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.

Necesidad y ponderación*

Martin Borowski

* Texto presentado el 3 de marzo de 2020 en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de su Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad. Traducido al español por Arnulfo Daniel Mateos Durán con autorización del autor.

Sumario: A. El origen alemán y la proliferación internacional de la proporcionalidad; B. Las tres gradas de la proporcionalidad; I. Idoneidad; II. Necesidad; 1. El criterio de necesidad; 2. Tres aclaraciones; a. No hay tasa de intercambio; b. Los medios son igualmente buenos; c. Medios igualmente buenos en términos de libertad, pero mejores en términos de promoción del fin; III. La proporcionalidad en sentido estricto; C. Acerca del papel de la ponderación al evaluar la necesidad; I. La extensión de la discrecionalidad al evaluar la necesidad; II. La cuestión de la optimización Kaldor-Hicks (manzanas, naranjas y limones); 1. La decisión del arrendamiento laboral (leasing); 2. La optimización Kaldor-Hicks modificada; a. La idea base de redefinir el óptimo de Pareto por medio de la optimización Kaldor-Hicks; b. Naranjas, manzanas y limones; c. Un problema más grande; 3. Del significado de la optimización Kaldor-Hicks en el derecho constitucional; a. La "pregunta del si"; 4. La "pregunta del dónde": ¿en qué parte del test de proporcionalidad se localiza la optimización Kaldor-Hicks?; a. La optimización Kaldor-Hicks en la grada de necesidad; b. La optimización Kaldor-Hicks al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto; c. La optimización Kaldor-Hicks como una grada independiente; D. Conclusión.

En las últimas décadas, los constitucionalistas alrededor del mundo han comprendido que la doctrina de la proporcionalidad es un factor crucial en la evaluación de las pretensiones emanadas de los derechos fundamentales y de los derechos humanos del derecho internacional.

A. El origen alemán y la proliferación internacional de la proporcionalidad

La primera manifestación más concreta de la doctrina de la proporcionalidad puede encontrarse en el derecho policiaco prusiano, como rama especial del derecho administrativo, a finales del siglo XVIII,[1] en el título de la sección 17, parágrafo 10 del Derecho estatal general prusiano (*Preussisches Allegemeines Landrecht*) del 1 de junio de 1794.[2] De acuerdo

[1] Véanse, por ejemplo, Remmert (1995, pp. 140 y ss.) y Peters (2015, p. 589).

[2] Esta famosa disposición dice lo siguiente en alemán: "Los preparativos necesarios para el establecimiento de la tranquilidad, seguridad y orden público, y para alcanzar la prevención del inminente peligro al público o los miembros individuales del mismo, es la tarea de la policía".

a Carl Gottlieb Svarez, uno de los dos principales autores de este omnicomprensivo código general de derecho —el cual abarcó aspectos clave del derecho constitucional, privado, penal y administrativo—, el Estado debía intervenir en la libertad del individuo solamente hasta una extensión necesaria por el bien de la libertad de otros individuos y la seguridad pública.[3] La lesión experimentada por el individuo no debía sobrepasar el beneficio alcanzado por el Estado a través de la intervención.[4] Con esta disposición se adoptó explícitamente una idea clave de la Ilustración en el derecho administrativo. No obstante, pasaron más de 80 años hasta que a esa idea se le dio expresión en la jurisprudencia, es decir, en el segundo juicio Kreuzberg del Tribunal Superior Administrativo Prusiano de 1882.[5] Para ser más claros, la proporcionalidad permaneció, hasta ese momento, como un asunto del derecho administrativo más que del derecho constitucional. La Constitución alemana de ese momento, la Constitución de la Alemania de Bismarck de 1871, por su parte, no contenía ningún derecho fundamental.[6]

La Constitución de la República de Weimar de 1919 fue la primera constitución republicana del Imperio alemán que incorporó un catálogo de derechos fundamentales —derechos de libertad, de igualdad y derechos sociales—. Los comentarios judiciales y académicos comenzaron a desarrollar los primeros elementos de la doctrina moderna de los derechos fundamentales, entre éstos, inicios o indicios de la proporcionalidad, se encuentran en la "teoría de la ponderación" de Rudolf Smend (1928, p. 52) —en el contexto de la libertad de expresión— o el *rechtsstaatliches*

[3] Svarez (2000, p. 115); véase, también, Svarez (1960, p. 486).
[4] Para ser más precisos, Svarez requería que los beneficios alcanzados por el Estado fueran mayores "por mucho" (*bey weitem*) a la lesión experimentada por el individuo (Svarez, 1960, p. 115); véase, también, Svarez (1960, p. 487). Esto es más riguroso que la forma moderna de proporcionalidad en su sentido estricto, la cual solamente requiere que la lesión experimentada por el individuo no supere el beneficio alcanzado por el Estado. En el caso de un empate entre el beneficio alcanzado por el Estado y la lesión experimentada por el individuo, la forma moderna consideraría la proporcionalidad de la medida estatal, mientras que Svarez no. Esta diferencia no ha llamado mucha atención hasta ahora, sin embargo, debería ser subrayada.
[5] Segunda sentencia del juicio Kreuzberg del Tribunal Administrativo Superior Prusiano del 14 de junio de 1882, reimpreso en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1985, pp. 219-226.
[6] Véase, por ejemplo, Willoweit y Schlinker (2019, p. 291).

Verteilungsprinzip de Carl Schmitt —en el cual la idea es que la libertad del ciudadano es en principio ilimitada, mientras que el poder del Estado para limitar esta libertad es limitado—. Sin embargo, los tiempos económicos y socialmente complicados hicieron las cosas difíciles. Después de sólo 14 años, bajo la Constitución de Weimar, los nacionalsocialistas tomaron el poder en 1933. En los siguientes 12 años, la colectividad, "el pueblo", lo era todo. La ideología del nacionalsocialismo rechazaba rotundamente la idea misma de que un individuo gozara de libertad.[7]

En respuesta a las atrocidades del Tercer Reich, los redactores de la Constitución alemana después de la Segunda Guerra Mundial decidieron tomar los derechos de los individuos seriamente —más en serio que nunca en Alemania—. La ley fundamental, la Constitución alemana de 1949, contiene derechos de libertad y de igualdad y los declara vinculantes a todas las ramas del gobierno, conforme al artículo 1, párrafo 3. No obstante, no preveía explícitamente la doctrina de la proporcionalidad en una disposición particular, quedó en manos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán desarrollar la estructura de la proporcionalidad en mayor detalle mediante decisiones fundamentales a partir de los la década de 1950 y en adelante. A principios de la década de 1960, Peter Lerche señaló, correctamente, que en Alemania la proporcionalidad contaba como un principio general de la Constitución ampliamente reconocido (Lerche, 1961, p. 350). El test de proporcionalidad se ha convertido en el examen clave para determinar si una ley parlamentaria o cualquier acto estatal prueba ser constitucional desde un punto de vista sustantivo.[8]

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán se pueden encontrar dos corrientes de razonamiento para justificar la proporcionalidad. En la primera, se concibe como un componente integral del

[7] Véanse, por ejemplo, Forsthoff (1933, pp. 41-42), Huber (1937, p. 361), Scheuner (1937, p. 89). Respecto a este desarrollo desde una perspectiva moderna, véase Pauly (2004, pp. 563-592), en el párrafo 14, número marginal 15 y ss., con posteriores referencias.
[8] Véase, por ejemplo, Stern (2011, p. 112).

Estado de derecho (*Rechtsstaatsprinzip*);[9] en la segunda, la proporcionalidad sigue la afirmación del Tribunal "a partir de la naturaleza de los derechos fundamentales" (*aus dem Wesen der Grundrechte*).[10] En el lenguaje moderno, uno diría que la proporcionalidad cuenta como una necesaria propiedad estructural de la evaluación de las pretensiones emanadas de los derechos fundamentales.[11] Las dos corrientes son plausibles y se refuerzan mutuamente; no hay necesidad de preferir alguna corriente de razonamiento sobre la otra.

En las décadas siguientes, la doctrina de la proporcionalidad emigró a varios ordenamientos constitucionales —en Europa y más allá—.[12] Citando a Alex Sweet Stone y a Jud Matthews, sobre la proliferación del estilo alemán de proporcionalidad: "Para finales de la década de 1990, virtualmente cada sistema efectivo de justicia constitucional en el mundo, con la parcial excepción de los Estados Unidos de América, había adoptado principios generales de la 'doctrina de la proporcionalidad'" (Stone y Matthews, 2008, p. 75).

