporcionalidad y ponderación de principios jurídicos, apoyada en un texto que, al mismo tiempo que reconoce la complejidad del fenómeno del análisis de proporcionalidad, lo clarifica y toma en cuenta los matices que incorpora la doctrina de la propuesta original de Robert Alexy.

Leyendo su trabajo aprendí mucho sobre el tratamiento que la doctrina hace de la teoría de la ponderación de Alexy y sobre el uso del principio de proporcionalidad por tribunales nacionales e internacionales, es decir, sobre el desarrollo histórico de esta doctrina. Las relaciones de ésta con el derecho constitucional por un lado, y con los derechos fundamentales, de naturaleza moral por el otro, que aquél ha de aplicar, vuelven este tema uno de los más importantes y urgentes.

La pregunta crucial que se hace Sánchez Gil —¿es obligatorio para los tribunales aplicar el examen de proporcionalidad?—, para su tratamiento requiere considerar de manera general el problema de la colisión de principios y el examen de proporcionalidad como su propuesta de solución. Para contestarla, es necesario alejarse de las diminutas hojas de los árboles y mirar el bosque en su conjunto, despejar el panorama de las complicaciones de las prácticas particulares para identificar el problema central. Esto es algo que el doctor Sánchez Gil hace muy bien. Mientras transita por los subprincipios de Alexy y los reclamos de inconstitucionalidad, llega a una respuesta, creo yo, acertada.

Necesita hacer ese tránsito cuidadoso por los pasajes oscuros de la doctrina para, por un lado, arrojar luz en algunos de ellos y, por el otro, clarificar los conceptos, mostrarlos de un modo unificado, como en su momento hizo el mismo Alexy, cuando sostuvo que todo lo que su propuesta representaba era la aplicación de las máximas de optimización de un par de principios en colisión.

Por otro lado, creo que después de transitar por los meandros de la doctrina jurídica, que trata de buscar la autoridad sobre sí misma, apoyándose en términos técnicos que ella misma propone, a veces en lugar de usar llanamente el lenguaje ordinario, debemos volver a la explicación más simple que es, a veces, la mejor. Mi estrategia será partir del concepto general de principio en la teoría de Alexy —que comparten la doctrina y práctica jurídica— y sobre ello revisar el análisis conceptual de Sánchez Gil y las conclusiones a las que arriba. Mi intención no es hacer una crítica de fondo, es más bien empatar lenguajes, traducir la terminología cada vez más oscura de la doctrina a una más simple y llana. Esto nos permitirá extraer algunas de las conclusiones de modo más directo. Algunas partes de la propuesta de Alexy caerán, pero el planteo general, junto con las conclusiones de Sánchez Gil, se mantendrán.

Tengo una objeción de otra naturaleza al trabajo que comento y a la doctrina en la que se apoya: creo que hay una exagerada condescendencia con la propuesta de Robert Alexy, a la que suscribe en todos sus detalles,

como si tuviese ella misma carácter constitucional o, alternativamente, la naturaleza necesaria de un sistema lógico deductivo. No es así. Es una propuesta teórica. Sin embargo, es prácticamente la única que existe.

Los tribunales han sido un poco más cautos. Algunos, creo que desafortunadamente, no tanto.

Mi tesis general sobre la propuesta de Alexy es que, la mitad (los dos primeros subprincipios de proporcionalidad) es trivial, la otra mitad (tercer subprincipio) incorrecta. Sin embargo, esta tesis no descalifica su trabajo ni pretende menospreciarlo. Lo trivial no siempre es evidente. Lo incorrecto puede serlo sólo de manera parcial, como en este caso. El punto de partida: la noción de principio como mandato de optimización es la clave de lo que es correcto e incorrecto en el examen de proporcionalidad, incluyendo el mismo principio de proporcionalidad.

Mi tesis general sobre la propuesta de Sánchez Gil dice, en un plano metodológico, que es esclarecedora y acertada, y en un plano teórico, que tiene razón al responder positivamente a la pregunta de si realizar un análisis de proporcionalidad es obligatorio para el operador jurídico, así como, en general, en los argumentos para apoyarlo. Sin embargo, su respuesta sólo es correcta bajo mi definición de ponderación, no lo es bajo la suya. La diferencia con Alexy y con Sánchez Gil en el concepto de ponderación, así como en los distintos elementos del examen de proporcionalidad, hace que la respuesta sea, finalmente, algo diferente. Para él, la obligatoriedad del examen de proporcionalidad implica que se debe aplicar la propuesta de Alexy. Yo creo que no, que lo obligatorio es, aunque sea una respuesta trivial, cumplir con los mandatos de optimización de los principios y que, cuando éstos están en colisión, el mecanismo de Alexy es una propuesta interesante, con buenas intuiciones y puntos de partida absolutamente correctos, pero técnicamente deficientes y que pueden llevar a resultados inadecuados. Lo obligatorio no es le propuesta específica de Alexy, sino su propuesta general: la de la optimización como solución a casos de colisión de principios.

Así, es verdad que la respuesta de Sánchez Gil es correcta, pero no exactamente acerca de lo que él supone. Las diferencias pueden parecer sutiles, en la práctica a veces no son relevantes, el enfoque general tampoco es muy distinto. Pero el análisis es necesario para mostrar la simplicidad del problema de fondo: el de la ponderación jurídica, de manera que permita, esclarecer la argumentación doctrinal, aclarar el lenguaje para encauzar la discusión y, en su momento, conciliar las diferencias.

B. El concepto de ponderación y sus presupuestos

I. El concepto de ponderación

El lenguaje ordinario es la herramienta más útil para la comunicación, que necesita ser precisa y enriquecida con conceptos técnicos, con fines científicos y prácticos. El derecho está dirigido al ser humano ordinario y, por lo tanto, en mayor medida, usa el mismo lenguaje. La doctrina tiende a complicarlo innecesariamente y a oscurecer a veces lo más obvio. Eso es lo que ocurre en el caso de la ponderación. Sánchez Gil llama "ponderación" (adoptando una convención muy útil) al último paso del examen de proporcionalidad de Alexy, es decir, a la aplicación de lo que la doctrina llama "test de proporcionalidad en sentido estricto", que aplica el "principio de proporcionalidad en sentido estricto" de Alexy y que, según éste, se lleva a cabo mediante la fórmula del peso. Aplicar la fórmula del peso consiste en establecer ciertos valores y realizar una operación matemática cuyo resultado es la prescripción de aplicar un principio jurídico particular por sobre otro. Yo llamaré "ponderación" a la operación de tomar una decisión jurídica en caso de colisión de principios constitucionales, con el fin de optimizar la satisfacción de los objetivos perseguidos por esos principios.

En cuanto a la referencia del término, parece que llamáramos "ponderación" a lo mismo. ¿En qué consistiría la operación de tomar la decisión jurídica aludida, se podría cuestionar, si no fuese en aplicar la fórmula del peso de Alexy? Justo ahí está la diferencia. Ésa no es la única vía posible

de resolver colisiones entre principios, ni tampoco es necesariamente la correcta. Así, la intensión —el significado de los conceptos— es muy diferente. Identificar la ponderación (operación que resuelve una colisión de principios constitucionales) con la última parte del examen de Alexy es confundir un problema con una manera específica de resolverlo. Por eso creo que es más adecuada mi definición: porque no prejuzga acerca de cómo se debe ponderar.

Sánchez Gil llama ponderación a una manera específica de resolver la colisión: el método de Alexy. Yo llamo ponderación a la operación de resolver esa colisión. Si nos mantenemos en el plano general, en el del problema, coincidimos. Tal vez él no objetaría esta redefinición. Para él, la ponderación no implica la historia completa que empieza con la advertencia de que existe una colisión del tipo apropiado, sino que es lo que se lleva a cabo cuando esa colisión ya ha sido reconocida, con el fin de resolverla. No forma parte de ella determinar la existencia de los principios constitucionales, su validez, ni si están en colisión.

De manera análoga, una operación matemática de suma empieza teniendo un par de números, no con la determinación de si existen esos números, o de si tenemos razón para sumar, por ejemplo, dos naranjas más ocho manzanas. La suma parte de que hay dos números que se deben sumar y consiste en realizar la operación.

La ponderación es así, una operación no idéntica pero sí análoga a la matemática en la que se requieren juicios de racionalidad teórica. Hay una diferencia importante. Una parte del examen de proporcionalidad requiere juicios valorativos o, por lo menos, interpretativos: la asignación de importancia a los principios en colisión y de intensidades a la medida de satisfacción e intervención en los principios. Veremos más adelante esos conceptos.