La proliferación de la proporcionalidad alcanzó al derecho internacional público. Se ha aceptado ampliamente que la evaluación de las pretensiones emanadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la Corte en Estrasburgo supone, como regla, el análisis de la proporcionalidad.[13] La misma tendencia puede ser vista en la Convención Americana de Derechos Humanos[14] y la Carta Africana de Derechos Humanos

[9] BVerfGE 17, 306 (313 y 314); BVerfGE 23, 127 (133 y 134); BVerfGE 27, 1 (8); BVerfGE 30, 250 (263); BVerfGE 35, 382 (400); BVerfGE 38, 348 (368); BVerfGE 49, 24 (58); BVerfGE 61, 126 (134); BVerfGE 69, 1 (35); BVerfGE 76, 256 (359); BVerfGE 80, 109 (120); BVerfGE 92, 277 (325). Véanse, por ejemplo, desde la literatura académica, Stern (1993, pp. 173 y ss.), Schlink (2001, p. 448).

[10] BVerfGE 19, 342 (348 y 349); BVerfGE 61, 126 (134); BVerfGE 65, 1 (44); BVerfGE 76, 1 (50); BVerfGE 77, 308 (334).

[11] Véase, en particular, Alexy (2016, pp. 6-12).

[12] Véanse, en particular, Beatty (2004, pp. 112 y ss.), Stone y Matthews (2008, pp. 112 y ss.), Barak (2012, pp. 186 y ss.) y Bernal (2013, pp. 483-515).

[13] Véanse, por ejemplo, Harris (2009, pp. 349 y ss.), White (2010, pp. 325-332), Greer (2004, pp. 412-434), Grabenwarter y Pabel (2016, § 18, número marginal 14 y ss).

[14] Véase, para el derecho a la vida en la Convención Americana, Antkowiak (2017, pp. 84-85).

y de los Pueblos,[15] y esto aplica también a los instrumentos universales para la protección de los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas.[16]

La proporcionalidad se ha convertido en un criterio clave en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo, primero, sobre la cuestión institucional de la distribución de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros (artículo 5, párrafo 4 del Tratado de la Unión Europea y sus protocolos adicionales) (Craig y Búrca, 2015, pp. 172 y ss. y 551; Peters, 2015, p. 593; Streinz, 2019, número marginal 117), y, segundo, sobre la cuestión sustantiva de los derechos fundamentales de la Unión Europea —inicialmente, como principios generales no escritos del derecho de la Comunidad Europea— (Craig y Búrca, 2015, pp. 229-230 y 551 y ss.; Streinz, 2019, número marginal 790; Peters, 2015, p. 593). Después de la reforma del Tratado de Lisboa, los tratados de la Unión Europea estipulan ahora explícitamente el aspecto sustantivo de la proporcionalidad en el artículo 51, sección 1, cláusula 2 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, en conjunto con el artículo 6, sección 1 del Tratado de la Unión Europea (Peers y Prechal, 2014, pp. 1455-1521; Borowski, 2007, pp. 197-240 y 210 y ss; Jarass, 2016, art. 52, número marginal 34 y ss).

Más allá de los derechos constitucionales, en los derechos humanos internacionales y supranacionales, el análisis de la proporcionalidad juega, además, un papel central, por ejemplo, al limitar las libertades fundamentales del mercado en el derecho europeo[17] y las libertades establecidas en el marco de la Organización Mundial del Comercio[18] y el derecho

[15] Véase, sobre la libertad religiosa en la Carta Africana, Murry (2019, pp. 261-262).
[16] Véanse, por ejemplo, Barak (2012, pp. 202 y ss.), Kälin (2018, pp. 112 y ss.) y Peters (2015, p. 591).
[17] Véase, por ejemplo, Craig y Búrca (2015, p. 701) en varios lugares de la obra; Streinz (2019, 340 y ss.), y Herdegen (2019, pp. 328 y ss).
[18] Véase, por ejemplo, Stone y Matthews (2008, pp. 153 y ss.) y Peters (2015, p. 591).

internacional en general (Crawford, 2012, p. 665; Peters, 2012, número marginal 106; Newton y May 2014; Kolb, 2016, pp. 401-412).

En el debate internacional sobre la proporcionalidad se ha enfatizado que ésta puede ser considerada como el más reciente y exitoso "*hit* de exportación" del razonamiento jurídico alemán.[19] Puedo decir, desde el punto de vista alemán, que actualmente esto es una espada de doble filo. Lo anterior, podría entenderse como un elogio para la cultura jurídica que desarrolló la proporcionalidad con gran claridad —lo cual puede sonar halagador—. No obstante, la referencia al origen alemán de la proporcionalidad también puede ser hecha con el tinte de que es una doctrina distintivamente alemana, la cual no puede fácilmente, o siquiera, ser trasplantada a otras culturas jurídicas, cada una con sus propias y particulares tradiciones jurídicas y narrativas. Sin embargo, la proporcionalidad es una estructura analítica universal. Para ser claros, ninguna declaración normativa puede derivar solamente de una estructura analítica. La estructura analítica de la proporcionalidad necesita ser complementada con premisas normativas. Es en estas premisas normativas que las distintas tradiciones y convenciones de las diferentes culturas jurídicas entran en juego. La estructura analítica de la proporcionalidad no puede ser específicamente alemana, tal como la ley de gravedad de Isaac Newton no puede ser específicamente británica o la noción de Hans Kelsen de poder jurídico (*Ermächtigung*) tampoco específicamente austriaca.

En resumen, vale la pena tener en cuenta que la estructura analítica de la proporcionalidad a) no es la respuesta a cada pregunta, ya que la subsunción también juega un papel importante en la aplicación del derecho, y b) que una estructura analítica por sí misma no puede justificar nada, ésta requiere ser complementada con las premisas normativas que necesitan ser justificadas por medio de la argumentación jurídica.

[19] Véase, en particular, Craig y Búrca (2015, p. 551): "El concepto de proporcionalidad es desarrollado más completamente dentro del derecho alemán". Véanse, además, Stone, y Matthews (2008, pp. 98 y ss.), Cohen-Eliya y Porat (2010, pp. 271 y ss.) y Barak (2012, 178 y ss).

B. Las tres gradas de la proporcionalidad

La proporcionalidad en sentido amplio comprende tres gradas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, también hay modelos de análisis de la proporcionalidad con dos o cuatro gradas en la jurisprudencia y en la literatura.[20] Me enfocaré, de manera general, en el análisis de la proporcionalidad en el contexto del control de constitucionalidad de un acto del parlamento en manos de un tribunal constitucional. Las características de la proporcionalidad en otros contextos son *mutatis mutandis* similares.

I. Idoneidad

La idoneidad requiere que el legislador persiga un fin legítimo y que el medio deba ser apropiado para alcanzar o, al menos, promover ese fin.[21] Esto es realmente un requisito doble.

Primero, el fin perseguido por el legislador debe ser legítimo. Los fines ilegítimos son excluidos desde el principio: éstos no tienen una base que justifique intervenciones en los derechos fundamentales. Nótese que la

---

[20] Como se explica a continuación, en el modelo con tres gradas la pregunta de si el Estado persigue un fin legítimo es parte del requisito de idoneidad. Si la evaluación de si el Estado persigue un fin legítimo es considerada como una grada independiente, emerge entonces un modelo de cuatro gradas: i) fin legítimo, ii) idoneidad, iii) necesidad y iv) proporcionalidad en su sentido estricto —véase, por ejemplo, Barak (2012, pp. 243 y ss.), quien distingue entre "propósito adecuado", "conexión racional", "necesidad" y "proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)". A veces la proporcionalidad en su sentido estricto es bien 1) considerada "irracional" y descartada, o 2) toma un papel secundario, reduciendo el análisis de proporcionalidad (al parecer en este último caso) a dos gradas. Sobre el primer caso, véase, en particular, Schlink (1976, pp. 134 y ss.; 2001, pp. 445-465); también, Kingreen y Poscher (2019, número marginal 344). Un ejemplo del segundo caso se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Europeo del Convenio de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, véase la sección "La proporcionalidad en sentido estricto".

[21] Desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, véanse, BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 33, 171 (187); BVerfGE 67, 157 (173); BVerfGE 90, 145 (172); BVerfGE 96, 10 (23); BVerfGE 103, 293 (307); BVerfGE 116, 202 (224); BVerfGE 117, 163 (188 y 189); BVerfGE 119, 59 (84); BVerfGE 121, 317 (354); BVerfGE 125, 260 (318); BVerfGE 126, 112 (144); BVerfGE 130, 151 (188). Véase, además, Alexy (2002a, pp. 68-69); también, Barak (2012, 245-315) (distinguiendo entre "propósito adecuado" y "conexión racional"); Möller (2012, 181-195) (distinguiendo ente "etapa de meta legítima" y "necesidad").

pregunta de cuál fin cuenta como "legítimo" es una *cuestión normativa* que necesita ser determinada en relación con el derecho fundamental en cuestión. Por ejemplo, la Constitución alemana prohíbe cualquier discriminación basada en la raza. Esto quiere decir que la "pureza racial" de la población no cuenta como un fin constitucional legítimo —la pregunta no es cuánto peso exhibe este fin comparado con otros derechos y bienes en colisión, ya que no exhibe *un peso en absoluto*—.