Se podría optar por una definición neutra, por dejar fuera del concepto esos elementos de juicio, y llamar ponderación a la aplicación de una

fórmula (como la fórmula del peso de Alexy), una vez dados esos valores. Sin embargo, creo que el sentido ordinario y también el uso jurídico, tanto doctrinal como judicial, serían alterados innecesariamente y dejarían fuera del concepto a la mayor parte de aquello sobre lo que versan las acaloradas discusiones sobre ponderación que hay en la literatura jurídica, tales como la posibilidad de asignar esos valores de manera objetiva o incluso la de comparar el valor de principios constitucionales y sus medidas de satisfacción e intervención. Lo que se ha considerado el núcleo de la ponderación quedaría fuera. Por eso incluyo en el concepto de ponderación toda la operación de resolver el problema, una vez establecida la necesidad de resolver una colisión de principios constitucionales sobre derechos fundamentales.

Para comprender el tema, empecemos por el principio. ¿Por qué se necesita ponderar?

Se necesita ponderar porque existen ideales regulativos, fines inalcanzables, estados de cosas a los que buscamos aproximarnos, pero que no esperamos alcanzar. No tenemos el fin de llegar a ellos. Respecto de algunos sería deseable hacerlo, respecto de otros ni siquiera tiene sentido planteárselo. Por ejemplo, respecto del fin: "conseguir todo el dinero posible", no hay punto final, la idea no es realmente alcanzar lo posible, sino ir siempre en busca de más, siempre "es posible un poco más". Lo mismo sucede con fines como la felicidad, el bienestar individual, la fama, etc. Y también ocurre con fines sociales: la salud, la educación, la seguridad de la población. Ese es el primer elemento necesario: fines que son ideales regulativos.

El segundo elemento a tener en cuenta es que éstos a veces chocan. Esto significa que la persecución de uno de esos objetivos limita la de otro. Si me dicen: "trae manzanas y naranjas en la mayor cantidad que puedas", me dan 50 pesos, asumiendo que cuesta 5 pesos cada fruta y que en mi casa a todos nos gustan por igual las naranjas y las manzanas, mi

intento por traer la mayor cantidad de naranjas que pueda (que son diez) se ve obstaculizada por mi fin de traer también manzanas. Lo máximo que podré lograr es traer diez frutas, pero cuantas más naranjas consiga, traeré menos manzanas, y a la inversa. Esos son los dos elementos, necesarios y suficientes, para que haya que realizar lo que llamo una "ponderación de la vida diaria". La existencia de ideales regulativos y la colisión entre dos de ellos. En una situación así se requiere un compromiso (según Alexy, una elección) entre objetivos que compiten.

Ése es todo el problema de la ponderación. Es el problema ejemplificado en "¿cuántas naranjas y manzanas debo traer, si debo traer tantas naranjas y manzanas como pueda y no puedo traer más de diez en total?". El problema tiene respuesta, en el ejemplo: debo traer diez frutas. La justificación es evidente: debo maximizar la cantidad de frutas. La palabra "maximizar" es un término técnico y significa: obtener algo en la mayor medida posible. Está vinculado con el término "optimizar". Optimizar significa maximizar los beneficios y minimizar los costos. Ya definimos maximizar. Minimizar es, análogamente, reducir algo tanto como se pueda. La idea general es que en caso de choque de objetivos hay que optimizar el resultado, es decir, maximizar los beneficios y minimizar los costos. En el caso de las frutas, hay que maximizar la obtención de naranjas y manzanas y minimizar su no consecución, es decir, maximizar la satisfacción del pedido que me hicieron (comprar tantas naranjas y manzanas como pueda) y minimizar su incumplimiento. A esto lo llamamos optimizar la satisfacción.

La orden: "trae tantas naranjas y manzanas como puedas" se puede parafrasear como *A*) Trae tantas naranjas como puedas y, al mismo tiempo, *B*) Trae tantas manzanas como puedas. Estos dos pedidos constituyen lo que Alexy llama principios, es decir, mandatos de optimización. ¿Cómo se optimiza la satisfacción de estos pedidos? En este caso la respuesta es evidente: debo llevar diez frutas cualesquiera. Llevar menos sería faltar al mandato de optimización. Si llevo diez naranjas, estoy cumpliendo los

mandatos. Si llevo diez manzanas también. Y, dicho sea de paso, también si llevo cinco de cada una, ocho y dos, etc.[1] En el ámbito del derecho, Alexy usa la expresión "optimizar". Hay que optimizar la realización de los dos fines (traer naranjas y traer manzanas).

El problema jurídico de la ponderación es el de la satisfacción, cumplimiento o aplicación de dos principios constitucionales en colisión que resguardan derechos fundamentales. Los ideales regulativos se restringen, en este ámbito, a los que la Constitución protege o a los que, como sea, se considere que tienen rango constitucional. Creo que, el que en la teoría de Alexy se trate de principios que resguardan derechos fundamentales es una limitación y no se debería extender su teoría a fines diferentes, bajo pena de quedar simplemente fuera de su propuesta. Es frecuente en doctrina considerar que se pueden ponderar otros fines contra derechos fundamentales. Asumiré a lo largo de este texto que la ponderación, y en general el examen de proporcionalidad que lo incluye (que explicaré más adelante), se aplica a colisiones entre derechos fundamentales de rango constitucional, aunque el examen de proporcionalidad y la ponderación no variarían si se cancela este supuesto.

Una consideración terminológica: ¿los principios son necesariamente mandatos de optimización? Sí. Tomo esto como una convención terminológica. No asumo que todas las normas que defienden derechos fundamentales son principios ni que todos los principios defiendan derechos fundamentales. Son cuestiones en parte contingentes, en parte decretadas por la doctrina y por la teoría de la interpretación constitucional que no tocaré porque mi interés, en el análisis del artículo que estoy comentando, es la estructura de la proporcionalidad. En suma, consideraré, a los

[1] En esta respuesta obvia ya se puede reconocer en qué es incorrecta la propuesta de ponderación de Alexy. Quienes ya lo hayan entendido verán como innecesarios y sobreabundantes algunos de los argumentos que daré más adelante. Si no, regresen a este punto después. Verán que es trivialmente verdadero que Alexy está equivocado en un punto en particular (no en toda su concepción, que es en general correcta y elegante). Lo trivial no es siempre obvio. El modo de plantear un problema puede oscurecer la solución. Pero cuando se ve la trivialidad, se vuelve obvia.

fines de este trabajo, el uso del examen de proporcionalidad en casos de principios que sólo defienden derechos fundamentales.

II. El principio de proporcionalidad

Según Sánchez Gil, para determinar el alcance de los derechos se utiliza de manera ubicua el principio de proporcionalidad, que debe distinguirse del examen de proporcionalidad. El último es el procedimiento completo de toma de decisión, que "concretiza" al primero.

El principio de proporcionalidad puede escribirse:

> Formulación *A*: "la restricción de un derecho fundamental sólo es válida cuando sea *indispensable* para realizar un fin legítimo." (Sánchez Gil, 2021, p. 27)

Este principio, a su vez, él lo considera apoyado en el "mandato de optimización inherente a los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy" (Sánchez Gil, 2021, p. 27). El principio de proporcionalidad se apoyaría en que cada principio ordena optimizar algo, un bien jurídico, un valor; si se limitara un principio sin que fuese necesario para satisfacer otro en la mayor medida posible, no se estaría optimizando.

Sobre este principio, que en realidad no es un principio sino una regla (Alexy lo llama "máxima", aunque él no dé la formulación que aparece arriba), argumentaré dos cosas: *1*) el principio, en esa formulación, es más amplio de lo que es posible justificar en los principios como mandatos de optimización; y *2*) que tanto en su versión amplia como en una limitada que sí se apoya en los principios, no contiene, no implica y, por supuesto, no equivale al examen de proporcionalidad. De hecho, en la formulación anterior o en cualquiera de las propuestas que consideraré, es una regla muy débil que ni siquiera ordena optimizar los bienes que los principios jurídicos protegen. Por tanto, no es un criterio adecuado para evaluar la solución de una colisión de principios, aunque puede ser un límite mínimo.

1. El principio es más amplio de lo que justifica el concepto de principio

Alexy nunca da una formulación de la máxima de proporcionalidad. En sus diferentes escritos es consistente en decir que ésta equivale a los tres subprincipios de proporcionalidad; los cuales expresan a su vez el significado de "optimización" en el contexto de la colisión de principios. Por eso la relación entre la máxima de proporcionalidad, los subprincipios y la noción de optimización es analítica en su propuesta. Sin embargo, si se hacen distinciones conceptuales, las dificultades respecto del contenido del principio de proporcionalidad comienzan a manifestarse.

Como vimos, Sánchez Gil da una expresión al principio (la formulación *A*) y lo considera "apoyado" en el mandato de optimización que Alexy vincula a los derechos fundamentales. La búsqueda de este apoyo en la teoría de Alexy es un poco extraña, dado que esa forma del principio no está en Alexy. Pero asumamos que lo que quiere decir es que, si uno está de acuerdo con Alexy y asume que los principios sobre derechos fundamentales son mandatos de optimización, entonces, esa regla resulta apoyada. ¿Es esto correcto? No. En la formulación *A*, la regla no puede apoyarse en toda su extensión en que los principios son mandatos de optimización. Esto es así porque ésta prohíbe limitar un derecho sin un fin legítimo, no pide que ese fin legítimo esté dispuesto por principio. Cualquier parámetro que se considerara fin legítimo satisfaría esta regla. Esta interpretación del principio de proporcionalidad es compatible con una interpretación débil de la proporcionalidad, según la cual, cualquier fin que no esté constitucionalmente prohibido podría limitar un derecho fundamental. Por ejemplo, uno que animara reglas legislativas limitantes de esos derechos.

También podría ocurrir que reglas de rango constitucional establecieran límites a derechos amparados en principios del mismo rango. Esto es posible y constituiría un problema para la teoría de Alexy, que asume que deben interpretarse los derechos fundamentales como siendo siempre protegidos por principios (no por reglas) y, según entiendo, no considera

siquiera la posibilidad (lógicamente contingente y fácticamente posible), de que hubiera reglas constitucionales que interactuaran con principios sobre derechos fundamentales. Sólo dejo señalado este caso, que afectaría a toda la teoría de la proporcionalidad y merecería tratarse por separado.

Si excluimos los casos en que un derecho fundamental pudiera ser limitado por una regla constitucional, la formulación *A* es defectuosa porque permite justificar la intervención en un principio en cualquier fin legítimo, sin acotar lo que esto significa.

En cambio, una regla que resulta apoyada (siempre dejando de lado la posibilidad de reglas constitucionales que limitaran principios) es la siguiente.

> Formulación B: "Está permitido restringir un derecho fundamental (amparado por un principio constitucional) sólo cuando sea indispensable para resguardar otro principio constitucional."

Esta formulación es más restringida que la formulación *A*. Sólo permite intervenir en un derecho fundamental cuando haya un principio constitucional que lo limite. Esta propuesta es más acorde con la jerarquía constitucional de los derechos fundamentales, pero también tiene un riesgo. El riesgo es que ponga trabas excesivas a la actividad legislativa, que no podría regular el ejercicio de un derecho porque siempre cabría la posibilidad de interpretar la regulación como una limitación. De ahí que, en ocasiones, se haya dado también al principio de proporcionalidad una lectura diferente, según la cual éste prohíbe intervenir en el "contenido esencial" de los derechos fundamentales. Pero aun con esta lectura, falta especificar si esa intervención puede justificarse sólo en principios constitucionales o en un "fin legítimo" en general.

Lo que Alexy llama "la restricción del contenido esencial" es una norma constitucional en el derecho alemán.[2] Él la considera y sostiene que "es

[2] Artículo 19 de la Ley Fundamental alemana.

una parte del principio de proporcionalidad" (Alexy, 1993, p. 291); por lo que, desde su punto de vista, no implica ninguna restricción adicional. Sin embargo, está equivocado, porque ninguno de los tres subprincipios de Alexy prohíbe sobrepasar un límite mínimo de intervención. Así, si se quiere integrar la restricción del contenido mínimo, debe añadírsela. Ella no puede inferirse de la noción de optimización ni de los subprincipios. Lo máximo que puede extraerse de ellos es el mandato de no sobrepasar el límite de la necesidad. Pero la protección de un derecho podría requerir pasar ese límite, eso no queda cancelado por el examen de proporcionalidad. Por eso sostengo que la restricción del contenido esencial es un requisito adicional que no debe considerarse parte del principio de proporcionalidad, si es que se considera que éste surge de los mandatos de optimización constitucionales, es decir, de la teoría de los principios de Alexy.

Así, si se sigue la concepción de Alexy, como hace Sánchez Gil, creo que la formulación más adecuada es la *B*. Según ésta, sólo se justifica intervenir en un derecho fundamental de rango constitucional en cuando éste es limitado por otro principio constitucional. Nótese que este otro principio no necesita a su vez proteger un derecho fundamental, consideremos brevemente una consecuencia de esto.

Si se puede limitar un derecho fundamental sobre la base de cualquier principio constitucional (recuérdese que ya se excluyeron fines legítimos que no provengan de principios constitucionales), esto todavía deja la puerta abiertas a toda forma de limitar derechos, siempre y cuando la Constitución la consagre: para proteger fines colectivos, como la defensa del equilibrio ecológico del planeta, o para promover valores desde el Estado, por ejemplo, una religión o forma de vida considerada virtuosa. Cualquiera de esos objetivos puede ser incompatible con derechos individuales. En general, un derecho podría limitarse por cualquier fin que se considere "bien común", concepto lo suficientemente vago como para que permita el sacrificio de individuos.

Por supuesto, no puede limitarse desde la teoría del derecho (es decir, desde el lugar de este trabajo) el contenido de un sistema jurídico particular. La teoría puede opinar sobre cómo debería ser el derecho, pero no tiene la competencia para modificarlo. Por eso creo que la formulación *B* es la adecuada. Sólo el derecho (por medio de legisladores y jueces, como operadores y creadores del derecho) fija límites a su propio contenido. La doctrina ayuda indirectamente, pero no tiene la competencia para normar. Puede, a lo sumo, hacer sugerencias de creación, aplicación e interpretación, pero no es de su competencia dictar normas jurídicas. Por eso sería arbitrario restringir el principio de proporcionalidad a la forma que yo, personalmente (apoyada en razones de filosofía política que no voy a mencionar aquí) creo que deberían adoptar los sistemas jurídicos positivos.

En efecto, un sistema jurídico que protegiera a cabalidad los derechos individuales básicos no dejaría lugar para intervenir en ellos ante fines colectivos o ideológicos que no pudieran reducirse a su vez a la defensa de derechos individuales igualmente importantes. Muchos sistemas jurídicos tienen elementos de este tipo, no sólo limitaciones a derechos por objetivos políticos del Estado incluidos en principios sino también por reglas (piénsese en las obligaciones de hacer el servicio militar o ir a la guerra).

El control más pleno permitiría la limitación de un derecho fundamental sólo por otro derecho fundamental (no por cualquier principio), de la siguiente manera:

> Formulación *C*: "Está permitido limitar un derecho fundamental sólo cuando sea indispensable para resguardar otro".

Como dije, esta formulación, aunque desde un punto de vista ético es más adecuada, según mi punto de vista, no encuentra apoyo en los sistemas positivos, y en particular no lo encuentra en el concepto de los principios constitucionales como mandatos de optimización. Si, como

admito, en el derecho positivo constitucional hay principios y estos ordenan optimizar ciertos bienes y objetivos, no hay garantía de que esos bienes y objetivos no incluyan la limitación de derechos fundamentales protegidos por otros principios constitucionales.

Por último, el concepto de principio permite una formulación más amplia que cualquiera de las tres anteriores, una que abarca la ponderación de todo tipo de principios entre sí. En este caso el principio de proporcionalidad no sería una regla acerca de derechos fundamentales, sino sobre principios en general.

> Formulación *D*: "Está permitido limitar la aplicación de un principio sólo cuando sea indispensable para resguardar otro".

Aquí, la proporcionalidad excede el ámbito de los derechos fundamentales para extenderse a todos los principios. Es la formulación más elegante, más simple. Si el problema es la optimización frente a ideales regulativos en colisión, entonces el examen debe extenderse a todo este ámbito. De lo contrario, sólo es capaz de resolver un subconjunto de las colisiones posibles entre principios.

Sería la forma más simple y es fácil apoyarla en el concepto de principio. Por otro lado, la teoría de la proporcionalidad se ha extendido como una discusión acerca de los límites en la restricción de derechos fundamentales. Ésta es una cuestión empírica que ha dirigido y dado forma al tema. Es un hecho que es posible ponderar cualesquiera principios entre sí, pero la discusión sobre proporcionalidad ha acotado el problema. El principio de proporcionalidad ha sido tratado como una herramienta para controlar la intervención en los derechos. Ese control puede ser más o menos respetuoso de los derechos individuales, pero tiene que ser sobre éstos.

¿Qué formulación debemos preferir, entonces? Tanto la *B* como la *D* tienen apoyo en el concepto de principio. Si nos proponemos debatir sobre la justificación de limitaciones a derechos fundamentales preferiremos la

B. Si buscamos tratar en general el tema de la colisión entre principios constitucionales, tendremos que usar la *D*.

¿Eso implica que el principio de proporcionalidad en su formulación *A* puede ser incorrecto?, ¿que no forme parte de los sistemas jurídicos?, ¿que no sea una norma constitucional? De ninguna manera. Pero, que esas situaciones ocurran, es un hecho contingente y no derivado de los mandatos de optimización de los principios. Formulaciones como *A* o *C* serían principios jurídicos si y sólo si se los incorporara al sistema. En cambio, *B* y *D* no necesitan un acto de legislación. Se derivan con necesidad del concepto de principio. *B* es la regla trivial que dice que si debemos optimizar principios que protegen derechos fundamentales (es decir, los bienes jurídicos resguardados por esos principios), no tenemos permitido limitar los derechos fundamentales resguardados sino para cumplir otro principio constitucional; y *D* dice lo mismo, pero para el caso general de la limitación de cualquier principio. En ambos casos el apoyo es lógico, proviene trivialmente de la noción de optimización. Cuáles normas constitucionales son principios, es decir, mandatos de optimización, es una cuestión diferente. Eso sí, es contingente.