Segundo, los medios empleados por el legislador deben al menos promover el fin relevante. Esto es una *pregunta empírica*. La racionalidad instrumental es la clave: ¿si empleamos los medios, será el fin promovido? Nótese que el grado de promoción del fin relevante no juega ningún papel en este contexto —el efecto sólo tiene que ser positivo, incluso, si prueba ser mínimo—. La pregunta empírica de si ciertos medios promueven un determinado fin puede ser algo compleja —por ejemplo, si un acto del parlamento promueve el empleo, esto puede depender de las intrincadas constricciones colaterales en el comportamiento coordinado o contradictorio de los actores económicos, quienes persiguen por su lado sus propios fines—. Frecuentemente, al menos permanece algún grado de incertidumbre empírica, incluso después de que se hayan considerado todas las opiniones de los expertos. En el examen de control de constitucionalidad, los tribunales simplemente no pueden reemplazar la evaluación de las cuestiones empíricas relevantes realizada por el parlamento democráticamente legitimado con sus propias evaluaciones empíricas. En el examen de constitucionalidad, los tribunales tienen que conceder discreción empírica al legislador —entre mayor sea el grado de incertidumbre empírica, mayor la discrecionalidad para el legislador—. Más adelante volveré al asunto de la discrecionalidad.[22]

Realmente es muy raro que las medidas legislativas no pasen el test de idoneidad. El caso por excelencia del derecho constitucional alemán es

[22] Véase la sección "La extensión de la discrecionalidad al evaluar la necesidad" (pp. 251 y ss.).

el de la licencia para cetrería.[23] El legislador federal alemán consideró a la cetrería como una forma de caza. De acuerdo con la ley relativa, todo aquel que quisiera dedicarse a la cetrería necesitaba tener un permiso general de caza y, adicionalmente, un permiso especial de cetrería. La caza supone por lo general matar animales salvajes con armas de fuego. De este modo, parece razonable que el permiso general de caza depende de un examen del manejo de armas de fuego, ya que su posesión y uso —incluso para propósitos de caza— está estrictamente regulado en Alemania; el examen es muy oneroso y requiere de un arduo y extenso entrenamiento. No obstante, el punto es que las armas de fuego no juegan ningún papel importante en la cetrería. El "arma" en la cetrería es básicamente el ave de caza, la cual atrapa pequeños animales que son entonces sacrificados por el cetrero, utilizando el tradicional "cuchillo cetrero". El halcón obtiene una recompensa del cetrero. Éste no puede utilizar armas de fuego para matar a la presa, ya que eso ahuyentaría al halcón; el halcón podría no regresar jamás al cetrero. Lo que significa que las armas de fuego son inútiles e incluso contraproducentes en la cetrería. El entrenamiento y conocimiento con vista en las armas de fuego —en las palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán según mi interpretación— "no están de ningún modo relacionadas" con una apropiada cetrería y los potenciales peligros que surjan de ésta.[24] No hay ningún peligro proveniente del uso de armas de fuego, porque éstas no son usadas en la cetrería. El requisito de haber aprobado el examen de uso de armas de fuego no es idóneo.

II. Necesidad

Al aplicar el criterio de necesidad, el medio empleado debe tener el efecto menos restrictivo. En otras palabras, que no haya un medio alternativo que i) lesione en menor medida el derecho individual, pero ii) promueva el fin al menos tan bien (igual o incluso mejor), comparado a los medios

[23] BVerfGE 55, 159.
[24] *Ibidem*, p. 166.

empleados por el Estado.[25] Éste es el criterio económico del óptimo de Pareto aplicado al derecho.[26]

1. El criterio de necesidad

El caso ejemplar alemán es la decisión sobre los chocolates del conejo de pascua.[27] En Alemania, las figuras de chocolates son tradicionalmente populares —Santa Claus para Navidad y el conejo para la Pascua—. En algún momento, figuras baratas hechas de chocolate falso —básicamente grasa barata, azúcar y colorante café con algún grano de cacao, junto a arroz inflado— entraron al mercado. Esto supuso el peligro de que el consumidor fuera inducido de modo erróneo a creer que esas figuras apócrifas eran verdaderas figuras de chocolate. Para evitar tal error, la venta de figuras falsas de chocolate fue completamente prohibida por medio de la regulación federal —si las figuras falsas de chocolate no son vendidas, nadie podría confundirlas por algo que no fuese, en otras palabras, verdaderas figuras de chocolate—.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal alemán dispuso que tal prohibición total de la venta de dichas figuras falsas de chocolate no era necesaria,[28] pues existía un medio alternativo a la prohibición absoluta: el etiquetado del producto. Un etiquetado apropiado aseguraba que el consumidor supiera que la figura en cuestión no contenía verdadero chocolate, sino chocolate falso. Si las personas son felices de comprar chocolate falso y saben que lo están haciendo, entonces nadie es engañado. Ciertamente, el requisito del etiquetado interviene en menor medida en la libertad

[25] De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, véanse BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 33, 171 (187); BVerfGE 39, 210 (p. 230); BVerfGE 40, 196 (222); BVerfGE 63, 88 (115); BVerfGE 67, 157 (173); BVerfGE 70, 278 (286); BVerfGE 77, 84 (108); BVerfGE 78, 38 (50); BVerfGE 81, 156 (192); BVerfGE 96, 10 (23); BVerfGE 103, 293 (307); BVerfGE 116, 202 (224); BVerfGE 117, 163 (188 y 189); BVerfGE 119, 59 (84); BVerfGE 121, 317 (354); BVerfGE 125, 260 (318); BVerfGE 126, 112 (144); BVerfGE 130, 151 (188). Desde la literatura, véanse, Alexy (2002a, pp. 67 y 68) y Barak (2012, pp. 317-339).
[26] Véase, por ejemplo, Alexy (2002a, p. 105).
[27] BVerfGE 53, 135.
[28] *Ibidem*, pp. 145-147.

de profesión (*Berufsfreiheit*) —conforme al artículo 12, párrafo 1 de la ley fundamental— comparada con la prohibición total de la venta de chocolate falso. La venta de figuras hechas de chocolate falso está permitida, solamente si están etiquetadas apropiadamente para evitar errores por parte de los consumidores. Éste es el primer elemento de un medio alternativo.

El segundo elemento de un medio alternativo consiste en que debe promover un fin relevante de igual forma o mejor. El Tribunal Constitucional Federal alemán decidió en 1980 que el requisito de etiquetado promueve, como una regla, la protección al consumidor de la misma manera, comparada con una total prohibición de la venta. Este hilo de argumentación también puede ser encontrado —aproximadamente al mismo tiempo— en la decisión Cassis de Dijon del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo, en el contexto de la libertad de movimiento de bienes y servicios en el mercado común, en la medida que concierne a barreras no arancelarias al comercio: Alemania consideró una total prohibición al licor francés Cassis de Dijon, como *necesaria*, ya que contenía muy poco alcohol para ser considerada como "licor" en el país. Sin embargo, el Tribunal de Justicia dispuso que el requisito de etiquetado sería suficiente —una prohibición total no era necesaria conforme al test de proporcionalidad—.[29]

Al evaluar la necesidad de un fin legislativo, desde el punto de vista del derecho fundamental, dos aspectos juegan un papel importante, primero, el grado de intervención en el derecho fundamental y, segundo, el grado de promoción del fin legítimo. Asumamos que, con el fin de ilustrar las cantidades concernientes,[30] uno mide la severidad de la inter-

[29] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, caso 120/78, REWE-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (1979), ECR 649, 1979, 3, CMLR 494.

[30] Para ser más claros, una reconstrucción más sofisticada en el contexto de la fórmula del peso, basado en una escala limitada y secuencias geométricas, ya ha sido desarrollada. Relativo a la escala limitada en general y la escala tríadica o de triada-doble, en particular, véase, Alexy (2002b, 388-425; 2002c, p. 21; 2003, en pp. 440-443; 2007, pp. 14-23). Sobre secuencias geométricas, véase, por ejemplo, Alexy (2007, p. 21; 2003, p. 444). Todas las declaraciones en el texto a continuación pueden ser expresadas en una escala de triada-doble basada en secuencias geométricas, la cual sería

vención en el derecho fundamental con *naranjas* y el grado de promoción de la protección al consumidor con *manzanas*. Aún más, asumamos que una completa prohibición de la venta de chocolates falsos interviene en la libertad de perseguir la profesión que uno desee con un valor de *cuatro naranjas* y promueve la protección al consumidor con un valor de *tres manzanas*. El medio alternativo de un requisito de etiquetado interviene con la libertad de profesión con un valor de *dos naranjas* y promueve la protección al consumidor con un valor de *tres manzanas*. Estas consideraciones hacen claro que el requisito de etiquetado no interviene tan severamente con el derecho fundamental (*dos naranjas* en comparación de las *cuatro naranjas* de la prohibición absoluta) y promueve la protección al consumidor en el mismo grado (*tres manzanas* para ambos medios). En resumen: al evaluar la necesidad, es necesario mirar a) si hay un medio alternativo que es mejor en términos de libertad (*menos naranjas*) y b) al menos igualmente bueno en términos de promoción del fin legítimo del legislador (*mismo número de manzanas o incluso más manzanas*). Si existe tal medio alternativo, el medio original empleado por el Estado prueba ser no necesario.