La conclusión de esta sección es que, el principio de proporcionalidad en las formulaciones *B* y *D* es un derivado del concepto de principio. Dado el concepto de principio como mandato de optimización, siempre que haya principios constitucionales sobre derechos fundamentales (formulación *B*) o al menos principios constitucionales (formulación *D*), habrá una obligación de justificar la limitación de unos principios en otros (siempre bajo la hipótesis de que no hay reglas constitucionales que pudieran otorgar esa justificación, recuérdese que dejamos de lado el tratamiento de este caso posible).

Por supuesto, podría también existir una regla o máxima de proporcionalidad positiva si un sistema jurídico particular la incluyera. Pero no es necesario. Es una consecuencia lógica (tautológica) de que el sistema tenga principios. No necesita apoyo de la doctrina ni la fuerza jurídica

de una autoridad. En el mismo sentido opina Sánchez Gil: "Pueden darse diferentes bases teóricas a esta regla [el principio de proporcionalidad], pero el más importante es el llamado 'mandato de optimización', inherente a los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy." (Sánchez Gil, 2021, p. 27).

El autor dedica una sección de su artículo a analizar los conceptos de fin legítimo y conflicto constitucional. Expresa "[...] cuando el problema jurídico consiste en una colisión de principios constitucionales, se requiere la aplicación del principio de proporcionalidad […] Por tanto, es acertado considerar la existencia de dicho conflicto *constitucional* como un aspecto básico del examen de proporcionalidad." (Sánchez Gil, 2021, p. 30). Por supuesto, estoy de acuerdo en que el conflicto constitucional es básico para que se realice un examen de proporcionalidad; sin embargo, no creo que sea un aspecto del examen, porque no forma parte de él, y en esto Sánchez Gil toma otra decisión terminológica adecuada, él mismo dice, unas líneas antes, que le parece conveniente entender la cuestión del fin legítimo y el conflicto constitucional, como presupuestos, no como elementos del examen de proporcionalidad. En efecto, sólo cuando el operador jurídico ha identificado una colisión entre principios constitucionales tiene sentido plantearse la realización del examen.

Aunque es una decisión terminológica, me parece extremadamente útil, porque distingue acciones de naturaleza muy diferente, por un lado, la identificación de las normas jurídicas (principios) y determinación (mediante el análisis de su contenido semántico y su relación con los hechos) de que hay oposición entre ellos en el caso particular, y por el otro, a la operación de optimizar requerida para resolver el conflicto. A esta operación es a lo que el autor llama, y yo lo sigo, "examen de proporcionalidad".

De acuerdo con Sánchez Gil: "no puede afirmarse que la sola verificación de que un fin legítimo inspira una restricción iusfundamental que equivale a examinar su proporcionalidad." (2021, p. 30). La identificación del

problema es la que hace necesario ese examen, no constituye ese examen, ni siquiera es, como lo entiendo aquí, parte de él.

2. El principio de proporcionalidad no equivale al examen de proporcionalidad: es mucho más débil

El principio de proporcionalidad es demasiado débil: en realidad dice muy poco en cualquiera de sus formulaciones. Lo que dice es que la limitación de un principio (o derecho) debe estar justificada en un fin legítimo (o en otro principio o derecho). Es una regla negativa, dice que sólo se puede limitar un derecho fundamental (o un principio) justificadamente.

Es, además una regla condicional, no ordena limitar principios, sólo dice que *si se limita un principio,* está prohibido hacerlo sin aplicar otro. Pero no ordena limitar ninguno y, en los casos en que lo permite, dice que es necesario hacerlo con apoyo en un fin legítimo (o de un principio, o de un derecho, según la formulación). No exige nada más; en particular, no exige limitar *en la menor medida posible* el principio afectado, ni requiere que el fin legítimo sea tan importante como para justificar la limitación. En suma, permite cualquier limitación siempre y cuando haya otro fin legítimo en juego. Lo que no pide el principio de proporcionalidad, al menos en las formulaciones que analizamos, es justamente proporcionalidad.

De ahí no se sigue que el principio de proporcionalidad sea inútil. Puede usarse como un límite mínimo que exija a los jueces y operadores del derecho alguna justificación para restringir un derecho fundamental. Pero no da indicios de cuál podría ser esa justificación. El nombre del principio es lo que da algún indicio: esa justificación consistiría en la proporcionalidad, la limitación debería ser proporcional. ¿Proporcional a qué?, y ¿qué significa que sea proporcional? Lo que sea que signifique no está integrado en el principio de proporcionalidad. Vimos cuatro formulaciones posibles y en ninguna hay referencia alguna a la proporcionalidad.

La manera precisa en que es permitido limitar un derecho o principio debe provenir de una especificación de las condiciones en las que en efecto se da esa justificación. Alexy proporciona esa especificación con los tres subprincipios del examen de proporcionalidad que revisaremos a continuación, siguiendo el análisis de Sánchez Gil.

La posición de Alexy es la más coherente en tanto que no proporciona una formulación del principio y, en cambio, se remite a los subprincipios para conocer el contenido de éste. Por ello no es posible encontrar diferencias teóricas entre el principio o máxima de proporcionalidad y el examen de proporcionalidad.

Por otro lado, Alexy considera que los subprincipios reflejan —en realidad sostiene que equivalen— a los mandatos de optimización de los principios. Optimizar significa para él, aplicar los subprincipios; si se los aplica, entonces, se está optimizando.

La estrategia conceptual de Alexy —identificar el principio de proporcionalidad con los subprincipios y, además, argumentar una equivalencia lógica entre subprincipios y optimización— tiene una ventaja y una desventaja. La ventaja es la coherencia. No queda lugar para el debate acerca del contenido de la máxima de proporcionalidad: hay que remitirse a los subprincipios. La desventaja es que el apoyo lógico del principio de proporcionalidad (junto con el de los subprincipios) se pierde cuando, al revisar la equivalencia lógica que él defiende, se reconoce que no hay tal. Los subprincipios no consiguen la optimización que proponen, al menos no sin restringirse a un subconjunto de casos de colisión de principios en los que el método sí funciona. Pero no funciona en general. Para que se vea esto analizaré brevemente los subprincipios.

Creo que para que el principio de proporcionalidad tenga utilidad jurídica, éste tiene que mantenerse como una regla general que ordene aplicar de manera racional los principios y no debe asociarse a ningún mecanismo en particular para esa aplicación. A diferencia de lo que hace

Alexy, debe distinguírselo de los subprincipios y atárselo al concepto de optimización. Así tendría apoyo teórico no positivo. Además, un sistema jurídico particular puede incorporar un principio de proporcionalidad más rico. Uno que dé indicaciones útiles al aplicador del derecho. En su ausencia, la herramienta con la que se cuenta son los principios mismos. Ellos por sí solos tienen la solución, tanto como la tiene la orden "trae tantas manzanas y naranjas como puedas".

C. El examen de proporcionalidad y su relación con la ponderación

"El principio de proporcionalidad en sentido amplio concretiza sus diversos aspectos en subprincipios específicos […]: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto" (Sánchez Gil, 2021, p. 27). En lenguaje llano: para que esté justificada la limitación de alguno de los derechos fundamentales que la Constitución ordena optimizar, deben cumplirse las condiciones de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La propuesta de "subdividir" el principio de proporcionalidad en tres subprincipios es, como mencioné antes, de Alexy. Ninguno de los subprincipios puede derivarse de la formulación del principio de proporcionalidad; el cual, como vimos, es muy débil. En cambio, dos de ellos sí pueden apoyarse (derivarse de) en el mandato de optimización de los principios constitucionales. De este modo, la propuesta no es arbitraria, pretende mostrar que esa optimización es una operación racional, al poder llevarse a cabo mediante una serie de pasos justificables.

Sánchez Gil sostiene que es irrelevante si el examen de proporcionalidad se escinde en tres, cuatro, o cinco pasos. En efecto, es irrelevante la presentación. Un mismo proceso puede describirse de diferentes maneras. Con fines de claridad conceptual, el autor que comentamos reduce el examen a tres pasos: los tres subprincipios de Alexy. En su caso, la reducción consiste en excluir la verificación de la existencia de una colisión de principios constitucionales y del fin legítimo para limitar uno. A estos

elementos los considera, acertadamente, presupuestos del examen, como expliqué líneas atrás. Sigo con él esa estrategia conceptual.

I. Idoneidad y necesidad

Para comprender estos dos subprincipios —que tampoco son principios y en su momento formularé como reglas—, debemos entender el enfoque que da Alexy a toda colisión de principios. Para él y para la doctrina y práctica jurídica que, en gran medida, lo siguen, la solución de una colisión de principios consiste en escoger uno de los dos. Sánchez Gil expresa que "cuando el problema jurídico consiste en una colisión de principios constitucionales, se requiere la aplicación del principio de proporcionalidad para examinar si en el caso particular las posiciones enfrentadas han sido optimizadas, y así establecer cuál es la más importante y por ende amerita protección." (2021, p. 30).

Aunque no dice claramente que el examen de proporcionalidad tiene por fin escoger uno de los principios en colisión, eso está encubierto en la afirmación de que el principio de proporcionalidad tiene por fin examinar cuál de las posiciones enfrentadas amerita más protección. Las posiciones enfrentadas son, en los hechos, individuos o grupos de individuos que, en un tribunal reclaman uno la inconstitucionalidad y el otro la constitucionalidad de algún acto, ley o medida institucional, cada uno apoyado en uno de los dos principios constitucionales que, en esas circunstancias concretas, colisionan.

Más adelante, en el artículo que comentamos, en el tratamiento específico de la ponderación, leemos: "se sopesa la importancia de las posiciones jurídicas en conflicto, para 'establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto'." (2021, p. 39). Este planteamiento tiene la forma de un dilema: o se protege el principio *pi*, limitando *pj*, o se defiende *pj* limitando *pi*.

Esta manera de plantear las cosas excluye por completo cualquier solución que busque un compromiso o equilibrio entre los intereses y de-

rechos en juego. La colisión ha de reducirse dictando sentencia en favor de una de las partes (principios). Sobre el presupuesto de este enfoque binario es que Alexy formula las reglas de necesidad e idoneidad. Cada una de ellas se aplica a una decisión judicial hipotética que defiende un determinado principio a costa del otro. Teniendo estas precisiones en cuenta se comprenderán mejor los conceptos.

La idoneidad y la necesidad son propiedades que los dos subprincipios de proporcionalidad de Alexy exigen a dos acciones: las dos entre las cuales el juez está escogiendo. Son las acciones de sentenciar en favor de uno de los principios a costa de limitar el otro. La decisión final implica una preferencia para el caso específico. Así, el examen de idoneidad y el de necesidad deben aplicarse individualmente a cada una de las dos acciones. Si, por ejemplo, *a1* es una sentencia en favor de *pi* que interviene (limita) a *pj*, entonces *a1* debe satisfacer las propiedades de necesidad e idoneidad. Lo mismo sucede con *a2*, en favor de *pj* y que interviene en *pi*. Si las dos acciones pasan el examen, entonces, se aplica el tercer subprincipio: puede llevarse a cabo la ponderación.

La idoneidad de una decisión que resuelve una colisión de principios constitucionales es una propiedad que debe tener la medida adoptada por la autoridad, para constituir una limitación legítima de un derecho fundamental constitucional. Dice Sánchez Gil: "La *idoneidad* de la intervención en un derecho fundamental se refiere a la aptitud que ésta tenga para contribuir *de algún modo* a realizar el fin legítimo que busca esa medida." (2021, p. 36) (cursivas añadidas). Y abunda unas líneas más adelante: "basta que dicha restricción contribuya en algún grado a ello [a lograr el fin legítimo], para que supere esta fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*." (2021, p. 36).

"Idoneidad" es un término del lenguaje natural que es usado aquí en el sentido ordinario, tan sólo significa que el medio (la sentencia o la acción o medida que la sentencia ha de declarar constitucional) es adecuado para el fin: resguardar un bien jurídico. La justificación es evidente. Si la

autoridad opta por acceder a la petición de una de las partes de un proceso y esa parte pretende fundar su reclamo en un derecho constitucional, el decisor debe verificar que, efectivamente, conceder ese derecho contribuya al fin que el principio ordena optimizar. La decisión de aplicar un principio debe ser útil para maximizar el bien que ese principio protege. Si no sucediera así, de hecho, no se estaría cumpliendo con el principio, se estaría desobedeciendo el mandato de optimización y, al mismo tiempo, se estaría infringiendo el mandato o principio opuesto (el del derecho que la decisión limita). Si la autoridad dicta una sentencia que no satisface el principio *pi* (porque no es idónea) y además limita *pj*, es evidente que está violando las normas que, se supone, pretende aplicar.

Este requisito se deduce de los principios en colisión, en cuanto mandatos de optimización. No se requiere ningún apoyo adicional para exigir idoneidad. El autor que comentamos no sugiere un apoyo para este requisito, pero creo que tampoco necesita hacerlo. Que una acción que persigue un fin sea adecuada para aproximarse a él es una condición trivial y evidente de la razón instrumental. En estas condiciones, que una ley, un reglamento o incluso la jurisprudencia lo exigieran sería redundante.

Es muy importante, sin embargo, una precisión sobre el grado de idoneidad. Leemos en el trabajo de Sánchez Gil que para cumplir con el requisito de idoneidad basta con que la medida contribuya *en algún grado* a lograr el fin legítimo. El autor está describiendo adecuadamente la teoría de Alexy. No es su intención criticarla en este punto. Yo me permitiré aquí una crítica seria.

La afirmación "basta con que la medida contribuya en algún grado…" que, a primera vista, parece una afirmación inocente (al fin de cuentas, es mejor contribuir en algo que no contribuir en absoluto; y si hay un mandato de optimización, éste exige hacer todo lo posible, aunque lo que se pueda hacer sea poco), tiene consecuencias muy serias. De hecho, admitir que la medida que resguarda un principio a costa de otro pasa la

prueba de idoneidad con cualquier contribución al fin legítimo, es desastrosa para la propuesta de Alexy porque conlleva resultados claramente incorrectos, en muchos casos, en la aplicación del tercer subprincipio, es decir, en la ponderación. Si una decisión contribuye levemente a satisfacer un bien jurídico amparado por un principio, esto implica que la medida de satisfacción de ese principio no será completa; si consideramos la medida de satisfacción del principio, ésta será equivalente a la de una intervención o limitación de éste. Pero con una satisfacción mínima de un principio que no pueda justificar la limitación —la cual podría ser seria— del principio opuesto, se estaría infringiendo el deber de optimización.

Lo que afirmo no es que una medida deba satisfacer al máximo un principio para llegar a ser legítima; sino que la exigencia baja respecto de esa satisfacción, combinada con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pueden arrojar resultados incorrectos, porque Alexy no considera para nada, en su cálculo final, la medida en la que el principio por el que se opta es satisfecho. Éste es un elemento que no figura en el paso final, en la fórmula del peso.

Para que el subprincipio de idoneidad funcione en la teoría de Alexy, éste debe pedir un grado de idoneidad similar en las dos decisiones posibles. No hay alternativa para Alexy, una idoneidad diferente, por ejemplo, una contribución baja a la satisfacción de *pi* por *a1*, junto con una contribución alta de *a2* a *pj*, lleva irremediablemente a la falla del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

La necesidad es la propiedad de la decisión que limita un derecho fundamental en caso de colisión de principios, de ser la medida menos lesiva para el derecho lesionado. Como señala Sánchez Gil, esto puede darse porque es la única medida disponible o bien porque es la que menos interviene en el principio limitado. Tenemos que pensar, en el contexto de Alexy, que se aplica este examen a dos decisiones: la que limita un principio *pj* como costo del resguardo de *pi*, y la que limita *pi* como costo

de proteger *pj*. Este principio es absolutamente correcto y se fundamenta, de nuevo, en el requisito de optimización de los principios. La explicación del autor que comentamos es clara y suficiente.

1. Ponderación

La ponderación o examen de proporcionalidad en sentido estricto es el paso más complejo, al menos como lo presenta Alexy, del examen de proporcionalidad. Es el que, en última instancia, determina cuál decisión (de entre dos, recordemos que el modelo de Alexy es binario) dos a escoger que plantea esta propuesta) cumple mejor los mandatos de optimización. Esta fase final decide cuál de los dos principios debe preferirse. El criterio de decisión es, igual que respecto de los dos subprincipios anteriores, la optimización.

Ya es conocida la llamada "ley de la ponderación", mediante la cual Alexy formula este subprincipio: "Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro." (Sánchez Gil, 2021, p. 38).