2. Tres aclaraciones

En relación con el criterio de necesidad, pueden ser de utilidad tres aclaraciones.

a. No hay tasa de intercambio

Primero, para aplicar el criterio de necesidad como se mencionó anteriormente, no se necesita *una tasa de intercambio* entre la severidad de la intervención y el peso de los derechos y bienes en colisión.[31] Para utilizar la metáfora justamente empleada, no es necesaria una tasa de intercambio entre las naranjas y las manzanas. Sólo se necesita estar en la búsqueda

más adecuada para una precisa reconstrucción de la ponderación, pero menos claras para aquel que no esté familiarizado con la escala limitada.

[31] Véanse, Sieckmann (1990, pp. 224-225) y Borowski (2018, p. 168).

de medios que sean i) mejores en términos de naranjas y ii) al menos igualmente buenos o mejores en términos de manzanas. Esto quiere decir que el problema de la inconmensurabilidad[32] no surge del todo. En este sentido, el criterio de necesidad puede ser aplicado sin la ponderación.[33]

b. Los medios son igualmente buenos

Segundo, los medios que son igualmente buenos en ambos, en términos de libertad (*naranjas*) y de promoción del fin de la legislación (*manzanas*), no son medios alternativos en el sentido de necesidad[34] —nadie puede afirmar, en el examen de constitucionalidad, que tal medio es mejor que el original elegido por el legislador—. Las dos medidas son iguales desde el punto de vista del Óptimo de Pareto. El parlamento puede escoger cualquiera de los dos, el tribunal constitucional no puede criticar nunca al parlamento por haber preferido uno respecto del otro.

c. Medios igualmente buenos en términos de libertad, pero mejores en términos de promoción del fin

Tercero, incluso si los medios alternativos son igualmente buenos en términos de libertad (mismo número de *naranjas*), pero mejores en términos de promoción del fin (más *manzanas*), esto no es un medio alternativo en el sentido de necesidad desde el punto de vista del derecho fundamental. Para estar seguros, esto es una cuestión de optimización —es posible tener más promoción del fin legítimo y el mismo costo en términos de libertad, lo cual es mejor desde el punto de vista de la constitución, considerada como un todo—. Sin embargo, esto es juzgado por el Óptimo de Pareto desde el punto de vista del fin legítimo, es decir, el principio que

[32] Véase, Borowski (2018, p. 187), con posteriores referencias.
[33] *Cfr.*, Sieckmann (1990, pp. 224-225), y Borowski (2018, p. 168).
[34] Porque ellos son igualmente buenos en todos los aspectos, uno podría estar tentado a considerarlos alternativos desde el punto de vista del órgano que toma la decisión original, pero esto presupone un significado de alternativo en un lenguaje lego, no en el sentido de necesidad —aquí solamente un medio es un medio alternativo, si éste convierte al medio original en un medio no menos restrictivo en el sentido del Óptimo de Pareto—.

colisiona con el derecho fundamental —sea éste un bien colectivo u otro derecho fundamental—. La relación entre i) el derecho fundamental y ii) la razón de restricción para este derecho es simétrica y se puede evaluar la necesidad desde los dos puntos de vista.

Que un medio legislativo no sea necesario desde el punto de vista del fin legítimo —la razón de restricción para el derecho fundamental— *no* implica, sin embargo, una lesión de un derecho fundamental. Si una mayor protección al consumidor puede ser alcanzada con la misma intensidad de intervención con la libertad de profesión, es completamente indiferente para esta última libertad cuál de los medios es escogido.

III. La proporcionalidad en sentido estricto

La tercera grada de la proporcionalidad es la proporcionalidad en sentido estricto. Existen algunas terminologías que pueden, desde un primer punto de vista, sugerir que el análisis de proporcionalidad sólo tiene dos gradas: idoneidad y necesidad. Por ejemplo, la frase clave en el Convenio Europeo de Derechos Humanos indicando que el test de proporcionalidad es "necesario en una sociedad democrática", conforme a los artículos del 8 al 11, en su segundo párrafo, respectivamente. En particular, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo ha dejado claro que éste abraza las tres gradas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.[35] Lo mismo aplica a la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Luxemburgo.[36]

[35] Para referencias de la jurisprudencia, véanse, Harris (2009, pp. 13-14 y 519-520), Grabenwarter y Pabel (2016, pp. 146-153), y Peters y Altwicker (2012, pp. 31-32).

[36] En la medida que se refiera a los derechos fundamentales como principios generales de la Unión Europea, véase, Craig y Búrca (2015, pp. 112, 551-558). La Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —incorporada en el derecho primario de la Unión Europea por medio del artículo 6, párrafo 1 del Tratado de la Unión Europea— dispone explícitamente ahora el requisito de proporcionalidad en la justificación de intervenciones en los derechos de la carta, véanse, Craig y Búrca (2015, p. 397), Peers y Prechal (2014, número marginal 52.65-52.86).

La proporcionalidad en sentido estricto requiere que la intervención en el derecho individual y la promoción del fin legítimo de la autoridad sean *ponderadas*. Si la intervención supera la promoción del fin legítimo, es desproporcional y, por tanto, inconstitucional (Alexy, 2002a pp. 50-56 y en varios lugares). Si la promoción del fin legítimo de la autoridad pública supera la intervención, o si ambas exhiben un peso igual (empate), la intervención no es desproporcional.[37]

Para ilustrar esto por medio del ejemplo del requisito de etiquetado para los conejos de Pascua de chocolate falso, la decisión debe ser realizada como si *dos naranjas* (grado de intervención en la libertad de profesión) son superadas por *tres manzanas* (el grado de promoción de la protección al consumidor). Se dice a menudo que las manzanas y las naranjas son inconmensurables —es cierto que no hay tasa de intercambio inmediata y obvia—. La ponderación es el proceso de hacer conmensurables a las entidades inconmensurables desde la perspectiva de un orden constitucional determinado (Borowski, 2018, p. 187). En ese proceso, los argumentos relativos al peso de los principios, que son ponderados, son la clave.

La idea de la ponderación ha causado mucha atención, particularmente durante las dos últimas décadas. Para mencionarlo de modo breve, sólo las dos corrientes más importantes de la crítica han aducido que la ponderación de derechos fundamentales ofrece muy poco o mucho compromiso. La primera corriente afirma que la ponderación de los derechos fundamentales los priva de la fuerza que deberían exhibir en el derecho, porque no cuenta como un método racional. Para responder a esta crítica, Robert Alexy sugirió dos leyes fundamentales de la ponderación en la década de 1980[38] y desarrolló la justificación interna de los juicios de ponderación aún más a principios de este siglo al proponer la fórmula del peso (Alexy, 2002b, p. 419; 2007, p. 25; 2003, p. 446).

---

[37] Respecto a los empates en la ponderación, véase, Alexy (2002b, pp. 410-412).

[38] La "ley de principios en colisión" (*Kollisionsgesetz*) (Alexy, 2002a, p. 54) y la "ley de la ponderación" (*Abwägungsgesetz*), (Alexy, 2002a, p. 102).

La segunda corriente de críticas —presentada por Ernst-Wolfgang Böckenförde en la década de 1990— sostiene que el examen constitucional de las leyes parlamentarias por medio de la proporcionalidad priva al proceso democrático del papel central que merece en una democracia. Si los jueces del tribunal constitucional están facultados para anular las leyes estatales sobre la base de los fundamentos de la proporcionalidad, adquieren el papel de jueces-reyes (Böckenförde, 2017, p. 258). No obstante, la teoría de los principios ha desarrollado diferentes formas de discrecionalidad en el proceso de la ponderación, en otras palabras, tres formas de discrecionalidad estructural[39] y dos de discrecionalidad epistémica.[40] Tal es la respuesta de la teoría de los principios a la segunda corriente de críticas —los jueces constitucionales no se transforman en jueces-reyes, porque éstos tienen que otorgar suficiente discreción al parlamento con legitimidad democrática—.

El debate sobre la fórmula del peso se ha vuelto bastante complejo y técnico. Me abstendré de dar más detalles por el bien de este ensayo. Después de todo, está dedicado primordialmente al segundo criterio del análisis de proporcionalidad, en otras palabras, a la necesidad. Y, como mencioné antes, la aplicación de la grada de necesidad no requiere de la ponderación, estableciendo conmensurabilidad —metafóricamente hablando— entre manzanas y naranjas por medio de la argumentación legal.[41] Si esto fuera la completa y última verdad, este ensayo acabaría aquí con el claro mensaje de que la proporcionalidad en su sentido estricto requiere de ponderación, mientras que la evaluación de la necesidad no.

---

[39] Las tres formas son: 1) "discrecionalidad en la ponderación" (Alexy, 2002b, pp. 396-414; 2007, p. 19); 2) "la discrecionalidad en la configuración del fin", la cual surge porque el legislador con legitimidad democrática tiene la facultad constitucional de otorgar la competencia de limitar los derechos fundamentales con fines legítimos, véanse, Alexy (2002ª, pp. 80-82), Borowski (2018, p. 165, con posteriores referencias), y 3) la "discrecionalidad en la selección de los medios", un tipo particular de discrecionalidad que surge en el contexto de los derechos positivos, véase, Alexy (2002b, p. 17; 2009, p. 16) y Borowski (2018, pp. 177 y 277-281).

[40] Con vista en la discrecionalidad epistémica, la "discrecionalidad empírico-epistémica" y la "discrecionalidad normativo-epistémica" pueden ser distinguidas. La primera surge si y cuando el reconocimiento de las premisas empíricas relevantes es incierto, la segunda si y cuando el reconocimiento de las premisas normativas relevantes es incierto, véase, Borowski (2018, pp. 177-190 con posteriores referencias).

[41] Véase, el apartado "No hay tasa de intercambio".

C. Acerca del papel de la ponderación al evaluar la necesidad

No obstante, ésta no es la total y última verdad. Actualmente hay dos cuestiones que sugieren que la ponderación puede jugar un papel en la aplicación del criterio de necesidad. Sólo esbozaré a grandes rasgos la primera y explicaré la segunda un poco más detalladamente.

I. La extensión de la discrecionalidad al evaluar la necesidad

Como ya mencioné, aunque de modo breve, en el examen constitucional, el tribunal constitucional tiene que otorgar cierta discrecionalidad al parlamento. Esto de hecho afecta la evaluación de las tres gradas de la proporcionalidad. Ha existido un prolongado debate sobre el problema de la discrecionalidad en la proporcionalidad en sentido estricto, cuando se reconstruye en la fórmula del peso: por un lado, diferentes formas de discrecionalidad estructural, es decir, la discrecionalidad en la ponderación establecida por los empates, la discrecionalidad en la configuración de los fines, y la discrecionalidad en la selección de los medios, y, por el otro lado, la discrecionalidad epistémica, la cual es traída a colación por los principios formales.[42] Éstos son una cuestión particularmente controvertida entre los partidarios de la teoría de los principios. Yo he defendido una cierta reconstrucción de la temprana teoría de Alexy (que se asemeja a los "principios conservativos" de Dworkin [1977, p. 38]), el modelo de combinación (Borowski, 2013, pp. 184-199; 2018, pp. 177-190; 2017, pp. 449-476), en contra del modelo más reciente de Alexy, al cual ha llamado "modelo epistémico" (Alexy 2014, p. 520 y en varios lugares).[43] Agregando a la mezcla el modelo de Jan-Reinard Sieckmann de la "ponderación de los juicios en colisión sobre los principios sustantivos" (Sieckmann, 1990, pp. 160-164; 2002, pp. 397-404; 2009,

[42] Véase, el apartado "La proporcionalidad en sentido estricto" (pp. 248 y ss.).
[43] Véase, para un análisis del "modelo epistémico", Borowski (2013 pp. 457-475).

pp. 200-204; 2009, pp. 56-60; 2012, pp. 167-170) y varias versiones diferentes de estos tres modelos fundamentalmente distintos, uno adquiere el sentido de la complejidad del debate entre los partidarios de la teoría de los principios. Hay, por supuesto, críticos de la teoría principialista, quienes objetan éste o aquel modelo de los principios formales. Una investigación más comprensiva y detallada se volvería inmediatamente una monografía.

No obstante, no resulta muy claro si —y de qué manera— una solución apropiada de considerar la incertidumbre epistémica dentro de la ponderación puede ser transferida a la evaluación de la necesidad, ya que esta última no implica la ponderación en el sentido de establecer una tasa de intercambio entre las manzanas y las naranjas. Puede ser que la extensión de discrecionalidad epistémica otorgada al evaluar la necesidad se determine por medio de una ponderación en el trasfondo, la cual podría implicar una distinción de niveles, un *nivel de aplicación*, en el que los criterios de necesidad son aplicados con una cierta extensión de discrecionalidad epistémica, y un *nivel de justificación*, en el cual la extensión de la discrecionalidad epistémica está justificado al nivel de la aplicación. Si esto es verdad, la proporcionalidad podría bien jugar un papel indirecto al aplicarla.

II. La cuestión de la optimización Kaldor-Hicks (manzanas, naranjas y limones)

Hay otra cuestión que podría sugerir que la evaluación de la necesidad implica la ponderación, la cuestión de la optimización Kaldor-Hicks.

1. La decisión del arrendamiento laboral (*leasing*)

Esto puede ser otra vez ilustrado por medio de una decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán. La sentencia del arrendamiento laboral (*leasing*) de 1987. Alemania tenía, y continúa teniendo, una ley del trabajo

algo estricta con un gran contenido de protección social para los empleados. Ello contrasta fuertemente con las sociedades anglosajonas, las cuales se inclinan por una política de "contrata y despide". Una ley del trabajo estricta es un gran logro desde el punto de vista del principio del Estado social, e implica, sin embargo, menos flexibilidad para las compañías en términos económicos. Por tal motivo, las compañías alemanas encuentran más atractivo, en caso de necesidad de una mayor fuerza de trabajo de corto plazo, no contratar empleados adicionales por ellas mismas, pero subcontratan ("arriendan") empleados de otras compañías, las cuales se especializan en el empleo por arrendamiento laboral. La limitada flexibilidad de la ley laboral alemana, desde el punto de vista de las compañías, permanece, entonces, como un problema para estas "empresas de arrendamiento laboral". No obstante, éstas cobran una contraprestación por el arrendamiento de sus empleados, con lo cual, su negocio continúa siendo rentable económicamente.

A principios de la década de 1980 era notorio que existía un problema serio con el "trabajo irregular" en Alemania, particularmente en el sector de construcción. Más preciso, con los extranjeros sin permiso de residencia y de trabajo que eran frecuentemente empleados. Las contribuciones de seguridad social y de impuestos no eran comúnmente pagadas por ambos, patrones y empleados. La autoridad responsable del Estado alemán tenía problemas al aplicar la ley en esta área, ya que el lugar de trabajo cambiaba muy seguido en el sector de la construcción. Aún más, resultaba muy difícil cerrar los sitios de construcción para poder inspeccionar quiénes trabajaban ahí de manera irregular.

Derivado de las mencionadas dificultades, el legislador alemán decidió prohibir completamente el arrendamiento laboral en el sector de la construcción. Esta prohibición obviamente interfirió con las prácticas de negocios existentes. Una compañía, que se había especializado en el arrendamiento laboral en el sector de la construcción, presentó una demanda constitucional alegando que su libertad de profesión, conforme al artículo 12, párrafo 1 de la ley fundamental, fue lesionada. Ésta afirmaba con

rotundidad que ni ella ni sus empleados habían llevado a cabo alguna práctica de "trabajo irregular" y que sería injusto que tuvieran que sufrir las consecuencias de las fechorías de sus competidores, ya que era plausible que las medidas de ejecución de la ley, tradicionalmente empleadas en el control gubernamental, fueran —en términos de cantidad y calidad— de efectividad cuestionable, por lo que era muy obvio que la situación anterior no representaba un medio alternativo en el sentido de necesidad, comparado con una completa prohibición de empleo arrendado en el sector de la construcción, pues dichas medidas tradicionales eran claramente menos efectivas. La demanda arrojaba sobre la mesa un argumento interesante: la empresa aducía que una completa prohibición del trabajo arrendado no era determinante en el sentido de la grada de necesidad, ya que el Estado podría *intensificar* la ejecución de las medidas de la ley hasta un punto de efectividad suficiente.