Sánchez Gil describe muy bien el procedimiento de Alexy, que presentaré de modo algo diferente, pero sin cambiar el fondo. El decisor debe determinar qué principio debe ser el preferido. El principio preferido es el que resultaría más afectado si no se lo escogiera. Es decir, si tengo a mi disposición dos decisiones, una que interviene poco en *pi* y una que interviene de manera importante en *pj*, será mejor optar por la decisión menos lesiva: la que intervenga un principio levemente y no gravemente otro. La mejor decisión, entre las dos, es la que menos interviene y, por tanto, la que optimiza.

Si se comprendió el párrafo anterior ya se tiene claro el eje del examen de proporcionalidad de Alexy. También debería poder entenderse ahora la ley de ponderación: cuanto más se intervenga en un principio, tanto más debe ser la importancia de satisfacer el otro principio para que se

justifique esa intervención. El perjuicio de la intervención en un principio debe ser compensado con el beneficio de la satisfacción de otro. Así es como funciona la optimización en caso de factores múltiples, mediante la compensación.

El resto de los elementos del procedimiento, simplemente, se integran a este eje con el cuidado necesario para no perder ese núcleo. Así, el valor abstracto de los principios aumenta la importancia concreta de satisfacerlos, por lo que puede ser preferible, añadido ese valor al cálculo, optar por el principio más valioso, aunque se intervenga un poco más en el otro. Lo que se busca optimizar no es la medida de satisfacción, sino el valor total de esa satisfacción, y es más valioso satisfacer el principio más importante.

El último elemento que añade Alexy es el grado de confiabilidad en las premisas empíricas. Cuanto menos confiable sean las premisas que dan evidencia sobre la conveniencia de una decisión, menos valor (peso) tiene esa decisión. Por simplicidad, dejaré de lado este elemento en mi análisis.

Quiero hacer notar dos cosas de capital importancia para evaluar el procedimiento de Alexy como mecanismo de optimización. Una, el presupuesto de que todo el proceso se apoya en un dilema es vital. O bien se prefiere *pi* interviniendo *pj*, o a la inversa. La forma de dilema es lo que vuelve plausible la ley ponderación: cuanto más interviene una decisión *a1* en un principio *pj*, más razones hay para realizar la otra acción, *a2*. Esto es verdad sólo si el daño que produce *a1* (la intervención en *pj*) puede evitarse mediante una decisión *a2* que defiende directamente *pj*. Con más alternativas, la gravedad de la intervención de *a1* en *pj*, aunque todavía sería una razón para no realizar *a1*, no sería una para llevar a cabo *a2*, porque podría, en cambio, optarse por *a3*, *a4*, etc. De modo que sólo porque el modelo de Alexy está apoyado en un dilema, el tercer subprincipio y la ley de ponderación son razonables.

Dos, debe notarse que, como mencioné antes, la misma ley de ponderación es razonable sólo bajo el presupuesto de que los principios protegidos

(los no limitados) se satisfacen aproximadamente en la misma medida. Esto es así porque sólo cuando se mantiene invariante la medida de satisfacción de los principios preferidos el grado de intervención de los limitados indica la medida de daño que causa cada una de las dos opciones consideradas. Por ejemplo, si *a1* limita *pj* levemente, y *a2* limita *pi* gravemente, entonces, por la ley de ponderación, debe escogerse *a1*, que es el que interviene menos y por tanto, causa mayor satisfacción total. Pero si *a1* y *a2* no satisfacen *pi* y *pj* en la misma medida, entonces es imposible conocer la medida de satisfacción que origina cada acción. En el cálculo de Alexy (en su fórmula del peso), éste sólo incluye de forma explícita a la minimización de los daños (la reducción de la intervención), pero no cuenta a la maximización de los beneficios (la medida de satisfacción). Como la optimización depende de las dos cosas, la fórmula es incorrecta.

Supongamos que *a1* protege *pi*, pero que sólo lo hace en una medida mínima (la idoneidad se satisface en un grado bajo), mientras que afecta levemente a *pj*, y que *a2* satisface a *pj* de manera extensa (idoneidad completa) y afecta moderadamente a *pi*. ¿Qué decisión debe tomarse? Según la ley de ponderación, debe escogerse *a1* con su principio *pi*, porque sólo limita levemente *pj*, mientras que la afectación de *a2* a *pi* es moderada. Sin embargo, cuando consideramos no sólo las medidas de afectación del principio limitado (minimización del daño) sino también las de satisfacción del preferido (maximización de los beneficios), la suma de satisfacción total es muy diferente. El problema del modelo de Alexy es que no introduce las medidas de satisfacción de los principios preferidos en el cálculo, y éste último falla cada vez que los grados de idoneidad varían. Que la decisión final optimice los principios depende centralmente de que tanto las medidas de satisfacción como las de intervención sean tomadas en cuenta. Si cualquiera de ellas queda afuera, la optimización no puede determinarse.

En cambio, si en el subprincipio de idoneidad se pide grados similares de idoneidad para *a1* y *a2*, se asegura que la diferencia en la satisfacción de los principios dependa por completo de la intervención en el no

preferido. En esas condiciones, es adecuado medir la optimización basado sólo en intervención, porque la otra variable posible está fija y no puede afectar el resultado.

El tercer subprincipio se justifica, como los dos anteriores, en que los principios son máximas de optimización. Los tres serían correctos si, en conjunto, lograran identificar decisiones que optimizan. No pueden considerarse por separado. El conjunto es lo que lleva al resultado. Como vimos, el modo de formular el segundo subprincipio afecta el resultado en combinación con el tercero. Si este último se formulara de otro modo, el segundo podría mantenerse. Lo que importa no es, como dice Sánchez Gil, la cantidad de pasos. Lo relevante es la utilidad del modelo para el fin buscado: el cumplimiento de los mandatos de optimización de los principios.

Hasta aquí mis dos observaciones puntuales al modelo de Alexy, al que llamo "diádico", porque está diseñado para seleccionar la decisión que optimiza, entre únicamente dos opciones. Tiene, como dije, la estructura de un dilema. Debe priorizarse *pi* o *pj* y todo el examen de proporcionalidad tiene por fin establecer la priorización de cuál optimiza mejor el conjunto de los principios. Ahora haré una crítica final, más sustantiva.

Recordemos nuestro ejemplo inicial: "Tráeme tantas naranjas y manzanas como puedas", que parafraseado para mostrar el conflicto de fines se puede expresar como sigue.

pi: Tráeme tantas naranjas como puedas

pj: Tráeme tantas manzanas como puedas

Los "principios" están en conflicto porque sólo tengo 50 pesos y cada fruta vale 10. Supongamos que llego al comercio y veo que sólo tienen ocho naranjas y siete manzanas. Alexy se pregunta: ¿Debo priorizar *pi* o *pj*? Si elijo *pi*, entonces compro ocho naranjas y dos manzanas. Si escojo

pj, entonces llevo siete manzanas y tres naranjas. ¿Cuál es la mejor opción? Bajo el supuesto de la "igualdad de pesos abstractos", todas esas opciones son óptimas. En el lenguaje de Alexy, los principios tienen el mismo peso concreto. El ejercicio sirve para mostrar que no sólo hay dos opciones. Hay muchas más. No hay que establecer ninguna prioridad entre los principios, lo relevante es buscar la decisión que optimice los fines de ambos, no escoger uno. Si se introduce un peso abstracto, *p. ej.*, mi familia prefiere las naranjas a las manzanas, entonces *a1* será mejor que cualquiera de los otros casos. Pero si introduzco una variante diferente: a mi familia le gusta combinar las frutas en cantidades iguales, entonces la mejor elección será llevar cuatro naranjas y cuatro manzanas. Esta decisión, que es igualitaria en la satisfacción de los dos principios, queda excluida de la propuesta de Alexy debido a la estructura de dilema de su modelo. Mi conclusión de esta crítica es que el modelo de Alexy excluye desde el principio toda una gama de decisiones posibles, creo, arbitrariamente (*i.e.,* no hay razones para hacerlo). Además, alguna (o varias) de las opciones que excluye podría ser aquella que optimiza los principios y quizá, las dos que él está considerando no lo hagan.

¿Cuál es la opinión de Sánchez Gil sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto? Cito: "Este procedimiento se encuentra hoy muy bien estructurado gracias a Robert Alexy quien lo perfeccionó en el ensayo que expone su 'fórmula del peso' —a mi juicio, la cima del pensamiento de este autor." (Sánchez Gil, 2021, p. 39). Creo que tiene razón, la fórmula del peso, prueba específica para la ponderación que Alexy presenta, proporciona herramientas precisas y específicas para encontrar una decisión óptima. Pero es óptima en el contexto que señalé (restringirse a la forma de un dilema y mantener invariante el nivel de adecuación). El procedimiento es sofisticado y, bien entendido, representa y vincula adecuadamente los conceptos correctos: medidas de intervención, satisfacción de principios, optimización. Yerra en el punto de partida, pero hay que admitir que, siendo la única propuesta disponible, es una herramienta muy útil para aproximarse a una solución y, sobre

todo, hacerlo con un método que, aunque con fallas, está apoyado en una argumentación sólida. Esto me lleva a una segunda observación del autor que comentamos.

Dice Sánchez Gil, sobre que la fórmula del peso actúa "conduciendo y transparentando los razonamientos del operador jurídico, y con ello obteniendo control sobre ellos y mayor precisión en su realización." (2021, p. 40). Este párrafo nos introduce en la dimensión argumentativa de la actividad jurídica.

Aunque no creo que la corrección de una decisión consista en tener a su favor los mejores argumentos, sí creo que la existencia y accesibilidad de los argumentos es de radical importancia para que el diálogo sobre ellos constituya una herramienta epistemológica hacia decisiones correctas. Hay una diferencia abismal entre la decisión intuitiva de optar por un principio constitucional sobre otro, sin apoyo argumentativo, y la decisión que resulta de un procedimiento dirigido a un fin específico: la obediencia a los mandatos de optimización constitucionales, y diseñado para ello.

Si Alexy lo hace bien no tiene tanta importancia, lo relevante es que se revisen los argumentos, los conceptos, las herramientas, a la luz de los fines institucionales adecuados. La disponibilidad de argumentos abre paso al diálogo y a la intersubjetividad. La actividad misma de argumentar intersubjetivamente aproxima a una posible, aunque tal vez limitada, objetividad.

Observo, sin embargo, un obstáculo a que ese diálogo se lleve a cabo. La teoría jurídica está dividida entre los que, por un lado, creen que la ponderación es irracional y no tiene caso buscar soluciones correctas y, por otro lado, quienes aceptan acríticamente el método específico de Alexy. Se requiere que la argumentación cambie de foco. Que quienes aceptan la posible racionalidad de la ponderación se cuestionen acerca de la manera correcta de llevarla a cabo.

D. El principio de proporcionalidad en la SCJN

Como dice Sánchez Gil (2021, p. 40), "Aunque no explícitamente, los tribunales federales mexicanos han realizado esfuerzos por aplicar el principio de proporcionalidad desde mediados de los años noventa del siglo XX. Esto no significa que intentaran, desde el inicio, aplicar el principio tal como lo entiende Alexy (con el contenido de sus tres subprincipios), sino que, tal vez buscaban identificar el fenómeno (la colisión de principios) y subsumirlo bajo algún parámetro rector cuyo contenido no estaba definido. En esas condiciones, era natural que no se considerara al principio como obligatorio.

En el año 2007, como narra Sánchez Gil, eso cambió con una sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 130/2007 y, posteriormente, se afianzó la posición con la sentencia del mismo tribunal de la acción de inconstitucionalidad 2/2014.

En el primer caso, el tribunal enumeró las fases clásicas del examen, aunque sin describir nítidamente la de ponderación, y estableció que el examen era imperativo en términos generales (Sánchez Gil, 2021, p. 41). A mí me parece que en ese caso no hubo un compromiso con la fórmula del peso de Alexy y, por tanto, con su específico método para la ponderación. Sin embargo, en el segundo caso, según Sánchez Gil, el tribunal sostuvo que debía usarse "la fórmula clásica alemana: fin legítimo, idoneidad, necesidad y razonabilidad". El autor opina que aquí "razonabilidad" refiere sin dudas al principio de proporcionalidad en sentido estricto (Sánchez Gil, 2021, p. 44).

Las sentencias avanzaron en el sentido de buscar un mecanismo general que instituyeron como obligatorio. La primera no se comprometió explícitamente con la propuesta de Alexy, la segunda sí, porque remitió a ella, o al menos esa es la opinión de Sánchez Gil. En ambas se apela como fundamentación al principio de legalidad, según este autor, en la vertiente de prohibición de arbitrariedad, y en la última se hace referencia a la

necesidad de motivación del artículo 16 constitucional. Esta fundamentación, aunque no permite deducir el principio de proporcionalidad, en mi opinión, sí es importante en cuanto a que exige, para los casos de colisión de principios (tan válido para cualquier otro caso), una motivación o justificación racional. Esta necesidad de motivación material, como reconoce Sánchez Gil, debe ser el principal apoyo del principio de proporcionalidad.

El principio, me parece, no se deduce de la Constitución, pero recibe su apoyo de ella en la medida en que el examen de proporcionalidad (con el contenido adecuado, que no equivale necesariamente al que ninguna doctrina proponga) es una manera racional de resolver colisiones de derechos fundamentales. La Constitución exige legalidad, y no-arbitrariedad. La legalidad consiste en la aplicación de los principios, la no arbitrariedad en el uso de mecanismos racionales para resolverla. Al supuesto mecanismo racional se lo llamó "examen de proporcionalidad". Si nos mantenemos en este nivel conceptual, en efecto, hay apoyo constitucional para el examen, esto es lo que reconocen las sentencias comentadas. Además, avalan el uso de un mecanismo más preciso que no es claro que sea exactamente el de Alexy.

Además, la segunda sentencia, la que resuelve la acción de inconstitucionalidad 2/2014, hizo avances muy importantes en el sentido de proporcionar elementos para dar contenido al principio de proporcionalidad. Ella refiere explícita, aunque vagamente, a la necesidad de proporcionalidad entre los medios y los fines en la limitación de derechos fundamentales, a la exigencia de que la autoridad no pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución y usa también la noción de intervención. Todos estos factores, aunque no dan pistas acerca de cómo debe tomarse la decisión, sí indican elementos a tomar en cuenta. La Corte se va aproximando a la definición del problema: el de la limitación mutua de los derechos fundamentales, y a la necesidad de que la autoridad tome una decisión racional que tienda a la optimización de esos derechos.

En la última sentencia considerada, ¿la Corte empleó el método de Alexy con sus tres subprincipios? Es claro que remite a los dos primeros, si Sánchez Gil tiene razón, también exige el uso del tercero, llamándolo "razonabilidad" en lugar de "ponderación" o de "proporcionalidad en sentido estricto". Si tiene razón, entonces la Corte es la que se equivocó al avalar la herramienta de Alexy. Lo que puede verse es que el máximo tribunal, al mismo tiempo que intenta proponer una herramienta para estos casos, remite a la doctrina como fuente que refuerce la autoridad de su decisión y, a la inversa, la remisión a la doctrina reviste a esta última de la autoridad de la jurisprudencia.

Finalmente, respecto de la posición de la Suprema Corte mexicana, es de extrema importancia el caso *Cannabis*, del que derivó la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.). Aunque no es vinculante, esta sentencia es relevante porque describe y aplica con extrema precisión, casi la totalidad del proceso de Alexy, desde la identificación de la colisión, la necesidad de un fin legítimo para limitar otro hasta los diferentes pasos del examen de proporcionalidad. Los subprincipios primero y segundo repiten al jurista alemán, pero, asombrosamente, al llegar al tercero, el tribunal exige: "que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada".

Recordemos que en la fórmula del peso de Alexy no figura para nada el grado de realización del fin perseguido (éste fue un error crucial que señalamos que afectaba seriamente la propuesta). Sólo se toma en cuenta el grado de afectación del derecho fundamental intervenido. Esta forma de calcular la proporcionalidad no coincide con la de Alexy, de hecho, es muy diferente a ella. También puede verse que no está atada a una decisión del tipo "dilema", porque considera grados de satisfacción además de grados de intervención. Este enfoque, aun cuando necesita desarrollo, sugiere que se puede escoger decisiones que satisfagan y limiten ambos principios de forma parcial.

Me parece que esta sentencia junto con las dos anteriores que sí son vinculantes muestran que la propuesta de Alexy no ha sido del todo avalada.

El paso más complejo y sustancial del modelo alexiano, aunque atrae al Tribunal Supremo, no es replicado sin más. La obligatoriedad del principio de proporcionalidad puede aceptarse sin necesidad de entender que la Corte se compromete incondicionalmente con una doctrina específica de la ponderación.

E. La obligatoriedad del principio y del examen de proporcionalidad

Hay dos sentidos muy diferentes en los cuales la aplicación del principio de proporcionalidad y el examen de proporcionalidad pueden ser obligatorios. Uno es la aplicación correcta de los principios constitucionales, entendidos como mandatos de optimización. El otro es el de emplear el método de Robert Alexy y, en particular, la fórmula del peso. Contestaré afirmativamente al primero y negativamente al segundo, haciendo una serie de precisiones.

I. Primer sentido de obligatoriedad: se deben obedecer los mandatos de optimización

Dice Sánchez Gil: "Lo verdaderamente decisivo para fundar el principio de proporcionalidad es el mandato de optimización de los derechos fundamentales del que es corolario, y que debemos tener como un postulado fundamental —de ahí su carácter tácito— en nuestro sistema jurídico." (2021, pp. 55-56). Coincido por completo con esto.