El Tribunal Constitucional Federal alemán no compartió esa postura. En la mayor parte del test de proporcionalidad, el Tribunal generalmente delinea y aplica las tres gradas de la proporcionalidad; como se mencionó.[44] Sin embargo, es en particular interesante el argumento sobre la necesidad. Un camino sencillo para el Tribunal pudo haber sido afirmar que intensificar las medidas de ejecución de la ley para combatir los términos y formas ilegales de trabajo no podía ser igualmente efectivo comparado con la completa prohibición del empleo arrendado. Sin embargo, esto no fue lo que sostuvo en su fallo. En efecto, el Tribunal consideró que, de acuerdo con la libertad de configuración del legislador, los medios económicos —requeridos para intensificar las medidas de ejecución de la ley— eran "inaceptables" (*unzumutbar*). Esto quiere decir que una prohibición total del empleo arrendado en el sector de la construcción es constitucional, ya que la ejecución suficientemente intensa de las medidas de la ley sería muy cara. Nótese todo esto en la sección sobre necesidad, la segunda grada del tradicional test de proporcionalidad. Para estar seguros, la expresión "inaceptable" (*unzumutbar*), que es usada en

[44] Véase el apartado "Las tres gradas de la proporcionalidad" (pp. 241 y ss.).

el razonamiento del Tribunal, es una expresión típica en la etapa de la ponderación, la proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior contribuyó a la confusión porque el Tribunal lanzó un comentario respecto a que el individuo no puede esperar medios financieros ilimitados por parte del Estado, citando un caso emblemático sobre el derecho social a la educación universal, la decisión *Numerus clausus* —ésta es una cuestión que surge del contexto de los derechos positivos y sociales, mientras que en la decisión del arrendamiento laboral los derechos de libertad y derechos negativos están en juego—.

2. La optimización Kaldor-Hicks modificada

La decisión del arrendamiento laboral encontró algo de atención en los comentarios académicos, considerando que es frecuente que surjan cuestiones comparables en la práctica jurídica, no obstante, es sorprendente lo difícil que resulta encontrar alguna mención en los libros de texto estándares sobre la proporcionalidad en el derecho constitucional, y si lo hacen, sólo mencionan el caso sin detallar sus particularidades.[45]

a. La idea base de redefinir el Óptimo de Pareto por medio de la optimización Kaldor-Hicks

El "medio alternativo" en la decisión del arrendamiento laboral puede ser reconstruido como un caso de la optimización Kaldor-Hicks. El criterio Kaldor-Hicks es económico, de acuerdo con el cual, la distribución de la riqueza debe ser preferida, si aquéllos que ganan una ventaja por medio de una cierta medida podrían hipotéticamente compensar a otros que se ven afectados por la misma (Clérico, 2001, p. 114). Este criterio económico es modificado para la reconstrucción en el derecho público, en el sentido de que los fines perseguidos por el legislador son considerados como inmunes de compensación.[46] Aplicado a la prohibición del

[45] Esto ya había sido destacado por Rainer Dechsling (1989, p. 57), y ha cambiado muy poco.
[46] Véanse, Dechsling (1989, p. 68) y Clérico (2001, pp. 114-115).

arrendamiento laboral, esto quiere decir: si el beneficio en términos de la libertad de las compañías involucradas tiene más peso —desde el punto de vista de la Constitución— que la carga financiera para el Estado, el balance es positivo. Que *no se produzca ninguna compensación* no es un problema —ya que hipotéticamente una compensación sería posible al ser indicada por el alto peso—. Así, el medio "alternativo" en cuestión, el fortalecimiento del control gubernamental, contaría como un medio alternativo en el sentido de un criterio perfeccionado de necesidad: el Óptimo de Pareto combinado con el criterio Kaldor-Hicks. Sin embargo, si la carga financiera para el Estado sobrepasa el beneficio en términos de libertad, esto *no* cuenta como medio alternativo en la versión redefinida de necesidad.

Tal reconstrucción del criterio de necesidad —Óptimo de Pareto perfeccionado por la optimización Kaldor-Hicks modificada— es probablemente el más fiel al razonamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán en la decisión del arrendamiento laboral. Esto ha sido apoyado por algunas voces en la literatura (Gentz, 1968, p. 1604; Dechsling, 1989, p. 68; Jakobs, 1985, p. 72),[47] no obstante, la opinión se muestra escéptica.[48]

b. Naranjas, manzanas y limones

Un "perfeccionamiento" de la grada de necesidad, explicado en las líneas anteriores, tiene consecuencias de gran alcance. Para comenzar, el rango de potenciales medios alternativos aumentaría de manera significativa.[49]

---

[47] Véase también Arnauld (1999, pp. 239-243).

[48] Véanse, por ejemplo, Borowski (1998, p. 117; 2007, pp. 188-189; 2018, p. 258), Alexy (2002a, p. 400), Barak (2012, pp. 324-326) y Clérico (2001, p. 118), quien argumenta, sin embargo, en nombre de la ponderación en la evaluación de la necesidad (pp. 126-134).

[49] Que exista una gran cantidad de medios alternativos que necesitan ser evaluados es un fenómeno típico de las pretensiones surgidas de los derechos positivos, véase Borowski (1998, pp. 146, 246-253, 266-267). Aun más, la optimización Kaldor-Hicks en el contexto de la prohibición de la medida extrema (*Übermaßverbot*) trae consigo cuestiones que son familiares de la prohibición de la medida mínima (*Untermaßverbot*), véase, sobre estos temas, Borowski (1998, pp. 273-277).

Es más, no sería posible seguir diciendo que aplicar el criterio de necesidad no depende de la ponderación,[50] porque alguna forma de ponderación sería requerida. La cualificación de "alguna forma de ponderación" es necesaria, pero la ponderación requerida es diferente de la usada en la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, entre el derecho fundamental y la razón de restricción. Hablando metafóricamente, en relación con las *naranjas* y *manzanas*, entran en juego los *limones*. Vamos a asumir que la prohibición total del arrendamiento laboral en el sector de la construcción promueve el valor de la prohibición de trabajo ilegal en dicho sector y le otorga un valor de *cuatro manzanas* y que interviene en la libertad de profesión con un peso de *cuatro naranjas*. Incluso, en la "versión refinada" de necesidad —Óptimo de Pareto perfeccionado por medio de la optimización Kaldor-Hicks— no se requiere establecer la conmensurabilidad entre *manzanas* y *naranjas*. Pero más allá de las manzanas y naranjas un tercer factor entra en juego, en otras palabras, los *limones* —éstos representan, en mi metáfora, la carga financiera para el Estado—. La *versión refinada de necesidad* requiere que la conmensurabilidad entre *naranjas* y *limones* sea establecida. Para ilustrar lo anterior, asumamos que hay, comparado con la prohibición total del arrendamiento laboral en el sector de la construcción, un medio igualmente eficaz (*cuatro manzanas*), en otras palabras, una ejecución más estricta de las medidas de la ley, la cual prueba ser, sin embargo, muy costosa para el Estado. Todavía existe una intervención con la libertad de profesión, ya que todos son sujetos a los controles estrictos —digamos que *una naranja*—. Adicionalmente, los medios financieros requeridos para la ejecución más estricta de las medidas de la ley afectan las finanzas del Estado con un peso de *cuatro limones*. Ahora, la pregunta surge, si el medio original, la completa prohibición con un costo de cuatro naranjas, debe ser preferida sobre el medio alternativo, los caros controles intensificados, los cuales representan un costo de *una naranja* y *cuatro limones*. Luego, la cuestión decisiva es: ¿es más alto "pagar el precio" de una *naranja* y *cuatro limones* que pagar el

[50] Con la advertencia mencionada antes que la extensión de la discrecionalidad en la evaluación de la necesidad puede depender indirectamente de la ponderación, véase apartado "La extensión de la discrecionalidad al evaluar la necesidad".

precio de *cuatro naranjas*? Si la respuesta es sí, el medio alternativo no es mejor en términos del criterio Kaldor-Hicks, en otras palabras, no es un medio alternativo de acuerdo con el sentido de la *versión refinada de necesidad*. Por el contrario, si el precio de *cuatro naranjas* (medio original) es más alto que el de una *naranja* y *cuatro limones* (medio alternativo), una compensación hipotética en el sentido del criterio de Kaldor-Hicks sería posible —el medio original no sería necesario en la *versión refinada de necesidad*. — Si no se puede establecer una diferencia relevante del peso de *cuatro naranjas* y *una naranja* y *cuatro limones*, existe un empate en la ponderación. Ninguno de los dos medios se debe preferir sobre el otro desde el punto de vista de la Constitución; el legislador estaría libre de escoger el medio que le parezca mejor de los dos. Debería también enfatizarse nuevamente[51] que la utilización de manzanas, naranjas y limones y el uso de números aritméticos es metafórico y empleado sólo con fines ejemplificativos. Lo que es más, todas las formas de discrecionalidad —que han sido desarrolladas en la reconstrucción de la ponderación—[52] pueden jugar un papel en la ponderación Kaldor-Hicks entre naranjas y limones.

c. Un problema más grande

Empero, el problema no está limitado a los medios alternativos que requieren medios financieros adicionales del Estado. Cada fin legítimo constitucional es adicionalmente afectado por un potencial medio alternativo y puede darse en la misma estructura. Éste puede ser un bien colectivo con estatus constitucional, por ejemplo, la protección ambiental, conforme al artículo 20a de la ley fundamental, o un derecho fundamental de otro ciudadano. La ponderación Kaldor-Hicks es requerida en todos los casos, en los cuales los fines que se compararan no son inmediatamente conmensurables, por lo que la conmensurabilidad requiere ser establecida por medio de la ponderación; como se mencionó anteriormente.

---

[51] Véase nota al pie de página 38

[52] Véase apartado "La extensión de la discrecionalidad al evaluar la necesidad" (pp. 251 y ss.).

3. Del significado de la optimización Kaldor-Hicks en el derecho constitucional

Lo anterior deja dos preguntas: se refieren al "si" y al "dónde". La cuestión del "si" pregunta si la optimización Kaldor-Hicks es realmente relevante en el derecho constitucional, el "dónde" pregunta —si la respuesta del "si" es afirmativa— en qué parte del análisis de la proporcionalidad debe ser colocada la optimización Kaldor-Hicks. Un intento más detallado para responder a estas dos cuestiones supera con creces el ámbito de este ensayo. Sólo puedo bosquejar algunas consideraciones.

a. La "pregunta del si"

Desde mi perspectiva, existen buenas razones para asumir que la optimización Kaldor-Hicks debe jugar un papel en el derecho constitucional. Imaginen la situación en la cual existe un potencial medio alternativo, el cual da origen a un costo adicional muy modesto en términos de carga financiera para el Estado, pero limita drásticamente la intervención en la libertad individual —de tal manera que en este caso la optimización Kaldor-Hicks da origen a una clara y significativa ganancia general—. Esto me parece un argumento convincente para preferir el medio alternativo desde el punto de vista de la Constitución.

Es cierto que tales casos, claros e incontrovertibles, son realmente raros. Frecuentemente existirá un margen de discrecionalidad al evaluar la optimización Kaldor-Hicks, junto a las márgenes de discrecionalidad que tienen lugar de forma tradicional en las gradas del test de proporcionalidad. En otras palabras, existirá generalmente discrecionalidad epistémica proveniente de la incertidumbre empírico-epistémica y normativo-epistémica, y generalmente también discrecionalidad estructural.[53] No obstante, cabe señalar que una combinación de diferentes formas de discrecionalidad típicamente puede dar lugar a una discrecionalidad general exponencial-

[53] Véase apartados "La proporcionalidad en sentido estricto" (pp. 248 y ss) y "La extensión de la discrecionalidad al evaluar la necesidad" (pp. 251 y ss.).

mente mayor.[54] Así, el tribunal constitucional llegará de modo ocasional a la conclusión de que un medio alternativo optimizado por Kaldor-Hicks hace inconstitucional el medio escogido por el legislador. La relativa rareza de los casos, en los cuales la optimización Kaldor-Hicks prueba ser crucial para el resultado, explica por qué esta cuestión no ha recibido, hasta la fecha, la atención que merece. Para estar seguros, el mero hecho de que casos sencillos positivos de la optimización Kaldor-Hicks son claramente imaginables, sugiere que la pregunta del "si" puede ser contestada afirmativamente —con la aclaración de que, como se explicó, tales casos serán raros—.

4. La "pregunta del dónde": ¿en qué parte del test de proporcionalidad se localiza la optimización Kaldor-Hicks?

Ahora que la pregunta del "si" ha sido respondida de manera afirmativa, la pregunta del "dónde" requiere ser considerada. Una cosa está clara desde el principio: la versión modificada de la optimización Kaldor-Hicks, explicada antes, presupone el Óptimo de Pareto, por lo que cualquier localización en la grada de idoneidad y la grada de necesidad —antes de que sea evaluado el Óptimo de Pareto— puede ser descartada. Lo anterior deja básicamente tres soluciones: evaluar la optimización Kaldor-Hicks a) al final de la grada de necesidad, b) en la grada de proporcionalidad en sentido estricto o c) en una grada independiente entre estos elementos del análisis de proporcionalidad.

a. La optimización Kaldor-Hicks en la grada de necesidad

La primera solución sería enmendar la grada de necesidad con las consideraciones de la optimización Kaldor-Hicks.[55] El argumento clave para

[54] Véase, por ejemplo, Borowski (2018, pp. 177; nota al pie de página 451).
[55] En esta dirección Gentz (1968, p. 1604), Dechsling (1980, p. 68), Jakobs (1985, p. 72); véase, también, Arnauld (1999, pp. 239-243) y la ponderación en la evaluación de la necesidad de Laura Clérico (2001, pp. 126-134).

esta solución es que el Óptimo de Pareto, característico de la necesidad (Alexy, 2002a, p. 105, nota al pie de página 222), requiere que los medios alternativos sean considerados y al mismo tiempo aplicar la optimización Kaldor-Hicks. En otras palabras, la búsqueda por un medio alternativo en la grada de necesidad es ya conocida, por lo que incluir la optimización Kaldor-Hicks en ésta simplemente ampliaría los criterios relativos a lo que constituye un medio alternativo.

Sin embargo, el problema es que la optimización Kaldor-Hicks requiere de la ponderación. Añadir la ponderación —incluso si sólo entre naranjas y limones y no entre naranjas y manzanas— cambia metodológicamente la evaluación de la necesidad a tal grado que uno podría afirmar que esto ya no sería "necesidad" en alguna forma modificada —sería algo totalmente nuevo y bastante diferente—.

b. La optimización Kaldor-Hicks al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto

El hecho de que la ponderación sea característica de la proporcionalidad en sentido estricto y la comprensión de que la optimización Kaldor-Hicks requiere de alguna forma de ponderación ha llevado a la conclusión de que ésta debería tratarse con la proporcionalidad en sentido estricto, en lugar de en la grada de necesidad (Alexy, 2002b, p. 400; Barak, 2012, pp. 324-326; Borowski (2018, pp. 258-259, nota al pie de página 136). Esta segunda solución sufre de un problema también: la tradicional estructura para evaluar la proporcionalidad en sentido estricto no toma en cuenta la consideración de medios alternativos. Existe en los hechos un medio escogido por el gobierno. El órgano encargado del poder de revisión constitucional resuelve con vista en el medio en cuestión, si la intensidad de intervención con el derecho fundamental sobrepasa las razones de su restricción.[56] En la metáfora empleada anteriormente, esto

[56] Acerca de la estructura de la proporcionalidad en sentido estricto, véase, particularmente, Alexy (2002a, pp. 50-54; 2002b, p. 401).

es, la ponderación de manzanas y naranjas, si la intensidad de la intervención con el derecho constitucional sobrepasa las razones de su restricción, el medio en cuestión es desproporcional, si no lo es, entonces es proporcional. La típica estructura se enfoca en el medio en cuestión y en los principios en colisión, a los cuales da lugar ese medio.

Que existan o pueda haber medios alternativos, lo cual sería prometedor con vista en la optimización Kaldor-Hicks, no es tomado en cuenta. Para estar seguros, el problema no es que haya un tercer principio, representando las finanzas del Estado, que requiera ser considerado en la ponderación. En la tradicional estructura de la proporcionalidad en sentido estricto, por supuesto, puede existir una pluralidad de principios en cualquiera de los lados de la ponderación o incluso en ambos.[57] El problema consiste en que un medio alternativo necesita ser tomado en consideración, lo cual no tiene cabida en la proporcionalidad en sentido estricto, como tradicionalmente se entiende. Mientras que la proporcionalidad en sentido estricto, como se entiende de modo tradicional, sólo requiere que naranjas y manzanas sean ponderadas con vista en el medio en cuestión, la optimización Kaldor-Hicks, por su parte, requiere que las naranjas y los limones sean ponderados con vista a un medio alternativo. En otras palabras, la inclusión de la optimización Kaldor-Hicks en la tercera y última grada del test de proporcionalidad cambia esta etapa significativamente, comparada con la típica caracterización de la proporcionalidad en sentido estricto.

c. La optimización Kaldor-Hicks como una grada independiente

Debido a que la optimización Kaldor-Hicks tiene estructuralmente algo en común con ambas gradas, la necesidad (tomando en cuenta medios alternativos) y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), podría

[57] Esto es expresado con la "formula refinada del peso", véase Alexy (2007, pp. 26-27).

argumentarse que las respectivas diferencias prohíben tratarla como un elemento de alguna de las dos gradas mencionadas, la solución podría ser localizarla como una grada independiente entre los dos criterios tradicionales. Esto resultaría en una estructura con cuatro gradas: i) idoneidad, ii) necesidad (Óptimo de Pareto), iii) optimización Kaldor-Hicks y iv) proporcionalidad en sentido estricto. Nótese que los medios alternativos son tomados en cuenta en la evaluación de ii) y iii) y que la ponderación es requerida en la evaluación de iii) y iv). Sin embargo, la desventaja consiste en que se aleja de la tradicional estructura del test de proporcionalidad con sus tres gradas y que no hay un nombre obvio para esta "nueva grada" entre la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

D. Conclusión

Para resumir, existen argumentos convincentes de que, al menos hasta cierta extensión, la optimización Kaldor-Hicks juega un papel importante en el derecho constitucional. Así, la pregunta del "si" tiene que ser respondida positivamente. Si este es el caso, la optimización Kaldor-Hicks tiene que encontrar un lugar al evaluar la proporcionalidad. Con vista en la pregunta del "dónde", existen argumentos plausibles a favor de todas las tres soluciones, y éstas tienen sus respectivas desventajas. En ese sentido, todas las soluciones son posibles. La cuestión crucial es que se necesita entender que si se incluye la optimización Kaldor-Hicks en la etapa de la necesidad o la etapa de la proporcionalidad en sentido estricto, estas gradas deben ser enmendadas para poder abarcar la optimización Kaldor-Hicks —en el primer caso, alguna forma de ponderación debe ser incluida; en el segundo, ciertos medios alternativos deben ser tomados en consideración—.

Fuentes

Alexy, R. (2002a), *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford, Oxford University Press.

_____, (2002b) "Postscript", en Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Rivers, J. (trad.), pp. 388-425, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2002c), "Verfassungsrecht und einfaches Recht ? Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre,* núm. 61.

_____ (2003), "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Juris*, núm. 16.

_____ (2007), "The Weight Formula", en Brozek, B. y Paulson, S. P. (trads.), Stelmach, J. *et. al.* (eds.), *Frontiers of Economic Analysis of Law-Studies in the Philosophy of Law*, Cracovia, Jagellonian University Press, vol. 3.

_____ (2009), "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence,* núm. 3.

_____ (2014), "Formal Principles: Some Replies to Critics", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 12.

_____ (2016), "The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 36.

Antkowiak, T. M. y Gonza, A. (2017), *The American Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.

Arnauld, A. (1999), *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Baden-Baden, Nomos.

Badura, P. y Dreier, H. (eds.) (2001), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck.

Barak, A. (2012), *Proportionality*, Cambridge, Cambridge University Press.

Beatty, D. M. (2004), *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press.

Bernal Pulido, C. (2013), "The Migration of Proportionality Across Europe", *New Zealand Journal of Public and International Law*, núm. 11.

Borowski, M. (1998), *Grundrechte als Prinzipien*, 1a. ed., Baden-Baden, Nomos.

_____ (2007), "Limiting Clauses", *Legisprudence*, núm. 1.

_____ (2013), "Formelle Prinzipien und Gewichtsformel", en Klatt, M. (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tubinga, Mohr Siebeck.

_____ (2017), "Robert Alexys drittes Modell formeller Prinzipien", en Borowski, M. *et. al*. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Tubinga, Mohr Siebeck.

Böckenförde, E. W. (2017), "Fundamental Rights as Constitutional Principles", traducción de Dunlap, T. y Zimmerling, R. (trads.), en Böckenförde, E. W., *Constitutional and Political Theory*, editado por Künkler, Mirjam y Stein, Tine, Oxford, Oxford University Press, vol. 1.

Clérico, L. (2001), *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos.

Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2010), "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 8.

Craig, P. y Búrca, G. de (2015), *EU Law-Text, Cases and Materials*, 6a. ed., Oxford, Oxford University Press.

Crawford, J. (2012), *Brownlie´s Principles of Public International Law*, 8a. ed., Oxford, Oxford University Press.

Dechsling, R. (1989), *Das Verhältnismäßigkeitsgebot,* Múnich, Franz Vahlen.

Dworkin, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Forsthoff, E. (1933), *Der totale Staat*, 2a. ed., Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt.

Gentz, M. (1968), "Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen", *Neue Juristische Wochenschrift*.

Grabenwarter, C. y Pabel, K. (2016), *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6a. ed., Múnich, C. H. Beck.

Greer, S. (2004), "'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate", *Cambridge Law Journal*, núm. 63.

Harris, D. *et. al.* (eds.) (2009), *Law of the European Convention on Human Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press.

Herdegen, M. (2019)*, Europarecht*, 21a. ed., Múnich, C. H. Beck.

Huber, E. R. (1937), *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2a. ed., Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt.

Jakobs, M. C. (1985), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Colonia/Bonn/Berlín/Múnich, Carl Heymanns.

Jarass, H. D. (2016), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3a. ed., Múnich, C.H. Beck.

Kälin, W. y Künzli, J. (2018), *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4a. ed., Basel/Baden-Baden, Helbin y Lichtenbahn y Nomos,.

Kingreen, T. y Poscher, R. (2019), *Grundrechte-Staatsrecht II*, 35a. ed., Heidelberg, C. F. Müller.

Kolb, R. (2016), *Theory of International Law*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publisher.

Lerche, P. (1961), *Übermaß und Verfassungsrecht*, Colonia, Carl Heymann.

Möller, K. (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.

Murry, R. (2019), *The African Charter of Human and Peoples' Rights*, Oxford, Oxford University Press.

Newton, M. y May, L. (2014), *Proportionality in International Law*, Oxford, Oxford University Press.

Pauly, W. (2004), "Grundrechtstheorien in der Zeit des Nationalsozialismus und Faschismus", en Merten, D. y Papier, H. J. (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C. F. Müller, vol. 1.

Peers, S. y Prechal, S. (2014), "Art 52-Scope of Guaranteed Rights", en Peers, S. *et. al.* (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights,* Oxford/Portland/Hart, Hart Publisher.

Peters, A. 2012, "Article 25 UN Charter", en Simma, B. *et. al* (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 3a. ed., vol. 1, Oxford, Oxford University Press.

_____ (2015), "Drei Versionen der Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht", en Biaggini, G. *et. al* (eds.), *Polis und Kosmospolis. Festschrift für Daniel Thürer*, Baden-Baden, Nomos.

_____ y Altwicker, T. (2012), *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2a. ed., Múnich, C.H. Beck.

Remmert, B. (1995), *Verfassungs-und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C. F. Müller.

Scheuner, U. (1937), "Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaf", en Frank, Hans, *Deutsche Verwaltungsrecht*, Múnich, Zentralverlag der NSDAP.

Schlink, B. (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker und Humblot.

_____ (2001), "Der Grundsatz der Verhälnismäßigkeit", en Badura, P. y Dreier, H (eds.), *Festschrift 50 Jahre* Bundesverfassungsgericht, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 2.

Schmitt, C. (1928), *Verfassungslehre*, Múnich/Leipzig, Duncker und Humblot.

_____ (1985), "Grundrechte und Grundpflichten", en Schmitt, Carl, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3a. ed., Berlín, Duncker und Humblot.

Sieckmann, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

Sieckmann, J. R. (2002), "Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung. Das Problem der Begrenzung der Besteuerung", *Der Staat,* núm. 41.

_____ (2009a), "Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte", en Clérico, L y Sieckmann, J. R. (eds.), *Grundrechte, Prinzipien, und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos.

_____ (2009b), *Recht als normatives System*, Baden-Baden, Nomos.

_____ (2012), *The Logic of Autonomy*, Oxford/Portland/ Oregon, Hart.

Smend, R. (1928), "Das Recht der freien Meinungsäußerung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre,* núm. 4, pp. 44-74.

Stern, K. (1993), "Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes", en Badura, Peter y Scholz, Rupert (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche*, Múnich, C. H. Beck,.

_____ (2011), "Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte", en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, vol. IX.

Stone Sweet, A. y Matthews, J. (2008), "Proportionality balancing and global constitutionalism", en *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, pp. 73-164.

Streinz, R. (2019), *Europarecht*, 11a. ed., Heidelberg, C. F. Müller.

Svarez, C. G. (1960), *Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798)*, en Konrad, H. y Kleinheyer, G. (eds.), Colonia/ Opladen, Westdeutscher Verlag.

_____ (2000), "Die Kronprizenvorlesungen 1791/1792", en Krause, P. (ed.), *Gesammelte Schriften Erste Abteilung. ?Eigene Werke, vol. 4.1?. Erster Teil. Staatsrecht*, Stuttgart/Bad Cannstadt, Fromman-Holzboog.

Willoweit, D. y Schlinker, S. (2019), *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 8a. ed., Múnich, C.H. Beck.

White, R. C. A. y Ovey, C. (2010), *The European Convention on Human Rights*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press.

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.