El punto de partida de la ponderación constitucional es la existencia de un par de mandatos de optimización con esa jerarquía. Como vimos, esta noción implica el principio de proporcionalidad, que es en estricto sentido muy débil: ordena limitar un derecho fundamental sólo de manera justificada, sin poner él mismo límites al tipo de justificación admisible. Pero la existencia de los mandatos de optimización justifica, al mismo tiempo, la utilización de un mecanismo de optimización adecuado, lo que es lo mismo que decir que si hay mandatos de optimización, entonces,

trivialmente, hay obligación de optimizar. Es en este sentido, uno conceptual implicado en la misma existencia de principios, que no se necesita ninguna jurisprudencia de la Suprema Corte para que cualquier operador del derecho deba satisfacer en su máxima medida posible los derechos fundamentales constitucionales. Ésta no es una obligatoriedad de aplicar el método de Alexy en particular, respecto del cual el mismo Tribunal Supremo es ambiguo y que, además, es un método que no realiza con plenitud la tarea.

En este primer sentido, los mandatos de optimización son obligatorios, por así decirlo, de modo universal. Como la obligación surge de su naturaleza, entonces ellos serán obligatorios en el sistema jurídico al que pertenezcan, respecto de su ámbito de aplicación. El aval del Tribunal Supremo puede darles vitalidad, pero es redundante.

II. Segundo sentido de obligatoriedad: se debe asegurar el goce más extenso posible de los derechos fundamentales

Esta es una idea diferente. No sólo asume que cuando haya mandatos de optimización ellos deben obedecerse sino que añade dos elementos: primero, el reconocimiento de que en la Constitución mexicana los derechos fundamentales se incorporan mediante mandatos de optimización y el segundo, un mandato interpretativo según el cual el contenido de esos mandatos debe entenderse del modo más extenso posible.

Según Sánchez Gil, el primero de estos elementos ha sido considerado admitido en México desde antes de la reforma de 2011. La idea es que, en el artículo 1 constitucional es donde se asume el carácter de principios de las normas sobre derechos fundamentales (2021, p. 56). Él admite que esto es discutible. El punto es relevante porque no siempre una norma que defiende derechos fundamentales es un principio: también podría ser una regla. Es una cuestión contingente que depende tanto del texto

constitucional como de su interpretación. No hay necesidad lógica de entenderlo así.

El segundo elemento, según el mismo autor, también admitido desde antes de la reforma, fue reforzado en especial mediante ella, que tuvo como finalidad fortalecer el compromiso del Estado mexicano con los derechos humanos, ampliar y facilitar su justificabilidad (2021, p. 56). Si tiene razón Sánchez Gil en que existe este mandato interpretativo, entonces la obligatoriedad de optimizar la satisfacción de principios sobre derechos fundamentales tiene dos matices, los cuales no surgen de la noción de mandato de optimización. Son los dos mencionados, que las normas sobre derechos fundamentales deben entenderse como principios y que, además, la interpretación de su contenido debe extenderlos. Se trata de elementos que avanzan en la defensa de los derechos individuales, que van más allá del mero requisito de cumplir las normas y son válidos en el derecho mexicano, no necesariamente en otros sistemas normativos.

¿Apoya esto el principio de proporcionalidad? Lo que apoya es, en todo caso, una interpretación restrictiva de éste. Si el principio estándar prohíbe limitar un derecho fundamental sin un fin legítimo, estos matices añaden que ese fin legítimo debería ser controlado de modo tal que el goce de derechos fundamentales fuera extenso. Esto no obliga a que sólo se limite un derecho fundamental por medio de otro, pero sí apunta en el sentido de dar preferencia o al menos más importancia, a principios sobre derechos que a otros principios.

¿Y qué sucede con el examen de proporcionalidad? Éste resulta afectado, porque entonces no sólo se trata de cumplir los principios, sino que además hay que interpretarlos en toda su extensión. Ello afectará, a su vez, la importancia de los principios (aquellos sobre derechos fundamentales deberían ser más importantes) y también la asignación de valores de intervención y satisfacción.

En suma, parece que en México hay una obligación de entender las normas constitucionales sobre derechos fundamentales como mandatos de

optimización, que la interpretación debe hacerse favoreciendo su expansión y, por tanto, hay una obligación especialmente fuerte respecto de la defensa de derechos fundamentales en la realización del examen de proporcionalidad (sea el que sea el que se emplee).

III. Obligatoriedad lógica

De los dos tipos de obligatoriedad anteriores, el primero es universal y conceptual, el segundo local y contingente. ¿Podría defenderse un tipo de obligatoriedad más fuerte? ¿Una que comprometiera no sólo a cumplir mandatos de optimización cuando existieran, sino a hacerlo de manera racional? Esta obligación de racionalidad abarcaría el examen de proporcionalidad, dado que es éste el que determina qué decisión judicial optimiza los derechos protegidos. Además, esa operación es, al menos en gran medida, lógica y a la vez intenta ser objetiva (en la asignación de importancia a los principios y de medidas de satisfacción e intervención en éstos).

Las leyes de la lógica son universales. Aunque hay muchos tipos de lógica en la actualidad, dentro los contextos adecuados, ciertos principios no pueden rechazarse. Por ejemplo, la aritmética es deductiva y en su contexto no puede rechazarse el principio de no contradicción. ¿Pasa lo mismo con el examen de proporcionalidad?

En cierta medida sí. Cuando hay un mandato de optimización, entonces si se toma una decisión que no es idónea o necesaria o que no sea la que pondera adecuadamente, se está siendo irracional o, a veces, subjetivo. Falla la racionalidad instrumental. El medio no es el correcto para el fin de optimizar bienes jurídicos. Hay un sentido en el que debemos seguir las leyes de la razón; pero, ¿en qué sentido?, ¿cuál es la sanción? El sentido es el de que si no las seguimos somos irracionales y esa es la única sanción. Podemos ser contradictorios bajo pena de irracionalidad. Pero esa pena es insuficiente para la acción judicial. Por eso es necesario una sanción más fuerte de esta obligación y esta es la que, en el sistema

mexicano, figura en los mandatos constitucionales de legalidad y no arbitrariedad.

Así, hay obligación constitucional, no sólo lógica, de que los jueces mexicanos persigan la protección de los derechos fundamentales, mediante un examen de proporcionalidad (no uno dictado por la doctrina sino más bien el que dicte la razón) que sea instrumentalmente correcto para cumplir con los mandatos de optimización constitucionales.

F. Conclusión

El artículo de Sánchez Gil es clarificador. Sin embargo, confunde tres conceptos que deben distinguirse: el principio de proporcionalidad, el examen de proporcionalidad y la propuesta de Alexy sobre este examen. El error no es ocasionado por una falla conceptual, sino por una confianza excesiva en que la propuesta del filósofo alemán es correcta.

Si separamos la propuesta de Alexy y sus tres subprincipios de la idea de un examen de proporcionalidad como herramienta para la ponderación, y a la ponderación la entendemos como el mecanismo racional y (en lo posible) objetivamente adecuado para optimizar principios en casos de conflicto, entonces podemos evaluar el artículo de Sánchez Gil como uno acerca de estos últimos conceptos.

Desde esta perspectiva, las principales tesis del autor son completamente correctas y se encuentran muy bien fundadas en su trabajo. Las que he considerado y admitido son las siguientes dos. *1)* Es en el concepto de principio como mandato de optimización donde se encuentra el principal apoyo para el examen de proporcionalidad: *2)* Es la Constitución, mediante los requisitos de legalidad y arbitrariedad, la que ordena, por un lado, obedecer a esos principios (justificación) y por el otro, hacerlo racionalmente (motivación), esto es, mediante el examen de proporcionalidad, que a su turno debe justificarse racional y objetivamente en lo posible.

Fuentes

Alexy, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, 2001, pág. 291 Original: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1985.

Sánchez Gil, R. (2021). "Proporcionalidad y juicio de constitucionalidad en México", en *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, México, Centro de Estudios Constitucionales.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran un uso creciente del test de proporcionalidad para distintos fines, además es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Es necesario ahora plantear interrogantes más específicas que contribuyan a darle una aplicación concreta como una técnica confiable y ajustada a la seguridad jurídica, cuya respuesta brinde elementos para explicar mejor la metodología en todos sus aspectos, y a resolver sus problemas en la práctica.

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó que la primera versión de su línea de investigación sobre Metodologías de la Adjudicación Constitucional se dedicara a explorar el test de proporcionalidad. El seminario permanente sobre este tema ha reunido a académicos, operadores jurídicos y estudiantes que se interesen en el test de proporcionalidad y en sus complejidades como herramienta de decisión judicial. Como un primer producto de este seminario, se publica *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, cuyos textos integrantes son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test como metodología de adjudicación constitucional.

Se espera que esta obra impulse una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional.