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.

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

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

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

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación ..... **IX**
Arturo Zaldívar

Introducción ..... **XV**
Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil

Una agenda de investigación para el futuro **1**
Aharon Barak

Proporcionalidad y juicio constitucional en México **23**
Rubén Sánchez Gil

Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil..... **97**
María Inés Pazos

El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana **137**
Arnulfo Daniel Mateos Durán

La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación **175**
Frida Daniela Ibarra Olguín

La estructura de la finalidad legítima **217**
Víctor Jesús Castañeda Rojo

Necesidad y ponderación **233**
Martin Borowski

Un modelo alternativo para la ponderación jurídica **271**
María Inés Pazos

Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales **309**
Jorge Silva Sampaio

Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer **373**
Matthias Klatt

Asimetría constitucional y los límites de la ponderación. Una nota crítica a la postura de Matthias Klatt **411**
Miguel Ángel García Godínez

Comentario a "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer" **433**
Bernardo Gallegos

**Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de *Oakes*?
Dos décadas de análisis de proporcionalidad
bajo la sección 1 de la Carta Canadiense** **457**
Sujit Choudhry

Proporcionalidad e igualdad..... **505**
Vicki C. Jackson

Autores..... **545**

Presentación

Las sentencias cumplen una importante función de comunicación ciudadana. No se trata únicamente de aplicar el derecho a los hechos, sino, fundamentalmente, de explicarle a las personas el resultado del fallo. Se trata de contar una historia clara y persuasiva, que explique de manera accesible por qué ganaron o por qué perdieron un litigio. La legitimidad de las juezas y jueces descansa en las razones de su decisión, pero estas razones se deben expresar en lenguaje sencillo, transparente, libre de tecnicismos innecesarios. Con sentencias claras y ordenadas, los tribunales afianzan su legitimidad, protegen el derecho al acceso a la justicia, y generan confianza en la ciudadanía. Con todo, ésta no es una tarea fácil.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación está consciente de este desafío y por ello ha hecho un esfuerzo exhaustivo por emitir sentencias no sólo con un lenguaje más claro, sino con una estructura argumentativa ordenada y efectiva: esto es, con una *metodología*. Contar con una metodología es indispensable para dar soluciones sencillas, claras y justas a casos complejos. Una metodología clara es especialmente útil para resolver casos de derechos humanos, pues la dignidad humana exige identificar razones

muy puntuales —y robustas— para limitar las libertades y derechos de las personas. Con la finalidad perfeccionar la argumentación constitucional, el Centro de Estudios Constitucionales ha desarrollado una línea de investigación pionera en la academia jurídica mexicana, centrada en las distintas metodologías de adjudicación constitucional.

En el contexto de esta línea de investigación, el Centro realizó un seminario que estudia las herramientas que usan las juezas y jueces constitucionales, para tomar decisiones que afectan derechos fundamentales. El libro que presento en esta ocasión es el producto de dos años de reflexión y discusión en torno al test de proporcionalidad: una metodología de adjudicación constitucional ampliamente utilizada por la Suprema Corte y por tribunales en todo el mundo para defender derechos fundamentales.[1] El test de proporcionalidad exige justificaciones más robustas para afectaciones más intensas sobre derechos.[2] Asimismo, permite una mirada rigurosa a las razones que justifican el actuar del Estado, y al impacto específico de esta actuación sobre un derecho fundamental.[3] El uso del test es tan extendido y de tal importancia para el razonamiento constitucional a nivel global,[4] que ha sido caracterizado como un "criterio universal de constitucionalidad"[5] y un "elemento fundacional del constitucionalismo global".[6]

El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias es el resultado del trabajo conjunto de académicos, operadores judiciales y estudiantes interesados en la racionalidad y legitimidad de las decisiones mediante el uso de esta herramienta. Esta obra recoge tanto los artículos discutidos en el

[1] Alec Stone Sweet y Judkins Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (2008). *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, pp. 68-149, 2008.
[2] Vicki C. Jackson, *Constitutional Law in an Age of Proportionality*, Yale L.J., 124, 8, 3094 (2015), 3098 y siguientes.
[3] *Ibidem*.
[4] Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press (2012), p. 178 y siguientes.
[5] Matthias Klatt y Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (2012) Oxford University Press, p. 1.
[6] *Ibidem*.

seminario sobre el examen de proporcionalidad en general, y en el caso mexicano, como de cada una de las etapas que lo componen. También lo integran textos clásicos sobre este tema, traducidos por primera vez al español. El libro en su conjunto ofrece un panorama actual de los debates sobre las herramientas de decisión judicial que permiten a los operadores ofrecer sentencias racionales en términos metodológicos y argumentativos, y claras de cara a su principal audiencia: la ciudadanía.

La Suprema Corte está cada vez más comprometida con el uso consistente de metodologías de adjudicación constitucional. Hoy, el test de proporcionalidad ocupa un lugar central en nuestra jurisprudencia.[7] Con ello, nuestro Tribunal Constitucional se suma a una práctica global en el constitucionalismo moderno, que ha sido muy provechosa para la defensa de las libertades.[8] Sin embargo, esta labor estaría incompleta sin el trabajo de reflexión académica que impulsa el Centro de Estudios Constitucionales en nuestro país. El libro que tiene en sus manos es un claro ejemplo de ello.

Espero que esta obra detone una discusión más amplia y participativa sobre la argumentación constitucional, y sobre su estrecha conexión con la protección de los derechos. El Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte ha mostrado que tiene plena disposición para ser pionero y motor de ese debate.

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

---

[7] Véase, por ejemplo, el siguiente criterio: Tesis Aislada 1ª. CCLXIII/2016, SFJG, Primera Sala, Tomo II, noviembre de 2016, Registro: 2013156, de rubro: "TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL."

[8] *Supra* 1, 2.

Introducción

El test de proporcionalidad ya no es una figura novedosa en México. Sin contar algunos antecedentes en su jurisprudencia y en la de otros tribunales, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) lo reconoció en términos generales y vinculantes en el amparo en revisión 2146/2005 y otros.[1] A partir de ese punto, diversos precedentes del Alto Tribunal lo han empleado como herramienta de decisión para establecer los alcances de los derechos humanos y determinar la validez de sus restricciones.

Los precedentes de la Suprema Corte muestran un uso creciente de dicha técnica para distintos fines: enjuiciamiento de la validez de las restricciones legislativas de los derechos fundamentales,[2] calificación de un trato

[1] De los que resultó la siguiente tesis jurisprudencial: GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA (p. 8).
[2] INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD (p. 493).

posiblemente inequitativo[3] y solución de conflictos entre los derechos.[4] Los perfiles del test de proporcionalidad han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno del tribunal constitucional:

> la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.[5]

Sin embargo, el test de proporcionalidad es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Los alcances globales de este debate tienen su muestra más clara en la acalorada discusión que se dio en la prestigiada *International Journal of Constitutional Law* (I•CON).[6] La polémica entre quienes postulan el test de proporcionalidad y quienes lo critican ha sido muy fructífera, pues ha desembocado en propuestas cada vez más sofisticadas para que se logre la racionalidad y la verificabilidad de cuya falta —a grandes rasgos— lo acusan sus detractores.

Es momento, por tanto, de que en México el análisis del principio de proporcionalidad vaya más allá de su pertinencia y de sus características generales; éstas básicamente se encuentran establecidas en nuestro sistema jurídico, y en éste, a su vez, el juicio está delineado en sus aspectos

---

[3] IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL (p. 75).

[4] DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RELACIÓN CON SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES NO DEBE PLANTEARSE EN TÉRMINOS ABSOLUTOS (p. 561).

[5] Acción de inconstitucionalidad 2/2014 (p. 43). *Cfr.* TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL (p. 915).

[6] Véase Klatt y Meister (2017, pp. 6-8).

esenciales. Del test de proporcionalidad 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 este sentido, tal labor corresponde plenamente al objetivo general del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: la elaboración de análisis jurídico-constitucionales, en los ámbitos nacional e internacional, desde una perspectiva comparada, que permitan realizar aportes sustantivos relativos al control constitucional y a la protección de los derechos fundamentales en el país.[7]

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó instituir el Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad. En términos generales, este punto de encuentro académico tiene como objetivo revisar la manera en que particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha incorporado a su jurisprudencia el test de proporcionalidad, y cómo lo ha adaptado a las circunstancias del sistema jurídico mexicano, y en general, contribuir a ampliar su conocimiento y perfeccionar su realización.

Este seminario permanente 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. La directriz ha sido, además de señalar sus ventajas e identificar sus debilidades, pensar colectivamente en alternativas específicas para afinar la metodología como tal y las etapas que la integran, para mejorar su aplicación en la impartición de justicia constitucional en México.

Para lograr tal fin, en el marco del seminario permanente se han efectuado diversas reuniones de discusión con distintas personas reconocidas, incluso

[7] Artículo 2 del Acuerdo General 19/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

en el ámbito internacional, por su conocimiento experto sobre el test de proporcionalidad. El análisis y los comentarios de sus documentos de trabajo han generado una amplia discusión en torno a los aspectos fundamentales de esa técnica —que, precisamente por esa calidad, no son superficiales— y acerca de cuestiones novedosas, minuciosas, que generan nuevas problemáticas y cuestionamientos relevantes para la práctica de ese examen constitucional.

Los principales trabajos que se discutieron en el seminario permanente se encuentran en este volumen, así como réplicas que los complementan, desarrollan y hacen observaciones que en ocasiones proponen debates muy interesantes, e intensos, y que, sobre todo, resultan pertinentes para dar al test de proporcionalidad una mejor versión práctica. Otros capítulos que integran esta obra colectiva son aportaciones previamente publicadas en idioma diferente al español, pero cuya inclusión resulta apropiada para mostrar los diferentes cursos que puede tomar el análisis de la proporcionalidad y las perspectivas diversas sobre su realización, y los cuales pueden orientar la aplicación de la técnica de juicio constitucional en la práctica mexicana.

En el primer capítulo, Aharon Barak propone una agenda de investigación para el futuro del test de proporcionalidad. Su objetivo principal es buscar maneras en que la proporcionalidad cumpla con mayor eficacia su finalidad protectora de los derechos humanos en una democracia. Para ello, discute su base analítica y propone sugerencias para fortalecerla y facilitar su futuro desarrollo. Acentúa finalmente la flexibilidad de la proporcionalidad para brindar un margen de actuación que corresponde en principio ejercer a poderes de orden político, pero que toca al Judicial resguardar.

Enseguida, Rubén Sánchez Gil estudia las características generales que el principio de proporcionalidad ha adoptado en la jurisprudencia mexicana, y reflexiona en torno de su aplicabilidad taxativa para la interpretación de los derechos fundamentales. Llega a la conclusión de que si bien

el test de proporcionalidad no es el único instrumento para la interpretación de tales derechos, sí constituye el criterio que en última instancia decide a su respecto.

María Inés Pazos, en su primera contribución en este volumen, comenta el artículo de Sánchez Gil. La autora advierte que, de entrada, está de acuerdo con las conclusiones a las cuales llega el texto en comento, y que su propósito general es hacer una traducción tanto de la terminología, cada vez más técnica y remota de Robert Alexy, como de la dogmática del tema a un lenguaje más llano y simple. Para lograr esa trancisión usa como herramienta el texto de Sánchez Gil y su presentación de la articulación del test de proporcionalidad por parte de la SCJN. La réplica de la profesora Pazos ofrece, entonces, una interpretación en clave conceptual de la lectura jurisprudencial del test que estructuró el autor con quien dialoga. Esto le permite presentar una crítica general a lo que ella considera la condescendencia extrema a la formulación de Alexy por parte de las incorporaciones judiciales y académicas del examen de proporcionalidad.

En su contribución, Arnulfo Daniel Mateos Durán aborda un tema elemental, pero casi nunca analizado en la dogmática de los derechos humanos en México, y menos en relación con el test de proporcionalidad: el concepto de *intervención* en el ámbito que protege un derecho fundamental. Éste es un concepto básico, porque determina la necesidad de controlar la regularidad de esa intervención en un derecho fundamental —como advirtió la Suprema Corte en la tesis 1a. CCLXIII/2016—. Con base en la doctrina y la jurisprudencia alemanas que lo han desarrollado, este texto ayuda a precisar el concepto y expone su relación con las distintas etapas del examen de proporcionalidad como preludio a su consideración específica.

Un elemento básico del test de proporcionalidad es determinar el fin legítimo, constitucionalmente válido, que impulsa la afectación a un derecho fundamental que se examinará mediante esa técnica de adjudicación. En su colaboración, Frida Daniela Ibarra Olguín analiza con precisión las dis-

tintas facetas de este tema que, en general, los estudios sobre la proporcionalidad han soslayado. Con gran capacidad analítica, la autora disecciona los elementos del concepto, cuyos aspectos problemáticos frecuentemente pasan inadvertidos, pero que ella expone con claridad y precisión.

Replicando el texto de Ibarra, otro joven jurista, Víctor Jesús Castañeda Rojo, presenta diversas observaciones sobre las implicaciones del fin legítimo y su papel dentro del test de proporcionalidad. Al ofrecer diversos puntos de vista, su exposición dialoga con el texto anterior y con otros autores —clásicos consolidados— que han tratado el principio de proporcionalidad en distintas latitudes. La perspectiva que aporta cuenta que incluso los elementos aparentemente más sencillos del test de proporcionalidad presentan aspectos problemáticos sobre los que es preciso reflexionar.

En una de las participaciones protagónicas del Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, el prestigiado profesor Martin Borowski, de la Universidad de Heidelberg, Alemania, compartió su exposición sobre las fases de necesidad y ponderación del examen de proporcionalidad con un punto de vista novedoso. Aplicando a esta figura el criterio económico de Kaldor-Hicks, el jurista muestra que las fronteras entre ambas fases de la proporcionalidad son menos claras de lo que parece, y plantean problemas que son relevantes para la aplicación práctica de esta técnica de adjudicación.

En su segunda aportación a esta obra, María Inés Pazos desarrolla una idea que fue planteada en términos críticos en su previa réplica a Sánchez Gil: es posible, y hasta necesario, explorar modelos de proporcionalidad y ponderación jurídica diferentes al propuesto por Robert Alexy. Para esto, la autora se focaliza en uno de los deberes generales de adjudicación en casos de colisión entre principios o bienes fundamentales: el de optimización de principios en choque. La operación de optimización de enunciados normativos que chocan, esto es, de maximización de las ganancias y minimización de las pérdidas en un contexto constitucional debe

procurar, también, la menor lesión posible al principio que resulta derrotado. Dado que no hay una manera correcta de entender cómo debe proceder un operador jurídico que mediante la aplicación del test de proporcionalidad a un caso concreto tiene que optimizar los beneficios de su decisión, la discusión sobre el modelo más adecuado está abierta. En el contexto de esta apertura, la profesora Pazos presenta su propia versión de cuál es la mejor manera de plantear esa herramienta de decisión de conflictos entre derechos fundamentales o entre éstos y otros intereses.

A continuación, Jorge Silva Sampaio articula una defensa enfática y clara de uno de los objetos de crítica más recurrente cuando se habla del principio de proporcionalidad, el test de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, de la última etapa del examen. El profesor Silva ofrece un marco conceptual para ubicar el debate de la proporcionalidad en sentido estricto para, a partir de éste, presentar las características definitorias de la norma de la proporcionalidad. Con base en los parámetros conceptual y analítico desarrollados y en la filosofía de las mediciones, el texto estudia la metáfora del peso elaborada por Robert Alexy. Este panorama le sirve al profesor Silva como plataforma de lanzamiento de los criterios que ayudarán a los operadores judiciales a determinar la intensidad del test de proporcionalidad que deben aplicar a la restricción de las normas de derechos fundamentales.

Inmerso de manera plena en la fase de ponderación del test de proporcionalidad, Matthias Klatt ofrece nuevamente una detallada defensa de la teoría de los principios de Robert Alexy y su concepción de aquella herramienta de adjudicación constitucional. Al discutir las críticas de Frederick Schauer, el autor ofrece una exposición detallada de la ponderación y de la "fórmula del peso" de Alexy, en referencia a situaciones prácticas que ilustran su realización, rebatiendo objeciones a esa metodología que con frecuencia son realizadas desde una visión menos nítida. Con ello, Klatt una vez más contribuye a la defensa teórica de la ponderación, y aporta un documento útil para comprenderla mejor.

Al texto presentado por Klatt en el seminario del Centro de Estudios Constitucionales, y discutido en ese mismo espacio, responden Bernardo Gallegos Mendoza y Miguel García Godínez.

García Godínez destaca en su comentario que hay un problema conceptual en la respuesta de Klatt a Schauer. El problema consiste en que Klatt cambiaría los términos del planteamiento del debate a la respuesta al mismo, esto es, habría cometido el error metodológico de abandonar los presupuestos del conflicto que él mismo ofrece al intentar responder a éste. En suma, para García, Klatt abandona los presupuestos de la discusión y, con esto, cambia el tema de la misma.

Por su parte, Gallegos Mendoza analiza en su texto la respuesta dada por Klatt a la tesis sobre los derechos de Schauer. Según Schauer, los derechos tienen una fuerza especial de la que carecen los intereses. Por eso, de haber un conflicto entre éstos la proporcionalidad sería el método adecuado de resolución, en tanto reconoce la importancia específica de los derechos, lo que no hace la ponderación. Gallegos estudia la tesis de Klatt, según la cual, Shauer está equivocado, ya que la importancia especial de los derechos es una característica contingente y no necesaria de éstos.

Sujit Choudhry estudia en su texto el legado de la decisión del Tribunal Constitucional canadiense en el célebre caso *R. v. Oakes*, a 20 años de su resolución. El profesor Choudhry considera que, además de la importancia que tuvo ese fallo en el momento en el que fue decidido, buena parte de su impacto subsecuente, dentro y fuera de Canadá, se debe al planteamiento de la forma en la que las cortes constitucionales deben entender su propio papel. Esto, a su vez, tuvo implicaciones directas respecto de la noción de decisión constitucional sobre derechos fundamentales y la determinación de las restricciones justificables de las que pueden ser objeto. Como quedó claro en las sesiones del seminario y a partir de la búsqueda de estudios sobre el particular, este artículo trata específicamente un tópico que, pese a ser central, ha sido poco estudiado, es decir, la

definición y el alcance del segundo momento del test de proporcionalidad (o el primero, dependiendo de la versión del mismo): la adecuación de la medida atacada al fin propuesto por ésta. Choudhry reflexiona sobre el paso empírico del examen en el que se define el estándar de prueba que se exige a la medida atacada de inconstitucional en un contexto de incertidumbre y de información imperfecta.

Finalmente, el artículo de Vicki Jackson indaga acerca de una modalidad de la proporcionalidad como principio y como doctrina legal: su impacto en juicios en los que se discute, también, la violación del derecho a la igualdad. La profesora Jackson sostiene que, precisamente, el estudio de la igualdad a partir del test de proporcionalidad permite, especialmente a los operadores judiciales, percibir aspectos estrucuturales del principio igualitario que, de otra manera, eluden el razonamiento adjudicador. Esta explicitación, que facilita la evaluación de proporcionalidad, se da en el contexto más amplio de los choques entre derechos fundamentales y entre éstos y otros intereses relevantes. Sin embargo, el test de proporcionalidad es, por sí solo, insuficiente para dar respuestas a problemas propios de la adjudicación en casos en los que se plantean pretensiones desde el derecho a la igualdad. Según Jackson, esa insuficiencia no hace más que resaltar una de las virtudes más evidentes del juicio de proporcionalidad: forzar a los operadores judiciales a presentar mejores razones como respaldo de sus decisiones y no sólo a atrincherarse en las categorías dogmáticas tradicionales de las intensidades y etapas del test de igualdad.

Los 14 capítulos que integran este volumen son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test de proporcionalidad como metodología de adjudicación constitucional. Más allá del debate teórico de si habría una única respuesta correcta para todos los conflictos entre derechos fundamentales o de si, por lo anterior, se tendría una única herramienta metodológica para afrontar esos choques, está la cuestión de las decisiones fundamentadas como condición de legitimidad de las mismas. Es respecto del deber de ofrecer conclusiones legítimas en términos

jurídico-constitucionales que surge el debate acerca de los modelos que permiten sustentar la racionalidad y la razonabilidad de esas decisiones, con las coordenadas del espacio jurídico en el que son resueltas, y en el terreno que va de la incertidumbre acerca de cómo proceder en estos casos a la completa certeza evaluativa en la que se ubican tanto los artículos derivados del Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, y los comentarios a éstos, como los textos publicados con anterioridad, pero traducidos por primera vez al español.

Quienes coordinamos esta obra esperamos que tanto el seminario permanente como este volumen directamente derivado de él impulsen una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional. La ausencia de consenso en este campo en general, o en el más específico sobre el número de pasos del test de proporcionalidad, cómo deberían entenderse cada uno de éstos o cómo se comportan en relación con ciertos intereses fundamentales o circunstancias empíricas, no debería ser un obstáculo en términos reflexivos o de adjudicación. Las divergencias sobre estos puntos son más bien los síntomas de que la tarea de protección de derechos fundamentales no se termina con la resolución de los casos particulares, sino que requiere también del concurso de esfuerzos que van hasta el tribunal constitucional de cierre, pero que pasan por la indagación académica y por la actividad que los operadores jurídicos realizan efectivamente con sus herramientas.

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil

Fuentes

Acción de inconstitucionalidad 2/2014, sentencia del 1o. de diciembre de 2014.

Derecho a la información. La relación con sus límites constitucionales no debe plantearse en términos absolutos, Pleno, *Gaceta del Semanario*

Judicial de la Federación, 10a. época, lib. 74, enero de 2020, t. I, tesis P. II/2019 (10a.), registro 2021411.

Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 130/2007, registro 170740.

Inconstitucionalidad de la prohibición absoluta al consumo lúdico o recreativo de marihuana prevista por la Ley General de Salud, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, tesis 1a./J. 10/2019 (10a.), registro 2019365.

Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXIV, septiembre de 2006, tesis 1a./J. 55/2006, registro 174247.

Klatt, Matthias y Meister, Moritz (2017), *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, trad. de Rubén Sánchez Gil, México, UNAM-UADY.

Test de proporcionalidad. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), registro 2013156.

Una agenda de investigación para el futuro*

Aharon Barak

* Texto publicado originalmente como "A research agenda for the future", en Jackson, V. y Tushnet, M. (eds.) (2018), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, pp. 322-335, Cambridge, Cambridge University Press. Traducido al español por Óscar Nova con autorización del autor.

Sumario: A. La estructura legal de la doctrina de la proporcionalidad; I. El componente de la proporcionalidad; II. La estructura de las tres etapas del análisis constitucional y el papel de la proporcionalidad en ella; 1. Los modelos interno y externo; 2. Los efectos de los dos modelos; B. Problemas en la doctrina de la proporcionalidad que requieren examinación adicional; 2.1. El concepto de limitación en la primera etapa de revisión constitucional; I. Los componentes de la proporcionalidad en la segunda etapa de la revisión constitucional; 1. El componente del propósito adecuado; 2. El componente de la conexión racional; 3. El componente de la ponderación; 4. Examinación de los componentes de la proporcionalidad en la tercera etapa de la revisión constitucional; II. Temas adicionales, aplicables a todos los componentes de la proporcionalidad; 1. Proporcionalidad y temporalidad; 2. Los componentes de la proporcionalidad y el *common law*; 3. Proporcionalidad y enmiendas constitucionales; 4. Algunas reflexiones sobre el futuro de la proporcionalidad.

Este capítulo explora las condiciones bajo las cuales una norma subconstitucional (como un estatuto) puede justificadamente limitar un derecho atrincherado en una norma constitucional (como la libertad de expresión o el derecho a la salud). Específicamente, este capítulo considera las condiciones bajo las cuales una norma subconstitucional puede limitar una norma constitucional sin minar la validez de la norma subconstitucional. Varias respuestas se pueden dar a esta cuestión. Una posible respuesta es que la validez de la norma subconstitucional podría no ser afectada si la limitación satisface los componentes de la doctrina de proporcionalidad. Uno puede discutir esta cuestión en varios ámbitos (histórico, filosófico, sociológico) (Alexy 2002). Podemos aplicar un marco analítico-legal. Cada lente ha obtenido tanto apoyo como crítica de la proporcionalidad. Aceptamos la doctrina estándar de proporcionalidad en un sistema legal. Aunque no criticamos ni justificamos la proporcionalidad, de ninguna manera somos indiferentes a esto (Barak, 2012, p. 160). Asumimos que un régimen democrático está basado en una relación

proporcional entre el bien público y los derechos humanos. En una de nuestras decisiones escribimos lo siguiente:[1]

> […] derechos humanos existen en un contexto social que los mantiene. Refleja la vista subyacente que los derechos humanos no ven al individuo como en una isla aislada, pero como parte de una sociedad con objetivos nacionales. Es el producto del reconocimiento que mientras los derechos humanos básicos deben ser realizados, el marco nacional también debe protegerse. Está destinado a permitir la limitación de los derechos humanos para mantener el marco social que en si protege los derechos humanos.

Asumimos que

> […] en la vida social, los derechos humanos a veces deben de ser limitados […] Una sociedad democrática está caracterizada por el hecho de que una limitación en derechos humanos debe hacerse por un propósito que promueva a los derechos humanos, y las limitación debe ser en una medida no mayor de lo necesario.[2]

Nuestro objetivo es determinar cómo la proporcionalidad puede cumplir con mayor eficacia este propósito en una democracia. Con este fin, discutimos la base analítica de la proporcionalidad y hacemos sugerencias que podrían fortalecerla y facilitar su futuro desarrollo.

Comenzamos con la estructura legal de la doctrina de la proporcionalidad (sección 1). Al hacerlo, discutimos los componentes de la proporcionalidad y consideramos si el propósito apropiado de la norma limitante debe ser incluido en el análisis de la proporcionalidad. Contestamos esta cuestión afirmativamente y explicamos por qué es así. La parte principal del capítulo trata de las tres etapas de la estructura de la revisión constitucional y el papel de la proporcionalidad dentro de esta estructura.

---

[1] *CA United Mizrahi Bank Ltd vs. Migdal Cooperative Village* [1995] IsrSC 49 (4) 221, 433.
[2] *HCJ Conterm Ltd vs. Ministry of Finance, Customs and VAT Division* [1998] IsrSC 52(1) 289-346.

Al hacerlo, distinguimos entre dos modelos —el modelo interno y el modelo externo— subyacentes a la distinción entre el primer paso de la revisión constitucional (la limitación de un derecho constitucional) y el segundo paso de la revisión constitucional (si la limitación es proporcional o no). Basado en esta distinción, examinamos cómo estos dos modelos afectan varias cuestiones en el derecho constitucional. Luego discutimos varias cuestiones en proporcionalidad que requieren un análisis adicional (sección 2) y consideramos el lugar de la proporcionalidad dentro de las tres etapas del análisis constitucional (examinación de la limitación en derechos constitucionales, examinación de los componentes de la proporcionalidad y examinación del remedio constitucional). Concluimos con algunos pensamientos acerca del futuro de la proporcionalidad.

A. La estructura legal de la doctrina de la proporcionalidad

I. El componente de la proporcionalidad

Imagina que un estatuto ha limitado un derecho constitucional.[3] Este estatuto puede ser constitucional si es proporcional. La doctrina de la proporcionalidad está basada en varios componentes. Todos están de acuerdo en que el análisis de proporcionalidad debe ser acorde con los siguientes tres componentes:[4] a) los significados empleados por el estatuto pueden realizar el propósito adecuado para lo cual están destinados (la conexión racional o componente de idoneidad); b) la necesidad o el componente del significado menos intrusivo, que requiere que el propósito adecuado del estatuto no pueda ser logrado a través de medios alternativos cuya limitación en los derechos constitucionales es menor, y c) proporcionalidad en estricto sentido, el cual requiere una relación proporcional entre el

[3] En cuanto a la limitación por el *common law,* consulte la sección "2. Los componentes de la proporcionalidad y el *common law*" más adelante.
[4] Para un análisis de estos componentes, véase Barak (2012, pp. 309-370).

beneficio derivado de la realización del propósito adecuado del estatuto y el daño que puede ser causado al derecho constitucional. Éste es un componente de ponderación.

Académicos y juristas discrepan acerca del cuarto componente —el componente del propósito adecuado— (Barak 2012, pp. 245). El desacuerdo se refiere a que un estatuto que limita un derecho constitucional para promover el interés público. Alexy mantiene[5] que el componente del propósito adecuado no constituye una parte de los componentes de la proporcionalidad. En la medida que la norma limitante pretenda realizar un interés público que entra en conflicto con la Constitución, la norma colisiona con las presuposiciones de la Constitución y esto es suficiente para afectar la validez de la norma limitante (Alexy, 2002, p. 62). Aquí no hay necesidad de un análisis de proporcionalidad. En la medida en que el propósito de una norma subconstitucional enfatiza la necesidad justificada del Estado de alcanzar un objetivo convincente, el propósito es examinado como parte del componente de ponderación, y no tiene sentido reconocerlo por separado.[6] En cualquier caso, si un estatuto satisface el componente de ponderación, no debe reflejarse directamente[7] por limitar un derecho constitucional para un propósito que se considera inapropiado pero que no entra en conflicto con la Constitución.

En mi opinión, el propósito adecuado debe ser agregado al marco estructural de la proporcionalidad. El componente del propósito está estrecha e inextricablemente conectado con cada uno de los tres componentes de la proporcionalidad. Cada componente debe lidiar con su relación con el componente del propósito adecuado. Podría ser artificial para separar el propósito de prueba de los otros componentes. De hecho, en varias constituciones, la base textual expresa de la proporcionalidad es el com-

[5] Véase Alexy, "Proporcionalidad y racionalidad", p. 19 (N. del T.: El autor se refiere a otro capítulo de la obra en la que fue publicado originalmente este texto).
[6] *Ibíd*.
[7] *Ibíd*.

ponente del propósito (objetivo). En esos países, los otros componentes de la proporcionalidad se infieren del componente del propósito.

II. La estructura de las tres etapas del análisis constitucional y el papel de la proporcionalidad en ella

1. Los modelos interno y externo

Los sistemas legales que consideran la proporcionalidad como un criterio para examinar la constitucionalidad de un estatuto limitando un derecho constitucional típicamente parten del escrutinio constitucional en tres etapas: en la primera etapa, la cuestión es si el estatuto limita un derecho constitucional; en la segunda, si la limitación satisface las condiciones requeridas por los componentes de la proporcionalidad; en la tercera es examinada la cuestión del remedio constitucional (Barak, 2012, p. 22). Nosotros no nos centraremos en las primeras dos etapas.

Los dos diferentes modelos pueden ser usados para explicar las primeras dos etapas. Yo llamo al primero un modelo interno y al segundo un modelo externo. Ambos modelos ven las primeras etapas de la revisión constitucional (la limitación de un derecho constitucional) como una etapa *prima facie*. Sin embargo, su objeto *prima facie* es diferente. El modelo interno ve al derecho constitucional en sí, que es limitado por un estatuto como objeto *prima facie*. Según este modelo, el derecho constitucional es un derecho *prima facie* en la primera etapa (Alexy, 2002, p, 60). El modelo externo ve la limitación de un estatuto de un derecho constitucional como el objeto *prima facie* del estatuto. Con este modelo, la limitación del estatuto en el derecho en la primera etapa es, *prima facie*, una violación y, por lo tanto, es inconstitucional. Bajo ambos modelos, la segunda etapa de la revisión constitucional elimina el carácter *prima facie* de la primera. En la segunda etapa, la cuestión es si la limitación en el derecho constitucional es proporcional. Con ambos modelos, si la limitación no es proporcional, entonces el análisis constitucional pasa a la etapa de

reparación constitucional. La diferencia central entre los dos modelos ocurre si la segunda etapa indica que la limitación legal del derecho constitucional es proporcional.

El modelo interno postula que si la limitación es proporcional, el derecho constitucional se convierte en un derecho definitivo en lugar de un derecho *prima facie*. Nótese que el alcance del derecho definitivo es más estrecho que el derecho *prima facie* porque éste no contiene esa área estrecha del derecho *prima facie* que fue limitado por el análisis de proporcionalidad (Alexy, 2002, p. 41).

El modelo externo sostiene que si la limitación en el derecho constitucional es proporcional, no constituye una violación a éste. La proporcionalidad ha eliminado *prima facie* la característica de la violación. La validez del estatuto limitante no ha sido afectada y el alcance del derecho constitucional no ha cambiado. Fue definitivo antes de la limitación y sigue siendo definitivo en el mismo ámbito. La limitación proporcional no tiene efectos en el nivel constitucional, sino en el subconstitucional (Barak, 2012, p. 39).

El modelo interno refleja el enfoque de Alexy (202, p. 47). Tal modelo se aplica a todas las normas legales que a) reflejan principios y b) tienen conflictos entre sí. Por lo tanto, también se aplica a dos situaciones adicionales en las cuales derechos constitucionales entran en conflicto: primero, cuando un derecho constitucional que se configura como un principio (como el derecho constitucional a la libertad de expresión) entra en conflicto con otro derecho constitucional que está configurado como un principio (como el derecho constitucional a la reputación), y segundo, cuando el derecho constitucional entra en conflicto con un interés público constitucional (como la seguridad nacional). Según Alexy, un derecho constitucional configurado como un principio es un derecho *prima facie* porque está en la naturaleza del principio aspirar a la optimización. Como él dice, tales derechos "requieren que algo sea realizado en la mayor medida jurídica y fácticamente posible. Éste es sólo un requisito *prima facie*" (Alexy,

202, p. 47). La posibilidad jurídica y fáctica son los componentes de la proporcionalidad. Así, "la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa" (Alexy, 202, p. 57).

El modelo externo separa el derecho constitucional y los componentes de la proporcionalidad arraigados en la cláusula de limitación (Barak, 2012, p. 32). El alcance del derecho constitucional es determinado por su interpretación constitucional. De acuerdo con la interpretación propositiva, este alcance refleja el ideal que el derecho pretende realizar. La proporcionalidad es externa al derecho constitucional. Se infiere del significado expreso del texto constitucional.[8] En ausencia de una disposición expresa se infiere del significado implícito en función de la estructura de la constitución y sus valores como la democracia y el Estado de derecho (Barak, 2012, p. 211). La limitación es, *prima facie*, una violación inconstitucional, porque un derecho constitucional ha sido limitado. Sin embargo, si la limitación es proporcional, la limitación es constitucional. El estatuto limitante es válido. Otorgar esta validez al estatuto limitante no afecta el alcance del derecho constitucional limitado. En el nivel constitucional, los conflictos entre derechos y el interés público permanecen sin resolver. Estos conflictos no indican una situación patológica sino más bien saludable; reflejan la abundancia de derechos constitucionales y la diversidad en la existencia humana. Acorde con el modelo externo, cuando dos derechos constitucionales entran en conflicto entre sí, los derechos en conflicto no se ven afectados. No se trazan nuevos bordes entre derechos porque el conflicto no se resuelve en el nivel constitucional. En el día a día los conflictos entre los derechos constitucionales los resolverá la ley subconstitucional. Esta ley limita la realización de los derechos constitucionales en conflicto subconstitucional. La constitucionalidad de esta limitación es determinada por la doctrina de la proporcionalidad. Por lo tanto, tales limitaciones son posibles a pesar del conflicto constitucional siempre que la legislación que limite estos derechos sea proporcional.

[8] Por ejemplo, la sección 1 de la Carta Canadiense; sección 36 de la Constitución de Sudáfrica; sección 8 de la Ley Básica: Dignidad Humana y Libertad.

2. Los efectos de los dos modelos

La diferente estructura constitucional de los modelos externo e interno conduce a diferentes resultados en diferentes áreas. Ahora discutiremos varias situaciones en las cuales aparece esta diferencia.

1. Algunas veces, los derechos constitucionales en forma de principio contienen calificadores internos (Barak, 2012, p. 153). Por ejemplo, la sección 17 de la Constitución de Sudáfrica estipula que: "Todos tienen derecho, pacíficamente y desarmados, a reunirse, manifestarse y presentar peticiones".

El requisito "pacíficamente" crea una calificación interna para el derecho de los ciudadanos a manifestarse. Es un principio. Bajo el modelo interno, su alcance debe determinarse con respeto a los componentes de la proporcionalidad. Éste no es el enfoque adoptado por el modelo externo. Bajo ese enfoque el significado de la palabra "pacíficamente" es determinado por su interpretación constitucional. La cláusula de limitación no aplica al significado del término "pacíficamente". En cambio, se trata con la validez de un estatuto que limita un derecho constitucional y no con el significado del derecho constitucional limitado. Por supuesto, como parte de la interpretación de la palabra "pacíficamente", un acto de balance puede ser requerido. Pero esto es un equilibrio interpretativo que no forma parte de la doctrina de la proporcionalidad.

Los derechos sociales algunas veces contienen el requerimiento que el Estado toma, entre otras medidas legislativas razonables. Este es el caso, por ejemplo, en la Constitución de Sudáfrica.[9] El modelo interno puede determinar que el contenido de lo razonable requerida por estas cláusulas es decidido por los componentes de la proporcionalidad. No es así para el modelo externo. Bajo el modelo externo el contenido de lo razonable es determinado por las reglas de interpretación (incluyendo el

[9] Véanse las secciones 24, 26, 27 y 29 de la Constitución de Sudáfrica.

balance interpretativo, si es necesario). Después de que el alcance del derecho social es determinado, la constitucionalidad de un estatuto que limita el derecho se examina bajo la cláusula de limitación general estipulada en Sudáfrica.[10] Esta cláusula refleja la proporcionalidad.[11]

2. El modelo interno aspira a ser una teoría exhaustiva acerca de los derechos. En virtud de que la misma la doctrina de la proporcionalidad se aplica a todos los derechos constitucionales en forma de principios. Por lo tanto, todos los derechos constitucionales en forma de principios son relativos. No se pueden reorganizar derechos absolutos. Este modelo interno no aplicaría en un país en el cual la declaración de derechos también contiene derechos absolutos, como el derecho a la dignidad humana en la Constitución alemana.[12] El modelo externo no se enfrenta a esta dificultad porque reconoce los derechos absolutos y relativos que surgen desde la interpretación de la Constitución.

3. De acuerdo con el modelo interno, una enmienda constitucional en forma de principio que agrega o modifica un derecho constitucional está sujeta a la proporcionalidad. Ésta no es la visión del modelo externo. Bajo el modelo externo, por el contrario, la cláusula de limitación y los componentes de la proporcionalidad contenidos en ella no se aplican a una enmienda constitucional. Ellos aplican sólo cuando un derecho constitucional es limitado por una norma subconstitucional.

4. Una pregunta importante es si la proporcionalidad se aplica a los principios integrados en los componentes institucionales de la Constitución. ¿Debería utilizarse la proporcionalidad para resolver conflictos entre los poderes legislativos y los poderes ejecutivos si éstos se manifiestan como principios? El modelo interno responde afirmativamente a esta pregunta. Nótese que el modelo interno no limita su enfoque sólo a los derechos

[10] Sección 36 de la Constitución de Sudáfrica.
[11] Para conocer el enfoque de los tribunales en Sudáfrica, consulte el capítulo de Young (N. del T.: El autor se refiere a otro capítulo de la obra en la que fue publicado originalmente este texto).
[12] Véase la sección (1) de la Ley Fundamental alemana.

constitucionales, sino también a cualquier norma que refleje un principio, incluyendo una norma institucional. Por otra parte, la norma externa se limita a una restricción de un derecho constitucional por una norma subconstitucional. La cláusula de limitación aplica sólo a los derechos constitucionales. Los componentes de la proporcionalidad no se aplican a los arreglos institucionales de la Constitución. Es posible, por supuesto, que una interpretación constitucional buscara aplicar ciertos aspectos de la proporcionalidad (como la ponderación) también a los arreglos institucionales. Éstos se basarían en una solución interpretativa y no estarían relacionados con la cláusula de limitación.

5. ¿Qué ocurre cuando una regla en forma de derecho constitucional choca con un principio en forma de disposición subconstitucional? En ausencia de un principio en forma de norma constitucional el modelo interno no aplicará la proporcionalidad. Bajo este modelo, prevalece la norma constitucional (por virtud de la concepción de que la ley superior deroga la inferior), a menos que una excepción se pueda leer en la regla constitucional, validando el estatuto limitador (Alexy, 202, p. 49). A primera vista, las disposiciones de la cláusula de limitación también se aplican a esta situación. Estas disposiciones se refieren a la validez de una norma que limita una norma constitucional, sin ninguna relevancia para un derecho constitucional que se configura como principio o como regla.

6. La distinción entre los dos modelos afecta el problema de la aplicación horizontal de los derechos constitucionales (*Drittwirkung*). Para propósitos de nuestra discusión supongamos que la interpretación de la Constitución reorganiza la existencia de un derecho constitucional de un individuo frente al derecho constitucional de otro (aplicación horizontal) (Alexy, 202, p. 73). ¿Cuál es la causa de acción disponible para los individuos en sus relaciones mutuas? La respuesta del modelo interno es que cuando dos derechos constitucionales configurados como principios entran en conflicto se establece un nuevo límite entre ellos en el punto de conflicto. Los derechos *prima facie* se vuelven definitivos en este límite. Este conflicto crea un derecho constitucional derivado, configurado como una

regla (Alexy, 202, p. 73), que cambia los límites entre los derechos (Alexy, 202, p. 54).

Esta regla es la causa de la acción entre individuos.

La respuesta del modelo externo es diferente. Bajo ese modelo, el choque entre los derechos constitucionales no se resuelve a nivel constitucional. Cada derecho retiene el alcance completo determinado por la Constitución. Cada derecho era definitivo antes de la colisión, y sigue siendo definitivo en el mismo ámbito constitucional después de él. La solución a este conflicto está en el nivel subconstitucional. El legislador o la Corte[13] deben crear una norma subconstitucional proporcional que proteja un derecho constitucional y limite otro. Esta norma es válida porque es proporcional. Otorga derechos a las partes en sus relaciones mutuas. La causa de acción es subconstitucional.

7. La investigación futura puede tratar de resolver la tensión entre los dos modelos basada en la arquitectura constitucional. Puede sugerir que la visión interna o externa se ajusta a sistemas particulares.

B. Problemas en la doctrina de la proporcionalidad que requieren examinación adicional

I. El concepto de limitación en la primera etapa de revisión constitucional

La primera etapa del análisis constitucional examina si un derecho constitucional ha sido limitado. Se requiere más investigación sobre la cuestión de cuando un derecho constitucional es limitado. Hay algunos casos fáciles. Por ejemplo, determinar que un derecho constitucional a la propiedad está limitado por la expropiación es simple. Pero ¿un estatuto fiscal limita el derecho a la propiedad? Si la respuesta es sí, ¿cómo la

[13] Véase *Carmichele vs. Minister of Safety and Security*, 2001 (4) SA 938 (CC).

política inflacionaria limita la propiedad? ¿Cuál es la regla en la que la legislación limita un derecho constitucional, pero al mismo tiempo beneficia al titular del derecho? ¿Se compensará el beneficio con la infracción en la primera etapa del análisis constitucional, lo que significaría que sólo la limitación restante podría ser considerada una limitación? ¿O no habría compensación en la primera etapa porque el beneficio se tuvo en cuenta en el equilibrio en la segunda etapa de la revisión? ¿Cuáles son los criterios para determinar cuándo se produce el desplazamiento en la primera etapa y cuándo se aplaza a la segunda etapa? ¿Cuál es el grado de certeza requerida con respecto a la realización de la limitación?

II. Los componentes de la proporcionalidad en la segunda etapa de la revisión constitucional

1. El componente del propósito adecuado

No existe un enfoque uniforme en la literatura legal y en la jurisprudencia de los requisitos que deben cumplirse con respecto al propósito adecuado. En otro texto (Barak, 2012, p. 529) he sugerido distinguir entre varias categorías de derechos constitucionales. En este sentido, debemos aprender de la experiencia de Estados Unidos de América. Ahí, por ejemplo, si un estatuto limita un derecho constitucional importante, el propósito de la limitación legal debe ser convincente o apremiante. Menos pruebas estrictas (como "importantes") pueden ser empleadas respecto de otros derechos. Este tema debe desarrollarse en el futuro.

2. El componente de la conexión racional

Este componente requiere que haya una conexión racional entre el propósito adecuado del estatuto limitador y las medidas que adopta el estatuto para realizar ese propósito. ¿Cuál es el grado de conexión requerido? Respecto a esto, el derecho comparativo carece de uniformidad, y los requisitos son típicamente escasos. En mi opinión, la protección de los derechos constitucionales debería ser fortalecida al hacer este requisito

más estricto. No debemos estar satisfechos con una conexión atenuada o mínima. Una conexión real y significativa[14] que coincide con las categorías de los derechos examinados en el componente del propósito adecuado parece más adecuado a las preocupaciones implicadas por una limitación de un derecho constitucional.

3. El componente de la ponderación

Este componente requiere que haya una relación proporcional entre el beneficio derivado de la realización del propósito adecuado del estatuto y el daño al derecho constitucional. La mayoría de las dificultades involucradas en la operación de la proporcionalidad están relacionadas con este componente. En otro texto (Barak, 2012, p. 349) he sugerido que la ponderación implica principalmente medir la importancia social de realizar el propósito adecuado con la importancia social de prevenir la limitación del derecho constitucional. La importancia social refleja la diferencia entre el beneficio marginal del estatuto limitante y la situación que existía antes de la promulgación del estatuto. Por lo tanto, la regla básica es que el componente de la ponderación se satisface cuando la importancia social de realizar el propósito del estatuto excede la importancia social de prevenir la limitación del derecho constitucional. Somos conscientes de las dificultades planteadas por nuestro enfoque. Nos parece que hay espacio para examinar eso.

La ponderación es, por naturaleza, concreta. Se lleva a cabo *ad hoc*. En mi opinión, hay espacio para desarrollar, como parte de la regla general, un enfoque basado en principios para acercarse a la ponderación que podría realizar la regla básica en situaciones típicas (Barak, 2012, p. 542). Un ejemplo de ponderación de principios podría ser un estatuto que limite la libertad de expresión política. Su propósito sería proteger la paz de actos violentos e inflamatorios en el discurso político. La ponderación de principios determinara que la libertad política de expresión puede ser limitada

[14] HCJ 6298/07 Resler (publicado por Nevo, 21 de febrero de 2012).

sólo en aquellos casos en que el propósito de proteger al público de los efectos de dicho discurso es "apremiante" o "convincente" para evitar daños inminentes y extensos a la paz pública (Barak, 2012, p. 543). ¿En nuestro enfoque apropiado?

4. Examinación de los componentes de la proporcionalidad en la tercera etapa de la revisión constitucional

Un estatuto que limita un derecho constitucional (etapa uno), donde la limitación no es proporcional (etapa dos), procede a la etapa del remedio constitucional (etapa tres) ¿Se aplica la proporcionalidad a esta etapa? A primera vista la respuesta es no, porque la proporcionalidad aplica cuando un derecho constitucional y esta etapa ya han concluido.

En mi opinión, la respuesta a esta pregunta no es en absoluto simple. El remedio constitucional plantea un conjunto complejo de preguntas para que el tribunal las considere. Así, por ejemplo, la cuestión de la retroactividad activa o prospectiva de la declaración de inconstitucionalidad; la cuestión de si suspender la aplicación de la declaración; si "leer en" o "indemnización" son preferibles a declarar nulo el estatuto. La Corte tiene discreción para responder estas preguntas en una amplia variedad de formas. En mi opinión, esta discreción debe ser ejercitada acorde con las reglas de la proporcionalidad. ¿Esto es posible?

El modelo interno puede abrir las puertas del remedio constitucional a la proporcionalidad, si se determina que los remedios constitucionales están configurados como principios. En mi opinión, el modelo externo también permite que la proporcionalidad sea aplicada a la determinación de los remedios constitucionales. Nuestros argumentos van de la siguiente manera: la doctrina básica es que *ubi ius ibi remedium* (donde hay un derecho hay un remedio), el remedio deriva del derecho limitado; cuando el derecho limitado es constitucional, el derecho a obtener el remedio es constitucional; la cláusula de limitación y la ley de proporcionalidad apli-

can a este derecho constitucional. Debemos enfatizar que bajo el modelo externo, el derecho constitucional es un derecho a un recurso constitucional. Las normas de remedio surgen en el nivel subconstitucional. Ellas son una expresión de la colisión entre la parte deñada del derecho a un recurso constitucional efectivo, la reivindicación de la Constitución y la disuasión de limitaciones adicionales y los derechos constitucionales de terceros o el interés público. Esta colisión no se resuelve en el nivel constitucional. Se resuelve de acuerdo con la doctrina de la proporcionalidad a nivel subconstitucional.

Reconocemos que, al usar la proporcionalidad para determinar los remedios constitucionales, estos dos modelos plantean más dificultades. Esta cuestión debería ser tema para una futura discusión.

III. Temas adicionales, aplicables a todos los componentes de la proporcionalidad

1. Proporcionalidad y temporalidad

Las consideraciones temporales plantean más preguntas sobre los cuatro componentes de la proporcionalidad.[15] Una pregunta es ¿en qué momento deben estar satisfechos los componentes? ¿Cuál es el punto específico entre la fecha de ejecución del estatuto que limita el derecho constitucional y la fecha en que se examina su constitucionalidad en el tribunal si la proporcionalidad entra en juego? ¿Deben satisfacerse los componentes de la proporcionalidad en el momento de la promulgación de la ley que limita un derecho constitucional *ex ante*? ¿Si están satisfechos en el momento de la promulgación, del estatuto constitucional, incluso si las circunstancias han cambiado y los componentes de la proporcionalidad no se satisfacen cuando el tribunal examina el estatuto *ex post*? ¿Cuál es la

[15] Para esta pregunta, véase Barak (2012, pp. 286, 312, 331).

regla en la que los componentes de la proporcionalidad no se cumplen en el momento de la promulgación, pero se cumplen en el momento en que se examina el estatuto en la Corte? Éstas son preguntas difíciles, y deberían ser reconsideradas en el futuro.

2. Los componentes de la proporcionalidad y el *common law*

En este capítulo he discutido acerca de una ley que limita un derecho constitucional. ¿Cuál es la regla si un derecho constitucional es limitado por una norma del *common law*?[16] Esta pregunta plantea una relación entre los derechos constitucionales y el *common law*. En mi opinión, esta relación no se ha desarrollado suficientemente en la literatura jurídica y en la jurisprudencia. Esto debería ser examinado en el futuro. ¿Es una regla del *common law* limitar un derecho constitucional tratado como un estatuto que lo limita? ¿Debería determinarse la constitucionalidad del *common law* que limita un derecho constitucional utilizando la doctrina de la proporcionalidad? ¿Se pueden aplicar los componentes de la proporcionalidad a las normas de jurisprudencia?

3. Proporcionalidad y enmiendas constitucionales

Según el enfoque interno de Alexy, la proporcionalidad se aplica a las enmiendas constitucionales como principios. Bajo el enfoque externo, la proporcionalidad no se aplica. No se sigue que no haya restricciones en el contenido de las enmiendas constitucionales. En algunos sistemas legales el concepto de enmienda inconstitucional y constitucional se aplica no sólo a las cuestiones de forma, sino a las de fondo (Roznai, 2017). Bajo esos sistemas, ¿cuáles son los criterios para tales restricciones? Si la proporcionalidad no se aplica, ¿qué se aplica? ¿Se puede aplicar un concepto especial de "superproporcionalidad" para responder a esta pregunta?

[16] Para esta pregunta, véase Barak (2012, p.121).

4. Algunas reflexiones acerca del futuro de la proporcionalidad

La proporcionalidad se ha extendido rápidamente a muchos sistemas jurídicos.[17] Esta proliferación no ha sido acompañada en el mundo del *common law* por una profundización de las raíces metodológicas de la proporcionalidad. Desde la monumental contribución de Alexy, esta metodología no ha recibido la debida consideración en el mundo del *common law*. Esto es lamentable. La proporcionalidad provee un terreno fértil para la actividad analítica. Las características de cada componente de la proporcionalidad y la relación entre ellos deberían desarrollarse más; la aplicación de la proporcionalidad con respecto a cada uno de los derechos constitucionales debe garantizarse, sin crear normas especiales para derechos especiales; la aplicación de la proporcionalidad a todos los aspectos (positivos y negativos) de cada derecho debe asegurarse, sin crear normas especiales de proporcionalidad para uno de esos aspectos; una completa aplicación de la proporcionalidad en la que dos derechos constitucionales en conflicto (conflicto horizontal) y donde un derecho constitucional choca con el interés público (conflicto vertical) debe estar garantizado. En particular, las herramientas teóricas para la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad a los derechos sociales deben ser desarrolladas. Parece que, respecto a esto, debe hacerse más investigación en los sistemas legales de *common law* acerca de la relación entre proporcionalidad y razonabilidad (Bongiovanni, Sartor y Valentini, 2009). Cabe destacar que la proporcionalidad no genera una solución única. Hay casos en los que hay varias soluciones proporcionales. Esto crea una zona de proporcionalidad (Barak 2012, p. 397). Este es el papel de las ramas políticas para realizar sus políticas en esa zona. A menudo es su deber incluso hacerlo (Grimm, 2005). Es el papel del Poder Judicial mantener los límites de esta zona para evitar cualquier desviación de ella, y para asegurar que las ramas políticas cumplan con sus facultades

[17] Véanse Barak (2012, p. 181); Stone y Mathew (2008, p. 72).

y deberes constitucionales (Brewer-Carias, 2011). La proporcionalidad ha sido duramente criticada (Webber 2009). Deberíamos aprender de esa crítica y tratar de corregir lo que necesita corrección. La proporcionalidad es una construcción jurídica. No busca fortalecer al Poder Judicial. La proporcionalidad se aplica y limita a todas las autoridades estatales. Busca avanzar a la democracia y al Estado de derecho. Estos son los valores que deben guiarnos en nuestra futura investigación. Kumm (2007) ha discutido la relación entre la proporcionalidad y varias teorías sociales. Esta importante investigación debe continuar desarrollándose.

Debemos asegurarnos de que la construcción jurídica de la proporcionalidad permita la realización de varias y diversas teorías sociales conflictivas.

La proporcionalidad no es la única solución legal a las preguntas sobre la relación entre los derechos constitucionales y la relación entre los derechos constitucionales y el interés público. Los Estados Unidos han desarrollado una diferente construcción. Presumiblemente, la investigación futura se ocupará de la interrelación entre estas dos construcciones legales. Jackson (2015) ha hecho una contribución importante en esta área en su importante ensayo sobre la relación entre los dos enfoques. Quizá esto y la investigación subsecuente conduzca a que los dos enfoques se acerquen. Tal vez indiquen una brecha insalvable. De hecho, ambos enfoques son parte de una arquitectura legal (Schauer, 2005). Ojalá futuras investigaciones legales crearan estructuras arquitectónicas para nosotros, por medio de las cuales la visión de Beatty (2004), quien vio la proporcionalidad como siendo "la última regla del derecho (*ultimate rule of law*)", sea realizada.

Fuentes

Alexy, R. (2002), *Una teoría de los derechos constitucionales*. Rivers, J. (trad.).

Barak, A. (2012), *Proporcionalidad. Derechos constitucionales y sus limitaciones*.

Beatty, D. (2004), *La última regla del derecho.*

Bongiovanni, G., Sartor, G. y Valentini, C. (eds.) (2009), *Razonabilidad y ley*.

Brewer-Carias, A. (2011), *Cortes constitucionales como legisladores positivos. Un estudio comparativo.*

Grimm, D. (2005), "La función protectora del Estado", en Nolte, G. (ed.), *European and US Constitucionalismo*, p. 137.

Jackson, V. (2015), "Derecho constitucional en la época de la proporcionalidad", 124 *Yale L. J.*, núm. 124, p. 3094.

Kumm, M. (2007), "Liberalismo político y la estructura de los derechos. Sobre el ritmo y los límites del requisito de proporcionalidad en la ley", Pavlakos, G. (ed.), *Derechos y discurso. La filosofía legal de Robert Alexy*, p. 131.

Roznai, Y. (2017), *Enmienda constitucional inconstitucional. Los límites de los poderes de enmienda*.

Schauer, F. (2005), "Libertad de expresión. Adjudicación en Europa y Estados Unidos. Un caso de estudio", en Nolte, G. (ed.), L*a arquitectura de la comparativa constitucional*, p. 49.

Stone Sweet, A. y Mathew, J. (2008), "Proporcionalidad, balance y constitucionalismo global", *Colum. J. Transnat'L L*, núm. 47, p. 72.

Tsakyrakis, S. (2009), "Proporcionalidad, ¿un asalto a los derechos humanos", *Int. J. Con. L.*, núm 7, p. 468.

Webber, G. (2009), *La Constitución negociable. En la limitación de los derechos*.

Proporcionalidad y juicio constitucional en México*

Rubén Sánchez Gil

* Texto presentado en su versión original el 6 de agosto de 2019 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.

Sumario: A. Introducción; B. El examen de proporcionalidad; I. Precisiones conceptuales, fundamento y utilidad; II. Etapas del examen; 1. ¿Tres, cuatro o cinco etapas?; 2. Fin legítimo y conflicto constitucional; 3. Idoneidad y necesidad; 4. Ponderación; C. Recepción y consolidación en México; I. Tesis jurisprudencial P./J. 130/2007; II. Acción de inconstitucionalidad 2/2014; III. Caso "Marihuana"; IV. Jurisprudencia interamericana; D. ¿Es optativo el examen de proporcionalidad?; I. La jurisprudencia 2a./J. 10/2019; II. Análisis crítico; 1. Enfoque hermenéutico; 2. Exigencia constitucional; 3. Vínculos con otras técnicas; a. Criterios tradicionales; b. Criterio de especialidad; c. Interpretación conforme a la Constitución; d. Niveles de escrutinio judicial; III. Técnica definitiva; E. Retos argumentativos; I. Cargas de argumentación y de prueba; II. Otros problemas de argumentación; 1. Complejidad; 2. Imprecisión e incertidumbre; F. Reflexiones finales.

[L]es modes simplificateurs de connaissance mutilent plus qu'ils n'expriment les réalités ou les phénomènes dont ils rendent compte
Edgar Morin

A. Introducción

Desde hace aproximadamente 20 años, explícita o implícitamente, con mayor o menor fortuna, el principio de proporcionalidad ha encontrado cabida en la práctica constitucional mexicana a través del examen con que determina los alcances de los derechos fundamentales y califica las limitaciones que se les imponen. Pero en general el uso correcto de esta herramienta de juicio constitucional[1] no se ha consolidado en nuestro país, primordialmente por falta de consenso dogmático y jurisprudencial sobre sus características —que sólo desde hace poco se ha establecido con alguna claridad—, y las naturales dificultades de su aplicación.

[1] En cierto contexto, empleo el término *juicio* para aludir a la compleja operación por la cual se dicta sentencia en un proceso —forma paradigmática de la aplicación jurídica— y que importa múltiples decisiones interpretativas y fácticas; *cfr.* Gómez Lara (2004, p. 114). En este sentido, *juicio* no es sinónimo de *proceso,* sino que significa "adjudicación" o "aplicación jurisdiccional del derecho"; véase Wróblewski (1992, p. 6) (empleando como sinónimas las expresiones *adjudication* y *judicial application of law*).

El presente trabajo se enfoca en estos problemas. Tiene tres propósitos: 1) proponer una caracterización y una nomenclatura unívocas para explicar en México el examen de proporcionalidad, a lo que se dedicará la sección II de este documento; 2) determinar el papel de la proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales, especialmente a la luz de la calidad optativa que le atribuye la jurisprudencia 2a./J. 10/2019, de lo que tratará su sección III; y 3) abordar dificultades argumentativas que en la práctica enfrenta la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que se hará en la sección IV.

Antes es preciso hacer algunas aclaraciones conceptuales en aras de la claridad y de la transparencia. A lo largo de este trabajo, y como es mi convicción, utilizo el término *Constitución* para denotar no sólo a la ley fundamental en sentido estricto y formal, sino a cualquier integrante de un "bloque de constitucionalidad", y en particular a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, que en nuestro país indudablemente integran el parámetro de control de la regularidad constitucional. En tal virtud, cuando me refiero a los "derechos fundamentales", incluyo a los reconocidos por la Constitución *stricto sensu* y por otros integrantes de aquel conjunto normativo de suprema jerarquía,[2] es decir, particularmente a los integrantes del "bloque de derechos" que forman los de fuente constitucional o internacional en los términos apuntados.

B. El examen de proporcionalidad

I. Precisiones conceptuales, fundamento y utilidad

Emplear el principio de proporcionalidad para establecer los alcances de los derechos fundamentales y verificar la licitud de su restricción es actualmente una técnica ubicua, empleada en los más diversos sistemas jurídicos

[2] Véase, *infra* apartados C y "2. Exigencia constitucional" de este texto.

nacionales e internacionales (Klatt y Meister, 2017, pp. 3-6). En sentido amplio y sin mayores detalles teóricos,[3] este principio puede formularse de manera prescriptiva: "la restricción de un derecho fundamental sólo es válida cuando sea *indispensable* para realizar un fin legítimo".[4]

Pueden darse diferentes bases teóricas a esta regla, pero la más importante es el llamado "mandato de optimización", inherente a los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy. Según dicho "mandato", los derechos fundamentales deben *realizarse en la máxima medida posible* con relación a las posibilidades materiales y jurídicas (Alexy, 2001, pp. 75 y 100-101); de esta suerte, todo menoscabo a esa óptima realización se halla *"prima facie" prohibido,* a menos que sea necesario para lograr un fin legítimo (Alexy, 2001, pp. 123-124). La idea de optimización es una manifestación —alexiana y iusfundamental— del primordial principio de interpretación constitucional que dispone dar plena eficacia a las disposiciones de la ley suprema, y que puede adscribirse a un criterio interpretativo teleológico (Sánchez Gil, 2008, pp. 294-296).

El principio de proporcionalidad en sentido amplio concretiza sus diversos aspectos en subprincipios específicos cuya satisfacción debe concurrir para estimar "indispensable" la afectación de un derecho fundamental y tenerla por lícita (Breyer, 2010, pp. 167). Dichos subprincipios son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; precisaré el contenido de estos conceptos en el apartado inmediato siguiente. *Mutatis mutandi,* también ellos pueden expresarse en reglas con la fórmula que antes expresé para el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

El principio de proporcionalidad es el criterio para valorar la "intervención" en el ámbito que protege un derecho fundamental y determinar si es

[3] Para un recuento de estas bases teóricas, véase Sánchez Gil (2007, pp. 23-33).
[4] *Cfr.* BVerfGE 19, 342 (348-349): "En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene *rango constitucional*. Resulta del principio de *Estado de Derecho*, ya básicamente de la *esencia misma de los derechos fundamentales* que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto sea *imprescindible* para la protección de intereses públicos" (cursivas añadidas).

lícita porque en efecto lo restringe en una medida necesaria para lograr un fin legítimo. Generalmente, su aplicación se da en contextos carentes de regulación jurídica como el ejercicio de facultades discrecionales —las legislativas son paradigmáticas en este ámbito[5]—, o en los que no haya una regla que inequívoca y exactamente rija situaciones muy precisas. La indeterminación jurídica de estos casos no exime de darles respuesta; también se da en ausencia de parámetros jurídicos precisos, el operador jurídico ha de "explicar los motivos de su decisión aunque no sean legales" —es decir, aunque sean extrajurídicos—, y ha de "dar cuenta a la prudencia y fundamentar tal arbitrio", realizando una denodada y escrupulosa actividad argumentativa (Nieto, 2000, p. 266). Y contra una determinación jurídica adoptada en el mejor de los casos por tanteo, el principio de proporcionalidad funda un procedimiento que encauza el razonamiento del operador judicial, facilitando que analice de manera puntual los elementos (realmente) decisivos de cada caso concreto (Klatt y Meister, 2017, p. 75), y con el cual "es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables" (Cárdenas Gracia, 2005, p. 150).[6]

II. Etapas del examen

1. ¿Tres, cuatro o cinco etapas?

La aplicación del principio de proporcionalidad consiste en estimar las características de la afectación a un derecho fundamental mediante un examen que, en su clásica formulación alemana establecida desde hace décadas, consta de tres etapas sucesivas que corresponden a los subprincipios que conforman su estructura en sentido lato: *idoneidad, necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.[7] Para mayor claridad, conviene dis-

[5] Véase Klatt y Schmidt (2010, p. 4) (señalando además que lo establecido respecto del control constitucional sobre el legislador puede extenderse al de otros órganos).

[6] Para una muy completa explicación de los vínculos entre racionalidad, justificación y proporcionalidad, véase Klatt (2019, pp. 159-196).

[7] Véanse en particular Alexy (2001, p. 100), Hesse (1999, p. 142), Bernal Pulido (2005, p. 38). La jurisprudencia española usa estos mismos subprincipios; *e. g.* STC 170/2013, F.J. 5, inciso c). En lo sucesivo, como referencia general véase Sánchez Gil (2007, pp. 36-59).

tinguir entre el "principio" y el "examen" de proporcionalidad: aquél es una norma formulada para determinar la conducta de los operadores jurídicos —en el más amplio sentido— en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales; y éste, un procedimiento que debe llevarse a cabo en función de dicho principio.

La distinción puede cobrar cierta importancia en vista de que no es unánime concebir el examen de proporcionalidad sólo con las tres fases referidas. Hay quien añade uno o dos pasos previos a las etapas correspondientes a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto: la existencia de un *conflicto constitucional* y la exigencia de que la medida restrictiva de un derecho fundamental persiga un *fin legítimo*.[8] En realidad, incluir o no estos últimos elementos como parte del examen de proporcionalidad es una mera cuestión teórica y formal, pues no cambia su operación ni sus conceptos; aquellos pasos previos se hallan indisolublemente vinculados a la fórmula tradicional del examen de proporcionalidad como *presupuestos* del mismo y, en la expresión del Tribunal Constitucional español, pueden tenerse por su "*prius* lógico".[9]

Es innegable la utilidad práctica —sobre todo a efectos pedagógicos— de desglosar los pasos del examen de proporcionalidad de manera tan amplia. Pero me parece mejor perfilarlo de manera *rigurosamente tradicional*: consistente en una evaluación relativa exclusivamente a los mencionados tres subprincipios y, por ende, a determinar la justificación de la intervención en un derecho fundamental; entendiendo como meros presupuestos de dicho examen lo atinente a la existencia y extensión de dicho derecho, a la existencia de la intervención en sus alcances, a la

[8] Véanse Barak (2012, p. 3) (incluyendo la exigencia de fin legítimo como "subcomponente" de la proporcionalidad); Silva García (2012, pp. 27-28; *infra*, nota 60).
[9] STC 55/1996, FJ. 7; véase Bernal Pulido (2005, pp. 691 y 715, *supra*, n. 7). Porque considera determinar la legitimidad del fin y la del medio para obtenerlo como "pasos" del examen de proporcionalidad, pero como un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos para cuya aplicación sirve de "preparación", me parece más precisa la relación de Klatt y Meister (2014, pp. 194-195); dada su estrecha vinculación, al referirme al "fin legítimo" a la vez aludiré en lo conducente al "medio legítimo", máxime que éste en realidad se refiere a un diferente conflicto constitucional.

determinación del fin legítimo de su afectación, esto es, a la configuración del conflicto constitucional que ha de enjuiciar.[10]

No hay análisis de proporcionalidad, de una "relación adecuada" entre elementos diversos (para usar la etimología del término alemán *Verhältnismäßigkeit*), hasta que se revisa la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto del menoscabo a un derecho fundamental frente a la realización de un fin constitucionalmente válido. En tal caso, no puede afirmarse que la sola verificación de que un fin legítimo inspira una restricción iusfundamental equivale a examinar su proporcionalidad. Esta precisión conceptual ayuda a evitar que el nombre de este procedimiento se emplee en vano para "justificar" limitaciones a los derechos que, bien vistas, no serían lícitas.

2. Fin legítimo y conflicto constitucional

La aplicación del examen de proporcionalidad para dilucidar si la restricción de un derecho fundamental es lícita se requiere previamente a que la cuestión se formule como una colisión de principios constitucionales. Dicho al revés: cuando el problema jurídico consiste en una colisión de principios constitucionales, se requiere aplicar el 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.

Por tanto, es acertado considerar la existencia de dicho conflicto *constitucional* como un aspecto básico del examen de proporcionalidad.[11] Si tal oposición se diera lisa y llanamente entre un derecho fundamental y un principio jurídico ordinario, el primero habría de imponerse absoluta-

[10] *Cfr.* Klatt (2019, p. 175, n. 6).

[11] A este respecto, en particular sobre la excluyente relación entre la proporcionalidad y la jerarquía normativa, son muy importantes las precisiones de Matthias Klatt en su trabajo "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer", publicado en este mismo volumen.

mente por su jerarquía,[12] y así nada habría que examinar o ponderar; de tal modo que establecer dicho conflicto autoriza a iniciar este procedimiento argumentativo.[13] A determinar en qué consiste dicha oposición constitucional se llega a través de dos pasos por los que respectivamente deben *identificarse* con la mayor precisión posible: 1) una intervención en el ámbito que protege cierto *derecho fundamental*, y 2) un fin legítimo, es decir, constitucionalmente válido, que persigue dicha restricción y que inspira directa o indirectamente la satisfacción de determinado *principio constitucional* (Klatt y Meister, 2014, p. 194, n. 9). Estos extremos generan la colisión de principios constitucionales que el examen de proporcionalidad está llamado a resolver.

En la dogmática alemana se ha consolidado el término *intervención* para referirse a "toda conducta estatal que, total o parcialmente, hace imposible al individuo un comportamiento o el goce de un bien jurídico, que se halla en el ámbito que protege un derecho fundamental" (Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, 2014, p. 65) (se omitieron las cursivas del original). Empleo también en este sentido, como si fueran sinónimos, los términos *afectación, restricción* y *limitación* de un derecho fundamental, y lo seguiré haciendo; pero en adelante emplearé primordialmente aquél. Usar el vocablo *intervención* se justifica por la neutralidad que le da carecer de las connotaciones negativas de términos como *vulneración* o *conculcación* —tan habitual en México—, y no implicar prejuicio basado en una petición de principio en tanto una "afectación" al ámbito iusfundamental sólo ha de tenerse por ilícita hasta examinar su proporcionalidad; y por su naturaleza genérica que evita confundir conceptos muy específicos como las "configuraciones", las "delimitaciones" y las "restricciones" con que puede regularse un derecho fundamental.[14]

---

[12] *Cfr.* Prieto Sanchís (2003, pp. 232-233).

[13] *Cfr.* González Maldonado (2011, 74).

[14] *Cfr.* Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher (2014, p. 62) y Bernal Pulido (2005, pp. 494-500 y 616 y ss., n. 7). El término alemán para *intervención (Eingriff)* no es cabalmente "neutro", porque tiene una sutil connotación negativa: puede indicar "intrusión", "impacto", y en una acepción coloquial frecuente, pero técnicamente incorrecta por lo ya dicho, también "vulnerar" *(verletzen)* los derechos de alguien, véase Wahrig y Wahrig-Burfeind (1997, *s. vv.* "*eingreifen*" y "*Eingriff*").

Caracterizar la intervención en un derecho fundamental no sólo requiere identificar el bien jurídico que éste protege, sino también determinar cómo y en qué medida se produce dicha afectación. Lo anterior exige la *interpretación amplia* de los derechos fundamentales —conforme al mandato de optimización y el principio *pro homine,* y los respectivos deberes de protección y promoción— en dos sentidos: 1) maximizando sus alcances para que incluyan *cualquier elemento mínimamente relacionado* con su supuesto normativo;[15] y 2) concibiendo ampliamente como "intervención" *cualquier medida que obstaculice, aun mínimamente, el liso y llano ejercicio del derecho fundamental* con la amplia extensión que inicialmente le corresponde, incluyendo aquellas que "sólo" pretenden regular su ejercicio —argucia frecuente en México para evadir reclamaciones iusfundamentales—, puesto que también las disposiciones "meramente regulatorias" impiden el expedito ejercicio de los derechos.[16] Lejos de ser criticable, la interpretación amplia del derecho fundamental intervenido robustece su fuerza normativa, genera transparencia y seguridad jurídica;[17] y también resulta plausible por equitativa, en tanto esta interpretación extensiva igualmente debe efectuarse al determinar el fin legítimo que justificaría la intervención en el derecho fundamental.

Este último tema lleva a la cuestión de la calidad del "fin legítimo" que inspira la intervención en un derecho fundamental. Su respuesta oscilaría entre una posición que considera como tales los no prohibidos definitivamente por la Constitución;[18] y otra acorde con la jurisprudencia

[15] La libertad de expresión ofrece un modelo inigualable para lo anterior. Una concepción (muy) restrictiva de este derecho fundamental pensaría que sólo protege discursos lingüísticos, e incluso sólo aquellos relacionados con cuestiones políticas, y excluiría de su ámbito la expresión simbólica (como la quema de bandera que se dio en *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397 [1989]) por no tratarse de un "discurso" en sentido estricto; en cambio, una interpretación amplia no tendría problema en acoger esta especie.

[16] Meister (2011, pp. 33-34). Véase uno de los primeros precedentes de la Suprema Corte mexicana que usaron la idea de proporcionalidad, hoy jurisprudencia vinculante: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 442, p. 1491.

[17] Véase Klatt y Meister (2017, pp. 47-53).

[18] *Cfr.* Bernal Pulido (2005, pp. 692-702 y 790, n. 7).

constante del Tribunal Constitucional Federal alemán,[19] que sólo reconoce esa calidad a los propósitos avalados por la ley suprema, en tanto sólo éstos serían capaces de vencer la primacía que corresponde a los derechos fundamentales en el ordenamiento y específicamente en el plano constitucional.[20] Mas esta oposición es sólo aparente: una debida interpretación amplia de todas las disposiciones constitucionales relevantes en cada caso, impulsada por la fuerza normativa de la Constitución y el principio hermenéutico que prescribe dar plena eficacia a todos sus preceptos, lleva a dar máximos alcances también a otras normas constitucionales como la que fundaría la medida restrictiva de un derecho fundamental.[21] Esto último permite que casi la totalidad de los posibles fines de dicha medida sean acogidos —incluso con suma facilidad— por el orden constitucional, y que en la práctica su ilegitimidad sea una muy insólita excepción.[22]

De esta suerte, no es mal criterio práctico pensar en términos llanos que en principio un fin será "legítimo" cuando no se halle constitucionalmente prohibido de manera inequívoca, en cuyo caso sería francamente inadmisible y no habría necesidad de examinar nada más. Pero aunque este parámetro puede tener alguna utilidad, es *indispensable adscribir dicho fin a un principio constitucional*[23] que justifique con ese rango la intervención en el ámbito de un derecho fundamental, y con ello garantice la primacía que inicialmente corresponde a esta especie normativa.[24] Es muy

[19] Hesse (1999, p. 139, n. 7) y BVerfGE 83, 130 (139).
[20] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 258-259) (precisando además que los límites a los derechos fundamentales pueden estar previstos por preceptos constitucionales o infraconstitucionales para cuya expedición faculta la ley suprema) y Klatt y Meister (2017, pp. 14-18) (hablando de la doble primacía iusfundamental: definitiva frente a posiciones jurídicas ordinarias, y *prima facie* frente a las que tienen rango constitucional).
[21] *Cfr.* Alexy (2001, p. 122) y Sánchez Gil (2008, pp. 294-296).
[22] Que así sucede siempre, o casi, es la opinión de Klatt y Meister (2014, pp. 194-195). *Cfr.* "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a CIII/2010, p. 184: "casi cualquier pretensión puede ser exitosamente presentada como […] incluida de algún modo dentro del ámbito de protección de uno u otro derecho fundamental".
[23] El cual desde luego puede desprenderse de la Constitución formal o de cualquier otro integrante del bloque de constitucionalidad, como indica Cárdenas Gracia (2014, p. 73).
[24] BVerfGE 28, 243 (260-261): "El sistema de normas, institutos e instituciones de rango inferior a la Constitución no forman el parámetro *(Maßstab)* que sirve para interpretar las disposiciones cons-

importante identificar el principio constitucional cuya realización se opone a un derecho fundamental, y hacerlo con toda precisión (Cárdenas Gracia, 2014, n. 23), no sólo para justificar su intervención en términos jerárquicos, sino también para determinar la materia que será objeto del examen de proporcionalidad y en consecuencia su resultado; no es difícil imaginar por qué la desacertada identificación de los principios constitucionales en colisión dará lugar a una solución equivocada.[25]

Se advierte con facilidad por qué son concomitantes —si no fueran lo mismo— la determinación del fin legítimo y la configuración de un conflicto constitucional que deberá resolver un análisis de proporcionalidad. Hasta que el fin legítimo se configura con rango constitucional y se adscribe a un principio con esta jerarquía, no se presenta una colisión de principios constitucionales que debe resolverse determinando cuál es más importante en el caso particular.

La intervención gratuita en un derecho fundamental, es decir, carente de finalidad alguna, se halla evidente y rotundamente prohibida. Es claro que una intervención impulsada por una finalidad carente de grado constitucional tampoco podría superar la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Sólo una afectación avalada por un fin "legítimo", o sea, sustantivamente basado en una norma constitucional, podría intervenir en un derecho fundamental, pero dicho fin por sí solo aún sería insuficiente para justificar esta acción.

Hasta el momento, el operador jurídico ha realizado una actividad interpretativa que apenas diagnostica el problema central: la colisión de principios constitucionales; *nada se ha resuelto sobre su solución,* por no haberse determinado aún si se han *optimizado* estas posiciones jurídicas

---

titucionales […] Sólo los derechos fundamentales de una tercera persona que entren en colisión y otros valores jurídicos dotados de rango constitucional son, considerando la unidad de la Constitución y la totalidad del orden axiológico protegido por ella, capaces de limitar en relaciones particulares *aun* los derechos fundamentales que no pueden restringirse" (cursivas añadidas).

[25] Véase Alexy (2008, pp. 41-42) (advirtiendo que "[l]os principios acumulados no pueden ser substancialmente redundantes", porque "[s]us objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes").

fundamentales a las que debe darse plena eficacia. Que la intervención en un derecho fundamental esté avalada por un "fin legítimo", por plausible que sea, no representa por sí solo justificación alguna, pues esta restricción podría no ajustarse al cumplimiento de dicho propósito.

Como se expresó en una de las primeras reflexiones mexicanas sobre este concepto, no basta la buena intención al intervenir en un derecho fundamental (Cossío Díaz, 2006, pp. 320-330); también se requiere que ello sea *idóneo, necesario* y *proporcionado en sentido estricto* a un fin constitucionalmente válido,[26] analizar estos últimos aspectos es en lo que realmente consiste el examen de proporcionalidad. Aun estando explícitamente autorizada la restricción de un derecho fundamental por la Constitución para lograr un determinado objetivo, éste no puede alcanzarse indiscriminadamente y dicha habilitación no basta para que el legislador —o cualquier otra autoridad— perjudique aquel derecho de cualquier manera—.[27]

3. Idoneidad y necesidad

Entendiendo los derechos fundamentales como principios sujetos a un mandato de optimización según el cual deben realizarse en la máxima medida posible con relación a las posibilidades materiales y jurídicas, el examen de proporcionalidad puede entenderse dividido en dos segmentos: uno que atañe a dichas primeras posibilidades mencionadas y otro a las segundas (Alexy, 2001, pp. 75 y 100-101). Aunque la división es más bien esquemática, el primer segmento corresponde a las fases relativas a los subprincipios de idoneidad y necesidad, a los que me abocaré en la presente sección; y el segundo toca al análisis de la proporcionalidad en

[26] "PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, tesis 1a/J. 7/2019 (10a), p. 495.
[27] Véase "DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RELACIÓN CON SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES NO DEBE PLANTEARSE EN TÉRMINOS ABSOLUTOS", Pleno, *idem,* 10a época, lib. 74, enero de 2020, tomo I, tesis P. II/2019 (10a), p. 561. *Cfr.* BVerfGE 7, 377 (403-404) (concluyendo que "del contenido del derecho fundamental se genera una limitación al contenido de [la] discrecionalidad legislativa").

sentido estricto de una medida que interviene en un derecho fundamental, que trataré en el subapartado inmediato siguiente.

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. Si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a ello, alegarlo es simplemente un pretexto para intervenir en el derecho fundamental, y de tal manera esta afectación resultaría gratuita, inmotivada, injustificada. Es pertinente subrayar que la idoneidad no se refiere a que la restricción del derecho fundamental sea un medio directo o aislado para lograr el fin legítimo; basta que dicha restricción contribuya en algún grado a ello, para que supere esta fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

El criterio de *necesidad* exige que la intervención en el derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible, y en este sentido puede decirse que se trata del punto central del examen de proporcionalidad con cuya esencia coincide a la perfección.[28] Lo anterior puede darse en dos vertientes: ya sea porque dicha medida es la única disponible para lograr el fin legítimo que la justifica, o porque entre varias que cumplen este objetivo con la misma intensidad resulta la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en menor grado.[29] En el análisis de esta fase, atendiendo al principio de división de poderes se reconoce a las autoridades un gran margen de apreciación, y sus estimaciones han de obtener una importante deferencia, especialmente si se trata de las que efectúa el legislador a cuyo favor también juega el principio democrático.[30]

---

[28] Se trata de un "punto central" en un sentido más "topográfico" que ontológico. Klatt y Meister (2014: 196) consideran que la ponderación es el "núcleo" (*Herzstück)* del principio de proporcionalidad, pero la relación entre ambos conceptos es mucho más compleja. Véase lo dicho *infra*, nota 45, sobre la relación entre la ponderación y el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

[29] *Cfr.* BVerfG, 1 BvR 2926/13, 24 de junio de 2014, § 16, http://bit.ly/2be8Jyb.

[30] *Cfr.* Hartwig (2010, p. 788), Bernal Pulido (2005, p 790) y "ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 319, p. 3992.

Hasta aquí concluye el análisis de los aspectos materiales de la colisión de principios constitucionales por cuanto en estas fases del examen de proporcionalidad pueden evitarse los costos que el conflicto produce a las posiciones jurídicas contendientes. En este punto aún puede prevenirse el conflicto: si no se supera la idoneidad, resulta ser sólo aparente; si fuera la necesidad el aspecto reprobado, habría una alternativa que impediría o reduciría el costo para los principios en juego.[31] Pasado este punto, el sacrificio de alguno de ellos es inexorable;[32] la cuestión sería determinar con base en una evaluación del costo y del beneficio jurídico de cada posición, cuál de ellas habrá de prevalecer y —sobre todo— por qué, a lo que sirve la última fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

4. Ponderación

Finalmente, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como *ponderación* o *balancing*. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad.[33]

En la dogmática alemana son *sinónimas y alternativas* las fórmulas "proporcionalidad en sentido estricto", "ponderación" y "adecuación" *(Angemessenheit)*.[34] La segunda es preferida en el uso común; en la doctrina se emplea con menor frecuencia la última,[35] y en los últimos tiempos parece preferirla el lenguaje judicial[36] —quizá porque no evoca los conflictos

[31] *Cfr.* Alexy (2009, 8) y Michael y Morlok (2012, 291).
[32] *Cfr.* Guastini (1998, pp. 230-231).
[33] Alexy (2009, pp. 8-9, n. 32). Sin embargo, la relación entre "ponderación" y "proporcionalidad" es semánticamente problemática, pues desde algunos puntos de vista los exámenes de idoneidad y necesidad ya podrían verse como un ejercicio ponderativo. Respecto de algunos de estos problemas conceptuales, véase Villaseñor Goyzueta (2011, pp.100-102). Particularmente sobre la difusa línea divisoria entre la necesidad y la ponderación, véase Borowski (2020).
[34] *Cfr.* Michael y Morlok (2012, p. 297, n. 32). Véase también Bernal Pulido (2005, 760, n. 7).
[35] Como ejemplo de este último uso, véase Klatt y Meister, 2017. Los mismos autores emplearon el término *ponderación (Abwägung)* en un trabajo dirigido a estudiantes y profesionales, lo que ilustra esta diferencia terminológica (Klatt y Meister, 2014, pp. 195 y ss.).
[36] Véase BVerfG, 2 BvR 2347/15, 26 de febrero de 2020, http://bit.ly/32saJsO, § 53-55, 223 y 264-265 (el ya célebre caso sobre el derecho al "deceso autodeterminado" *[selbstbestimmtes Sterben]*).

escolásticos de las otras—, aunque resulta criticable por ser "mucho más oscur[a] que l[a]s demás", como también opina Matthias Klatt.[37] Pero estas diferencias son meramente formales y en nada cambian la esencia de los conceptos que refieren.

Usaré en lo sucesivo el término *ponderación* para referir esta última etapa del examen de proporcionalidad *lato sensu*. Pienso que es acertado este término por su amplia difusión en el ámbito hispanoparlante y por su simplicidad, pero sobre todo porque evita confundir los sentidos amplio y estricto de la proporcionalidad, y la idoneidad con la "adecuación".

La ponderación aparenta ser un procedimiento azaroso, sujeto a la arbitrariedad del operador jurídico. Da la impresión de ser una simple prestidigitación con la cual especialmente el operador jurídico trata de convencernos de la supuesta racionalidad de su decisión tomada *ad libitum*.[38] Pero lejos de obtenerse por intuición o tanteo, indeseables en el razonamiento jurídico,[39] el resultado de esta valoración está determinado por un parámetro objetivo fundamental consistente en una "ley de la ponderación" de carácter abstracto y formal, que expresa la relación objetiva que formalmente guardan los principios en colisión, y que Alexy formuló de esta manera: "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" (Alexy, 2009, p. 146).

En virtud de esta ley, la ponderación se efectúa en tres pasos elementales: 1) valorar la importancia de la posición que en el caso guarda el derecho fundamental conforme al grado de incumplimiento o perjuicio que se le ocasiona; 2) valorar los mismos aspectos con relación al principio que

---

[37] Correo electrónico de Matthias Klatt para Rubén Sánchez Gil, 18 de junio de 2020, 9:57 (Tiempo del Centro) (archivo del autor).

[38] *Cfr.* Alexy (2009, p. 143).

[39] "Tampoco debería un juez basar una respuesta a esa cuestión [sobre qué principio ha de prevalecer] en su propia ponderación intuitiva del daño frente a la necesidad —sin decir cómo funciona esa ponderación—" (Breyer, 2010, p. 170).

impulsa dicha intervención; y 3) determinar si la importancia de realizar uno de estos principios compensa la insatisfacción que produce a su contrario, y establecer a la vista de todas las circunstancias del caso cuál de ellos amerita mayor protección.[40] Así, 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", y así elaborar una "regla de precedencia condicionada", es decir, una norma que indique las circunstancias en que ha de preferirse una posición sobre otra.[41]

El siguiente problema metodológico ha sido cómo valorar cada posición en la ponderación. 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—,[42] y con la cual responde a la crítica relativa al elevado nivel de abstracción de la ley de la ponderación y la necesidad de elaborar una ley intermedia que, basada en aquélla, sirva para transitar a los niveles concretos de ponderación de cada caso particular.[43] Esta fórmula propone un procedimiento mediante el cual se concretizan los grados de afectación que en su colisión sufren el derecho fundamental por la intervención, y el fin legítimo en caso de no ser satisfecho, de conformidad con tres parámetros: 1) la intensidad de dichos perjuicios, 2) la importancia constitucional abstracta de cada principio y 3) la certeza con la que se les causaría dicha afectación.[44]

---

[40] *Cfr.* Alexy (2009, 9) y BVerfGE 7, 198 (210-211) —el célebre caso *Lüth*—.

[41] *Cfr.* Alexy (2009, p. 79-84) (cursivas del original suprimidas). Si esta "regla de precedencia condicionada" tiene carácter constitucional y por ende influye sobre los alcances de los principios constitucionales relevantes como dice Alexy, o se trata de una regla de naturaleza infraconstitucional relativa sólo a la medida en que en un caso concreto debe realizarse dichos principios como sostiene Barak (2012, pp. 41 y 239), es una discusión con alcances teóricos con poca o nula incidencia práctica.

[42] Alexy (2008, pp. 41-42, n. 25). Véanse algunos matices expresados en su "Epílogo a la 'Teoría de los derechos fundamentales'" (2002, pp. 13-64).

[43] Véase Barak (2012, pp. 542-543, n. 8).

[44] Abundando sobre la fórmula del peso alexiana, véase Sánchez Gil, Rubén, estudio preliminar a Klatt y Meister (2014, pp. XXVII- XXXIII) y Klatt, en esta misma obra.

La estructura formal de la ponderación y su "fórmula del peso" encauzan el razonamiento para solucionar el conflicto mostrando lo que es necesario justificar y demostrar para decidir en lo que a ello se refiere. Por supuesto, tales estructuras formales —y tampoco ninguna metodología por sí sola— puede asegurar que se empleen las premisas correctas y que se reflexione adecuadamente. Pero impiden tener la ponderación por un ejercicio de pura subjetividad,[45] porque permiten hacer valer todos los argumentos necesarios para sostener sus extremos, conduciendo y transparentando los razonamientos del operador jurídico, y con ello obteniendo control sobre ellos y mayor precisión en su realización.[46]

C. Recepción y consolidación en México

I. Tesis jurisprudencial P./J. 130/2007

Aunque no explícitamente, los tribunales federales mexicanos han realizado esfuerzos por aplicar el principio de proporcionalidad desde mediados de la década de 1990, a veces siguiendo literalmente diversas sentencias del Tribunal Constitucional español[47] que hizo lo propio con el alemán.[48] Un ejemplo significativo de esta época es el primer caso en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aplicó una formulación relativamente clara del principio de proporcionalidad para valorar los tratos diferenciados en normas fiscales; para ello, reprodujo los términos de una sentencia española;[49] sin embargo, lo hizo de modo incompleto, y así no pudo expresar con claridad las razones de su decisión.

Hubo diversos pronunciamientos de la SCJN atinentes al principio de proporcionalidad, pero ninguno lo expresó con carácter vinculante y

[45] Como insinúa Guastini (2001, pp. 145-147) (en términos más precisos que en Guastini [1998, pp. 230-231], por atribuir "doble discrecionalidad" a quien pondera).
[46] *Cfr.* Klatt y Meister (2014, pp. 27-29 y 40-42) y Breyer (2010, pp. 170-171).
[47] Para un recuento de los primeros precedentes mexicanos sobre este tema, véase Sánchez Gil, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana" (Carbonell 2008, pp. 252 y ss.).
[48] *Cfr.* Alvez (2010, pp. 374-375 y 381).
[49] STC 76/1990, FJ. 9, inc. A).

de modo genérico para cualquier materia. El principio de proporcionalidad se presentaba apenas como una herramienta de juicio más a la disposición potestativa de los tribunales, con alcances meramente específicos y con un carácter prácticamente anecdótico. Esta situación cambió cuando el Pleno del Máximo Tribunal estableció la jurisprudencia P./J. 130/2007:

> De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una *finalidad* constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, *idónea,* apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser *necesaria,* es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y d) estar *justificada en razones constitucionales*. Lo anterior conforme al *principio de legalidad,* de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.[50]

Con este criterio vinculante, la SCJN arraigó el principio de proporcionalidad en el ordenamiento mexicano. En resumen, su Tribunal Pleno: 1) enumeró con claridad básica las *fases clásicas* del examen de proporcionalidad, aunque la de ponderación no está nítidamente descrita en dicha tesis; 2) estableció dicho examen de modo *imperativo* en términos generales, no relacionados con un tema específico, y 3) asumió que su fundamento constitucional es el "principio de legalidad" en sus vertientes de prohibición del exceso de poder y de la arbitrariedad.[51]

Sobre esto último es preciso detenernos, porque para adoptar el principio de proporcionalidad como pauta de la intervención en los derechos

[50] "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 321, p. 1310.
[51] Véase Sánchez Gil (2009, pp. 481-485).

fundamentales conviene un apoyo constitucional explícito[52] o implícito, pues dicho parámetro implica acotar atribuciones que la ley suprema discierne a los órganos estatales —especialmente los parlamentarios— para limitar aquellos derechos.[53]

Específicamente, en el ordenamiento mexicano, la *garantía de motivación material* que prevé el artículo 16 constitucional es el principal fundamento para emplear el principio de proporcionalidad como criterio de validación de las intervenciones en los derechos fundamentales.[54] El señalamiento de la Suprema Corte en la jurisprudencia señalada corrobora lo anterior, pues la necesidad de justificación material para intervenir un derecho fundamental, en el cual se traduce aquella garantía, es el único aspecto del principio de legalidad que prevé el artículo 16 constitucional con el que puede vincularse la idea de proporcionalidad.[55] Actualmente, con esta garantía debe, además, relacionarse el artículo 1o. constitucional como sede implícita del mandato de optimización de los derechos fundamentales, conforme al cual debe asegurarse su goce "en los más amplios términos";[56] y como continente expreso de los deberes estatales de respeto, protección y promoción de los derechos reconocidos por la Constitución.

---

[52] En este rubro es ejemplar el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "*Cualquier* limitación del ejercicio de los derechos […] deberá ser […] respetar el contenido esencial […] respetando el principio de *proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general…" (cursivas añadidas).

[53] *Cfr.* Barak (2012; p. 211) y Díez Gargari (2012, pp. 83 y 92).

[54] Véase Sánchez Gil (2007, pp. 63-74). Sobre el principio de Estado de derecho como fundamento del examen de proporcionalidad, véase Barak (2012, pp. 226-234).

[55] Sobre la motivación como elemento de la garantía de legalidad, por todos véase "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995,* t. VI, tesis 264, p. 178. Concluyendo que "el derecho a la justificación es un derecho a la proporcionalidad, y el primero es la base moral del último", por lo cual "los derechos constitucionales […] necesariamente implican el principio de proporcionalidad", véase Klatt (2019, p. 191).

[56] "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 10, p. 827. Véase también "CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXIV, agosto de 2011, tesis P. XII/2011, p. 23 (expresando que "los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización").

II. Acción de inconstitucionalidad 2/2014

De la máxima importancia para el arraigo del principio de proporcionalidad en México es la acción de inconstitucionalidad 2/2014.[57] Dado el carácter rudimentario de la jurisprudencia P./J. 130/2007, este precedente puede considerarse como el más sólido fundamento jurisprudencial del examen de proporcionalidad por su naturaleza y claridad.

Se trata de una decisión adoptada por mayoría calificada de ocho votos[58] y, por ende, *vinculante*. En ella, el Pleno de la SCJN planteó el principio de proporcionalidad con nitidez y precisión técnica, encumbrándolo como la técnica *taxativamente* indicada para resolver la colisión de principios constitucionales, particularmente tratándose de los alcances de los derechos fundamentales frente a su afectación legislativa.

Aunque el caso versó acerca de la proporcionalidad de las penas que dispone el artículo 22 constitucional, para fundar su decisión, el Máximo Tribunal expuso el principio de proporcionalidad como premisa básica de su *ratio decidendi* en términos *generales y amplios,* sin limitarlo a un área jurídica específica. Sentados así los perfiles de la proporcionalidad como "límite de los límites" a los derechos fundamentales, la Suprema Corte simplemente subsumió el caso en este concepto general.

En esta resolución, nuestro Tribunal Constitucional afirmó distintas posiciones que consolidan el principio de proporcionalidad y sus postulados teóricos y dogmáticos. Señaló que: 1) "cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad constitucional", para impedir "que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal"; 2) toda restricción a los derechos fun-

[57] *Diario Oficial de la Federación,* 23 de marzo de 2015, 5a sección, con. V, § III, pp. 73-75 (ejecutoria publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 10 de abril de 2015; en adelante se referirá por aquella publicación).
[58] Sin embargo, en la respectiva sesión estuvieron ausentes los ministros Sergio A. Valls Hernández y presidente Juan N. Silva Meza.

damentales debe basarse en una "relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar [el legislador] a través de la medida de intervención respectiva"; 3) la jurisprudencia P./J. 130/2007 es el ancla del principio de "razonabilidad" o "proporcionalidad jurídica" en nuestro sistema jurídico; 4) "el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad; de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar con exceso de poder o de manera arbitraria" (sujetando así al Poder Legislativo a la garantía de motivación material); y 5) debe emplearse su fórmula clásica alemana: fin legítimo, idoneidad, necesidad y "razonabilidad" (concepto que usó en vez de "ponderación" o "proporcionalidad en sentido estricto", pero con indudable alusión a ésta y en términos muy apegados a la doctrina de Alexy).[59]

III. Caso "Marihuana"

Al resolver el amparo en revisión 237/2014 sobre el uso lúdico de la marihuana, la SCJN formuló la mejor exposición del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. De este asunto derivó la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.):

> El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse *si la medida legislativa impugnada efectivamente limita el derecho fundamental*. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas

[59] Acción de inconstitucionalidad 2/2014, p. 74 (n. 57): "la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una *finalidad constitucionalmente legítima*; b) debe ser adecuada, *idónea,* apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser *necesaria,* es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser *razonable,* de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención" (cursivas añadidas).

> cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase debe examinarse *si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho*. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un *fin constitucionalmente válido;* (ii) que la medida resulte *idónea* para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que *no existan medidas alternativas* igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que *el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación* provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.[60]

Contra las apariencias, este criterio no debería considerarse una mera "tesis aislada", pues si bien aún carece del fuerte efecto vinculante de los

[60] "TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915 (cursivas añadidas).

precedentes antes señalados, por su vinculación sustantiva éstos lo apoyan para incrementar su autoridad, aparte de que los resultados de su aplicación parecen ya haberse reiterado suficientemente.[61] La aportación de este precedente a la indicada línea jurisprudencial radica en el detalle con que explica cómo examinar la proporcionalidad de una medida que interviene en un derecho fundamental; y en la precisión de sus términos, que se apegan a la ortodoxia teórica de este concepto —aunque parece distinguir cuatro fases del examen de proporcionalidad incluyendo la determinación del fin legítimo como una de ellas—.[62] Además, este criterio tiene gran utilidad práctica porque, a diferencia de lo acontecido con la acción de inconstitucionalidad 2/2014, su sistematización cumple una función pedagógica muy útil para divulgar el principio de proporcionalidad en México.

IV. Jurisprudencia interamericana

Last but not least, distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emplean esencialmente el principio de proporcionalidad para enjuiciar las restricciones a los derechos que reconoce el Pacto de San José, y para estimar si resultan necesarios en una sociedad democrática.[63] En nuestro contexto, son relevantes dos precedentes de este tribunal internacional.

En *Kimel vs. Argentina,* la Corte Interamericana estableció que la restricción a los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe satisfacer los criterios de *idoneidad, necesidad* y *estricta proporcionalidad;* y explicó con claridad en qué consisten éstos de

[61] Como sugieren las posteriores tesis jurisprudenciales relativas al consumo lúdico de marihuana como la referida *supra,* n. 27.
[62] Véase lo dicho al respecto *supra,* § 2.2.1. Otro punto plausible de la resolución de este asunto fue que la Suprema Corte expidió sendas tesis para enseñar con mayor precisión cada fase de dicho examen: 1) 1a. CCLXV/2016 (reg. 2013143); 2) 1a. CCLXVIII/2016 (reg. 2013152); 3) 1a. CCLXX/2016 (reg. 2013154); y 4) 1a. CCLXXII/2016 (reg. 2013136).
[63] Véanse Sánchez Gil (2009, pp. 249-252, n. 51), *Ricardo Canese vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, § 96 y 129, y Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller (2014, pp. 732-733).

manera congruente a la formulación clásica del principio de proporcionalidad *lato sensu*.[64] Llama particularmente la atención que en esta sentencia el tribunal interamericano explicó la ponderación en términos claramente tomados de Robert Alexy.[65]

Por último, aunque sin la precisión de la anterior, en una sentencia condenatoria para nuestro país, la Corte Interamericana afirmó que la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser "necesaria en una sociedad democrática", debiéndose entender por ello que ha de "ajusta[rse] estrechamente" a lograr un "interés público imperativo",[66] lo que enuncia la esencia del principio de proporcionalidad en sentido lato.

D. ¿Es optativo el examen de proporcionalidad?

I. La jurisprudencia 2a./J. 10/2019

El 17 de octubre de 2018, la Segunda Sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 388/2018 y sentó el criterio de que es *optativo* examinar la proporcionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. En menos de un mes, el 14 de noviembre de 2018,[67] la misma Sala

[64] Fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84. Reiterado esencialmente en Álvarez Ramos vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2019, § 104-108.

[65] *Cfr. Kimel vs. Argentina, cit.*, nota 64, § 84, y Alexy (2009, p. 9).

[66] *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186; *cfr. supra,* nota 4. Véanse en general "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. III, diciembre de 2011, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556; y CoIDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, § 61, 68, 74 y 81.

[67] No estoy en contra, pero llama la atención la práctica de la Suprema Corte de la necesidad de resolver los asuntos "en diferentes sesiones" para sentar jurisprudencia por reiteración según los artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo. Es frecuente que en sólo dos sesiones se resuelvan asuntos con ese propósito, contra la intención de estas disposiciones de que haya un estudio extendido en el tiempo para establecer un criterio jurisprudencial. Otro ejemplo de esta práctica puede verse en "RENTA. EL ARTÍCULO 28, FRACCIÓN XXX, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE

resolvió otros cuatro asuntos[68] en los que llegó a la misma conclusión repitiendo literalmente —salvo minucias insignificantes— los términos de aquella ejecutoria. Estos precedentes generaron la jurisprudencia 2a./J. 10/2019 según la cual, en síntesis, "el juzgador puede emplear diversos métodos […] que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto", por lo que le resultaría meramente potestativo examinar la proporcionalidad de una intervención en un derecho fundamental.[69]

Todos estos asuntos fueron promovidos por aerolíneas contra las reformas a la Ley de Aviación Civil y a Ley Federal de Protección al Consumidor publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de junio de 2017.[70] Por lo que respecta a nuestro tema, en general las quejosas alegaron esencialmente que se vulneraron sus derechos humanos "a la libertad de comercio, la propiedad, el desarrollo económico por una adecuada rectoría económica del [E]stado y la libre competencia", pues "aun cuando pudiera considerarse que persiguen un fin legítimo, lo cierto es que [las medidas impugnadas] no son idóneas, necesarias ni proporcionales".[71]

Las siguientes son las más importantes razones de la Segunda Sala para decidir en el sentido del indicado criterio jurisprudencial, de acuerdo

---

A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2014, AL LIMITAR LA DEDUCCIÓN DE LAS EROGACIONES QUE A SU VEZ CONSTITUYAN INGRESOS EXENTOS PARA LOS TRABAJADORES, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 37, diciembre de 2016, t. I, p. 684.

[68] Amparos en revisión 583/2018 (pp. 28-36); 635/2018 (pp. 28-36); 579/2018 (§ 65-86; pp. 19-26); y 717/2018 (§ 72-98; pp. 21-30).

[69] *Cfr.* "TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, p. 838.

[70] Lo anterior conforme a la síntesis que al comienzo de su respectiva ejecutoria tienen los amparos en revisión 388/2018; 579/2018 y 717/2018. En el considerando sexto de sus resoluciones, los amparos en revisión 583/2018 y 635/2018 sólo señalan que se reclamó que los preceptos impugnados "violan los principios de razonabilidad y proporcionalidad". No obstante esta diferencia, por la naturaleza de estos asuntos puede suponerse que todas las quejosas presentaron la misma demanda.

[71] Amparo en revisión 388/2018, § 45, pp. 14-15.

con la ejecutoria que lo fundó y a la cual en adelante me referiré de modo exclusivo:[72]

- En Alemania, a la proporcionalidad "no se le dio carácter de norma jurídica ni mucho menos se le reconoció como un derecho fundamental o como un verdadero principio", ni se consagra en su Constitución, sino que su origen en ese país "se encuentra en los fallos de su Tribunal Constitucional que [lo empleó] para resolver algunos casos" (§ 56).
- En México, "tampoco se incorporó al texto constitucional ni se le elevó a derecho fundamental" (§ 57).
- Otro método interpretativo es el *escrutinio judicial* y sus diversos niveles, importado de los Estados Unidos y empleado en México particularmente en relación con las "categorías sospechosas" (§ 58-60).
- También se ha empleado en nuestro país la *interpretación conforme a la Constitución* —entendida en su sentido original, y no como la referencia a tratados internacionales, lo que me parece muy correcto—, y la *inaplicación o expulsión* de la norma cuando dicha interpretación es inviable (§ 61).
- Hay otras técnicas como la "ponderación", no en el sentido de Alexy, sino de la "valoración de las consecuencias de la toma de una decisión", y las interpretaciones sistemática, gramatical y teleológica (§ 62).
- Al juzgador "corresponde decidir, en cada caso concreto, cuál de esos métodos es el más apto o idóneo", pues su labor es resolver "si ha existido o no violación a un derecho humano, para lo que habrá de ejercer su libertad de jurisdicción" (§ 63).
- Las técnicas para enjuiciar las violaciones a los derechos fundamentales son sólo "herramientas", y no derechos humanos ni principios constitucionales en sí mismos (§ 64.b).

[72] *Ibidem*, § 43-69; pp. 13-22.

- El examen de proporcionalidad "es tan sólo uno de los tantos métodos que puede o no ser utilizado", y al juez corresponde determinar cuál usar (§ 64.c, 64.d y 66). Para lo anterior deberá analizar: 1) el derecho constitucional invocado, 2) si se trata de una "limitación gradual" o de una "restricción" al mismo, 3) los intereses en juego, 4) la "intensidad" de la violación alegada, y 5) la "naturaleza jurídica y regulatoria" de la norma impugnada" (§ 64.f).
- "[N]o existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad", así es que "resulta inexacto que sea la *única manera* de verificar si una norma es o no contraria a derechos humanos" (§ 65; énfasis en el original).
- El mero hecho de que en la demanda se alegue la falta de proporcionalidad, o la ausencia de idoneidad y necesidad de la limitación a un derecho fundamental, no obliga al tribunal a realizar el examen correspondiente (§ 67), pues ello supondría restringir su "libertad de jurisdicción" (§ 68).

La idea de que el examen de proporcionalidad es optativo no es nueva en México; ya había sido formulada por la propia Segunda Sala de la SCJN antes de la consagración jurisprudencial de dicha técnica en nuestro país, en los términos esenciales con que se presenta en esta ocasión.[73] Pero la diferencia de la proposición actual es que negar la aplicación taxativa del principio de proporcionalidad es particularmente grave porque no sólo contraviene la jurisprudencia vinculante del Pleno del Máximo Tribunal,[74] sino también la reforzada protección que otorgó a los derechos fundamentales la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

En realidad, la cuestión de si el examen de proporcionalidad es una técnica optativa de interpretación constitucional es una versión moderna, más sofisticada, de la "solución" que había dado la SCJN al problema de

[73] Amparo en revisión 143/2007, 13 de junio de 2007, con. III, pp. 38-43.
[74] Véase *supra,* § 3.

la pluralidad de "métodos" de interpretación, también en el sentido de que el juez está en libertad de escoger el que le parezca "más adecuado".[75] Señalar sin más que el juzgador puede resolver conforme a la técnica de interpretación que considere mejor, no sólo omite resolver cuestión alguna, sino que además *propicia la arbitrariedad* del intérprete judicial: el problema más importante respecto de las técnicas interpretativas no es inventariarlas, sino establecer la preferencia entre ellas, pues "diferentes cánones *(Kanon)* pueden conducir a diferentes resultados".[76]

Indicar que el juzgador puede escoger *ad libitum* el procedimiento interpretativo, comporta abandonar los alcances del derecho a las consideraciones subjetivas del operador jurídico. No muy diferente es indicar lineamientos genéricos —como los señalados en el párrafo 64.f de la ejecutoria comentada, sobre los que luego abundaré—, pues ellos tampoco precisan qué técnicas interpretativas deberían usarse en determinadas situaciones. La pregunta sigue siendo la misma: ¿"más adecuada" para qué ha de ser la técnica que debiera emplear el juzgador?

Como mero postulado formal, este principio de "determinación adecuada" *(Verhältnisbestimmung)* de los métodos de interpretación podría ser "plausible y fiable", y este punto es atribuible a favor de la ejecutoria que analizamos. Pero quizá este problema no pueda tener una respuesta con validez general, sino una vinculada a situaciones determinadas, pero con suficiente objetividad para establecer cuándo es o no "adecuado" usar una herramienta interpretativa. Si no fuera así, y se tuviera por "definitivamente irresoluble" el problema de la adecuación de las técnicas interpretativas, "no habría una superación de los problemas del

[75] "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XIX, junio de 2004, tesis 1a. LXXII/2004, p. 234 (señalando, sin embargo, que "en principio deberá utilizarse el [método] literal" [lo que en realidad no soluciona nada, pues toda interpretación tiene el texto como referencia inicial]).
[76] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 19 y 303).

descubrimiento jurídico que inspire mayor o menor confianza", y nos hallaríamos a merced del "decisionismo de las sentencias de los tribunales terminales" (Engisch, 2010, p. 153).

II. Análisis crítico

1. Enfoque hermenéutico

Nuestro problema puede hallar solución con una comprensión hermenéutica moderna.[77] La interpretación es un procedimiento *muy complejo* y debemos guardarnos de simplificarlo apresuradamente.[78] No sólo consiste en esclarecer el sentido de las disposiciones de un texto, sino en adjudicarle un significado dentro de un determinado contexto para calificar normativamente la conducta de determinados sujetos. Esto se realiza creando una norma jurídica abstracta que reformula el texto —resultando así análoga a él— con las especificaciones que correspondan para ser inmediatamente aplicable a una situación particular.[79] No se trata de un procedimiento "lineal", sino de una espiral en la que el intérprete va una y otra vez al texto y al problema que busca solucionar, pero siempre alcanzando un nivel diferente, hasta que decide que ha obtenido una "solución satisfactoria" a la vista de "las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo" (Recaséns Siches, 1999, p. 661).

Si la interpretación jurídica, y en especial la constitucional, tiene algún "método" —en el sentido de "procedimiento"—, éste consiste en una *argumentación dialéctica* en la que "se hacen valer razones, otras son contrapuestas a ellas y finalmente las mejores han de inclinar la balanza".[80] En efecto, estas razones han de ser las "más adecuadas", pero deben serlo para algo más que las "valoraciones propias, sólo relativamente válidas" del intérprete,[81] y este parámetro se determina por una *ideología* que,

[77] En lo sucesivo, como referencia general véase Sánchez Gil (2008, pp. 15 y ss).
[78] Véase Morin (2005, p. 47).
[79] *Cfr.* Guastini (1998, p. 8).
[80] *Cfr.* BVerfGE 82, 30 (38-39).
[81] *Supra,* nota 77.

entre otros, incluye una determinada concepción del derecho —general, constitucional y iusfundamental en particular[82]— y de la labor de sus operadores y que se forma primordialmente por las valoraciones que *objetivamente* informan el ordenamiento jurídico.[83]

Si bien es cierto que está en manos del intérprete seleccionar el instrumento "más adecuado" para llevar a cabo su labor, ello no quiere decir que le esté permitido incurrir en arbitrariedad, o que "la determinación de las relaciones entre los cánones de interpretación esté siempre abierta y cada vez haya que efectuarse de nuevo". El operador jurídico debe ajustarse a estas *valoraciones objetivas del sistema jurídico,* que expresan primordialmente las *disposiciones constitucionales* y los *precedentes judiciales* que les dan sentido; y, además, con base en el principio de universabilidad *(Universalisierbarkeit),* buscar una solución que pueda generalizarse y abarcar todos los casos con las mismas características esenciales.[84]

2. Exigencia constitucional

Empecemos por la imprecisa caracterización que la ejecutoria comentada expone sobre el principio de proporcionalidad en Alemania. El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de este país dispone que "[e]n ningún caso podrá tocarse *(antasten)* el contenido esencial *(Wesensgehalt)* de los derechos fundamentales"; la doctrina alemana ha reconocido que justo el principio de proporcionalidad es la garantía de dicho contenido esencial.[85] Pero sobre todo, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado

[82] Sobre la trascendencia de la teoría y la dogmática de los derechos fundamentales en su interpretación, la literatura alemana cuenta con el clásico trabajo de Böckenförde (1974, pp. 1529-1538). Para un resumen de este ensayo, basado en su versión española, véase Carbonell (2006, 33-44).
[83] Véanse Sánchez Gil (2008, pp. 39-41 y 388-389) (comentando *supra,* nota 75).
[84] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 305-306, n. 76). Sobre el principio de universabilidad, véanse Alexy (2001, pp. 335-336) y Lara Chagoyán (2007, pp. 221-247). Para una visión moderna en México del precedente judicial como fuente de racionalidad y seguridad jurídica, en particular sobre temas como el autoprecedente y el cambio jurisprudencial, véase Bernal Pulido, Camarena González y Martínez Verástegui (2018).
[85] Sobre la relación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, véase Sánchez Gil (2009, pp. 111-115, n. 4).

que este principio deriva particularmente de "la esencia *(Wesen)* misma de los derechos fundamentales", los cuales no pueden ser limitados si no fuera "imprescindible" para realizar un fin legítimo;[86] y de acuerdo con la doctrina dominante, esta postura judicial implica que pese a que la proporcionalidad no pueda adscribirse a una específica disposición constitucional, "su fundamento estriba sin más en la estructura de principios" que tienen las normas iusfundamentales (Borowski, 2003, p. 129).

En Alemania, el principio de proporcionalidad no es un concepto anecdóticamente aplicado por el Tribunal Constitucional Federal;[87] por el contrario, es uno de los más importantes que aprenden los estudiantes de Derecho (Klatt y Meister, 2014, p. 193, n. 8), y no hay manual de Derechos Fundamentales que carezca de una sección dedicada a él.[88] En particular, dicho principio se ha consagrado en ese país como el "argumento decisivo" para calificar el cumplimiento del principio de igualdad, vertiente que el tribunal de Karlsruhe ha "desarrollado impresionantemente" incluso antes que la doctrina (Borowski, 2003, p. 197).

La idea del "contenido esencial" de los derechos fundamentales también ha sido propuesta por la jurisprudencia mexicana que consagró el principio de proporcionalidad.[89] En particular, los términos de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2014 son muy claros sobre la relación entre ambos conceptos, y también en apuntar hacia la garantía de

---

[86] *Cfr. supra,* nota 4.

[87] Dicho tribunal concluyó que "*excepcionalmente* ninguna ponderación [era] necesaria" (cursivas añadidas); pero lo hizo en vista de diversos precedentes que ya habían establecido reglas para el supuesto específico que enjuició, y no sin considerar "la ocasión y el contexto", lo que en realidad importa una mínima —pero efectiva— ponderación de la "intensidad" de la afectación al derecho fundamental en conflicto con el del reclamante. Véase 1 BvR 2433/17, 14 de junio de 2019, http://bit.ly/2y2qQ22, § 16-21.

[88] Como los citados Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher (2014, p. 65) y Alexy (2012, p. 291).

[89] Pleno, amparo en revisión 307/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXVII, abril de 2008, pp. 830-831 (precedente relacionado con la jurisprudencia P./J. 130/2007). Véase también "LIBERTAD DE TRABAJO. LA GARANTÍA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL NO IMPIDE AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA REGLAMENTAR LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN SOBRE ESTA MATERIA", Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* 8a. época, t. VI, primera parte, julio a diciembre de 1990, p. 227.

motivación material del artículo 16 constitucional como fundamento del mencionado principio:

> Precisamente, uno de los caracteres esenciales de los derechos humanos se traduce en su capacidad de operar como límite a las decisiones mayoritarias (sea bajo la denominación de interés público o de derechos constitucionales de terceros). A ese respecto, cobran relevancia los conceptos de *contenido esencial* y *proporcionalidad* constitucional. / Dichos conceptos implican la idea de que el legislador bien puede limitar los derechos humanos con base en la Constitución, *siempre que lo haga de manera justificada,* es decir, estableciendo una relación de *proporcionalidad* entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva. / Del sistema jurídico mexicano, el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como *exigencia del principio de legalidad*; de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar con exceso de poder o de manera arbitraria.[90]

Sin embargo, reconocer el concepto de "contenido esencial" de los derechos fundamentales no es el argumento definitivo que sostiene el principio de proporcionalidad en el ordenamiento mexicano. Y aunque bastaría para ello, tampoco lo es la sola autoridad formal de la jurisprudencia vinculante del Pleno de nuestro Máximo Tribunal —apoyada por la interamericana—,[91] que la Segunda Sala pasó por alto negando la exigencia constitucional y jurisprudencial del examen de proporcionalidad. Lo verdaderamente decisivo para fundar el principio de proporcionalidad es el *mandato de optimización* de los derechos fundamentales del que el principio de proporcionalidad es corolario,[92] y que debemos tener

[90] *Cit.,* nota 57, pp. 73-74.
[91] *Supra,* § 3.
[92] Véase Sánchez Gil (2009, pp. 29-30, n. 3). El mandato de optimización es signo inequívoco de una concepción constitucional axiológica que tiene muchas implicaciones, entre ellas potenciar la eficacia de los derechos fundamentales y aplicar el principio de proporcionalidad como sugiere Barak (2012, pp. 40-41); sobre dicha concepción, véase Sánchez Gil (2015, pp. 637-660) (especialmente 643-644).

como un postulado fundamental —de ahí su carácter tácito[93]— en nuestro sistema jurídico.

Desde antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, en México se ha reconocido el mandato de optimización de los derechos fundamentales como previsto por el artículo 1o. constitucional, y en el sentido de que los señalados derechos deben gozarse "en los más amplios términos".[94] Esta maximización de los derechos fundamentales hoy es más intensa, pues dicha reforma buscó "fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto […] de [los] derechos humanos" y "ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto".[95]

Si entendemos que en México existe un mandato constitucional para maximizar los alcances y la protección que brindan los derechos fundamentales, y que el Estado tiene la obligación positiva de protegerlos, ha de aceptarse que tales derechos se menoscaben sólo de modo indispensable para satisfacer un fin constitucionalmente válido. El examen de proporcionalidad es *el* procedimiento para enjuiciar de modo definitivo la pretendida necesidad de interferir con un derecho fundamental, porque dado su carácter comprehensivo, holístico, es la *única* técnica que permite encauzar y controlar al máximo el razonamiento judicial.[96]

---

[93] "Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto", Zagrebelsky (2003, p. 9). Véase también Tribe (2008, pp. 6-8) (exponiendo que "la Constitución *en todo momento* depende de fuentes extratextuales de significado" [cursivas en el original]).

[94] *Supra,* nota 56.

[95] "DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XXI, junio de 2013, t. 1, tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.), p. 602.

[96] *Cfr.* Alexy (2009, 8) y Michael y Morlok (2012, p. 291) (calificando de "holística" la teoría en que se basa el examen de proporcionalidad); y *supra,* n. 47. "La proporcionalidad es la técnica dominante de la aplicación judicial de los derechos en el mundo. *No es sólo un examen o un método entre muchos otros*; más bien, es el principal medio que permite estructurar procesos de justificación en el razonamiento de los derechos con el máximo grado de racionalidad" (Klatt, 2019, p. 159) (cursivas añadidas).

Pensar que la intervención en un derecho fundamental podría ser válida aunque no persiga un fin legítimo, ni sea idónea, necesaria o ponderada a su respecto, supone que no habría obligación de dar a los derechos fundamentales los máximos alcances que les corresponderían en cada situación concreta; y que el legislador (primordialmente) podría limitar su goce a un grado menor que "sus más amplios términos" alegando *cualquier* argucia. Sin embargo, esta última opción es inadmisible, por *no tomar en serio los derechos,* ya que no los protege ni los promueve como dispone el párrafo tercero del vigente artículo 1o. constitucional.

Conforme a nuestro ordenamiento, el principio de proporcionalidad se funda en dos pilares de cualquier sociedad democrática: la plena eficacia de los derechos fundamentales y la exigencia de justificar las decisiones del poder público.[97] Ambos conceptos forman parte del núcleo de la Constitución mexicana: aquel mandato de optimización se desprende del papel rector —"la esencia misma"— de los derechos fundamentales, y obtiene apoyo textual del artículo 1o. constitucional que dispone el respeto, la protección y la promoción de tales derechos, y la progresividad de éstos; y el segundo se encuentra claramente anclado en la garantía de motivación material que prevé el artículo 16 de nuestra ley suprema. Estos sentidos constitucionales son postulados ideológicos básicos para un verdadero Estado democrático.[98]

3. Vínculos con otras técnicas

Debe pensarse el examen de proporcionalidad *con relación, y no en oposición,* a otras técnicas de aplicación constitucional. Ésta es una actividad

[97] *Cfr.* Klatt (2019, pp. 169, 186 y 190) (vinculando los conceptos de "derecho fundamental *(constitutional)*", "justificación" y "proporcionalidad"). Breyer (2010, p. 171): "Usar los valores y la proporcionalidad es promover sentencias *(opinions)* transparentes, *apoyarse fuertemente en la explicación racional*, y *proteger los derechos individuales* que subyacen a las disposiciones constitucionales" (cursivas añadidas).

[98] *Cfr.* "NORMAS CONSTITUCIONALES. POR REGLA GENERAL REQUIEREN DE REGULACIÓN A TRAVÉS DE LEYES SECUNDARIAS, SIN QUE EL LEGISLADOR PUEDA APARTARSE DEL ESPÍRITU DE AQUÉLLAS", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, lib. XXXIII, enero de 2011, tesis 2a. CXXIX/2010, p. 1474.

compleja que requiere una visión multidimensional que integre elementos heterogéneos en un "juego sistemático" en que se complementan entre sí, pero paradójicamente manteniendo cierta autonomía.[99] Esta visión "integradora" de la interpretación jurídica no es nueva: es la que en realidad propuso Savigny al exponer sus "métodos" clásicos (literal, sistemático, histórico y teleológico).[100]

Desde este punto de vista, es peculiar la posición del principio de proporcionalidad en el elenco de técnicas interpretativas (me referiré en adelante a las señaladas en la ejecutoria comentada). En ciertos aspectos, por un lado, es absolutamente dependiente de instrumentos "tradicionales"; y, por el otro, complementa la insuficiencia de éstos para responder cabalmente las cuestiones constitucionales y lograr respuestas *sumamente específicas* para el caso particular, y para superar la incertidumbre que generan. Y en determinados contextos, también colma los vacíos de técnicas modernas de aplicación constitucional para lograr este último cometido. A continuación me referiré a las herramientas de juicio constitucional que la ejecutoria comentada señaló en relación con el principio de proporcionalidad.

a. Criterios tradicionales

El examen de proporcionalidad depende de una interpretación "tradicional" para identificar los principios constitucionales relevantes al caso, sus alcances en el caso concreto y determinar que colisionan.[101] En tanto la cuestión jurídica no se configure como una oposición entre ciertos principios constitucionales que tiene lugar en determinadas circunstancias, el examen de proporcionalidad es irrelevante. Pero hasta aquí llega la utilidad de los criterios tradicionales de interpretación, pues éstos son insuficientes para dar una respuesta concluyente a los problemas concretos de aplicación jurídica, pues su jerarquía no es absoluta ni rígida.[102]

---

[99] Véase Morin (2005, pp. 9-12, 21, 67 y 91-93).
[100] Véase Sánchez Gil (2008, pp. 36-37).
[101] *Cfr.* Guastini (1998, pp. 220-221, 302 y 304).
[102] *Supra,* nota 65.

Si bien suponiendo que se han superado las incertidumbres relativas a las distintas formas que pueden adoptar y la manera de satisfacerlas, los criterios basados en la literalidad textual y en la voluntad del legislador tienen primacía, pero ésta "no es completamente imposible de abatir" y puede ser vencida con base en "motivos razonables" que demuestren la necesidad de soslayar dichos aspectos por la "mucha mayor importancia" de otros, y los cuales de alguna manera racional deberá establecer el intérprete.[103] Comprobar la existencia de estas razones, evaluarlas y concluir sobre la prevalencia de uno de estos extremos, es justamente la labor que el examen de proporcionalidad lleva a cabo en un nivel más elevado de la "espiral hermenéutica", en una "vuelta de tuerca" posterior al cumplimiento de la función de los criterios tradicionales.

Lo anterior muestra la utilidad de un enfoque hermenéutico contemporáneo y la importancia de contar con el principio de proporcionalidad. Al intérprete le corresponde hacer *con sutileza* las preguntas correctas para caracterizar el problema que debe solucionar y tener la oportunidad de resolverlo efectivamente y no sesgar sus conclusiones.[104] La mera consideración del principio de proporcionalidad y sus implicaciones orilla al operador jurídico a cuestionarse si una medida jurídica incide en un derecho fundamental, si dicha intervención está apoyada por otro fin constitucionalmente válido y en qué medida éste exige tal interferencia.[105]

Así, el principio de proporcionalidad se adscribe a los criterios sistemático y teleológico, de los cuales resulta una manifestación;[106] en particular, enunciar el fin legítimo que impulsa la intervención iusfundamental

[103] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 121-122, 303, n. 65, y 305-306).
[104] *Cfr.* Larenz (2001, 309-310) (apercibiendo de que "[e]l texto [s]ólo contesta a quien le interroga rectamente") y Grande Yáñez (2018, p. 84) (subrayando que "la pregunta […] puede ser más útil para la comprensión que la respuesta").
[105] *Cfr.* Breyer (2010, p. 252) (expresando que "la proporcionalidad ha ayudado a enmarcar la cuestión" que los jueces han de resolver).
[106] Véanse Breyer (2010, p. 258), Sánchez Gil (2009, pp. 30-33) y Sanchez Gil (2008, pp. 294-296).

requiere una interpretación finalista. Pero se trata, como señalé, de una *interpretación sistemática y teleológica efectuada en un nivel diferente,* ulterior a aquellos en que respectivamente se establecen el sentido del texto y la intersección de los valores jurídicos que tutela, para inquirir la solución al conflicto entre éstos, y muy especialmente las razones específicas para adoptarla con preferencia a otra. Si la cuestión no se lleva a este último nivel, el problema se resolverá de alguna otra manera, pero ésta no necesariamente será acertada ni considerará *a plenitud* las relaciones jurídicas en que incide.

b. Criterio de especialidad

Aunque la ejecutoria analizada no lo menciona como uno de los argumentos para hacer optativo el examen de proporcionalidad,[107] por la estrecha y contradictoria relación con éste, me parece necesario abordar el criterio de especialidad *(lex specialis derogat generali)* para la solución de antinomias.[108]

En un primer momento en que se establecen los principios relevantes y se configura su colisión, el criterio de especialidad es un enfoque sistemático que podría servir —en especial basándose en una perspectiva primordialmente literal— para prevenir dicho conflicto,[109] realizando una interpretación adecuadora de los textos correspondientes para formular dos diferentes reglas de la que una sea excepción de la otra, y constituir así una primera variante en que cobra aplicación dicho criterio tradicional de solución de antinomias.[110] El problema de esta respuesta es que *no necesariamente es definitiva,* porque puede competir con otra hipótesis interpretativa —impulsada, por ejemplo, por una perspectiva teleológica—,

[107] Pero sí en relación con diverso concepto de violación (§ 40).
[108] Veáse en general Sánchez Gil (2008, pp. 56-59 y 294-296).
[109] Guastini (2001, p. 232): "el criterio de especialidad sirve para evitar, más que para resolver, antinomias".
[110] *Cfr.* Sánchez Gil (2008, pp. 36-37) y Guastini (2001, pp. 222-223) [describiendo la interpretación adecuadora] (226-227 y 237).

y faltaría una regla "aún más especial" que dirima el conflicto entre estas divergentes interpretaciones y establezca una preferencia entre los "métodos" en que se apoyan.[111] Esta última regla habría de construirse valorando las hipótesis interpretativas contendientes para determinar cuál ha de prevalecer por tener mayor importancia jurídica; la correcta realización de lo anterior requiere la aplicación del principio de proporcionalidad para formular la *lex specialissima* que rija el caso particular.

En una segunda variante, el criterio de especialidad tiene una aplicación peculiar. Este supuesto se actualiza cuando la interferencia entre las normas es parcial para ambas; se trata de una oposición concreta —por su aplicación en el caso particular—, eventual y contingente; y su ejemplo paradigmático es la colisión entre principios constitucionales. En estos casos, "el criterio de especialidad no puede ser empleado sino *después* de haberse instituido, entre las dos normas en conflicto, una relación jerárquica, y precisamente una jerarquía axiológica", a través de una ponderación.[112] En efecto, el principio de proporcionalidad, y muy particularmente la última fase de su examen, conducen a formular una "regla de precedencia condicionada" —*lex specialissima*— para el caso concreto,[113] cuyo supuesto normativo son las condiciones en que el principio prevaleciente "deroga" a su contrario, y este resultado es su consecuencia.

Lo anterior muestra que, lejos de ser contrario al principio de proporcionalidad, éste es una versión muy sofisticada del criterio de especialidad, acorde con la compleja naturaleza de las normas constitucionales y sus problemas.

---

[111] Si bien el criterio literal goza de primacía, ésta no es definitiva y puede ser vencida, como se ha dicho. Véase *supra,* nota 65.

[112] *Cfr.* Guastini (1998, pp. 227-229) (cursivas en el original suprimidas; énfasis añadido). Véase también Guastini (1998, pp. 302-304) (cuestionando sin más explicación "por qué no puede aplicarse la regla '*lex specialis*'").

[113] Cabe discutir si las fases de idoneidad y necesidad constituyen una "interpretación". Desde mi punto de vista, dan lugar a una "en concreto" subsumiendo un caso dentro el ámbito de aplicación de una norma. Véase Guastini (1998, pp. 8-10).

c. Interpretación conforme a la Constitución

Esta figura tiene lugar cuando una disposición ordinaria puede interpretarse en dos sentidos: uno ajustado a la Constitución y otro opuesto a ella, debiendo el intérprete —obviamente— tomar partido por el primero.[114] En ningún momento esta figura entra en conflicto con el examen de proporcionalidad, pues no es capaz de ser una alternativa a él.

En primer lugar, esta modalidad hermenéutica *no es una herramienta para interpretar la Constitución, sino elementos jurídicos ordinarios* y, por lo tanto, es inútil para resolver cualquier clase de antinomia constitucional. Se trata de una modalidad de la "interpretación conforme al rango" (Wank, 2001, p. 66), con la que se pretende garantizar la supremacía constitucional, asegurando la plena realización de sus valores en todo acto de creación y aplicación jurídica, y la coherencia del sistema jurídico. Su realización presupone que se ha definido la interpretación constitucional, pues de otra manera no habría parámetro que sirviera de referencia para orientar el significado de los elementos jurídicos ordinarios. De esta manera, si en el caso hubiera un conflicto constitucional, sería preciso resolver éste de alguna manera, para que pueda haber una guía para elegir entre las distintas hipótesis interpretativas de un elemento jurídico ordinario.[115]

En rigor, en esta interpretación jerárquica y sistemática consiste la "interpretación conforme". Me parece incorrecto —como se ha hecho en México[116]— designar de esta manera la interpretación de la Constitución que busca ajustarla a las normas de derechos humanos previstas en

[114] Por todos véase "PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 358, p. 1363. Véase en general Ezquiaga Ganuzas, 2006: 85-92.

[115] "INTERPRETACIÓN CONFORME. SU NATURALEZA DUAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 56, julio de 2018, t. II, tesis I.1o.A.E.78 K (10a.), p. 1503.

[116] Sin reparar en su sentido —que no comparto—, sino sólo en este uso lingüístico, *e. g.* "DERECHOS FUNDAMENTALES…", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XX, mayo de 2013, t. 2, tesis I.3o.P. J/1 (10a.), p. 1221.

tratados internacionales, como ordena el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional, porque en realidad se trata de normas con un mismo nivel jerárquico,[117] "contiguas" en la terminología de Guastini,[118] cuya interpretación conjunta estriba en un criterio sistemático horizontal, no vertical.[119] En estos casos, de haber conflicto normativo, el examen de proporcionalidad es el método más adecuado para resolverlo.[120]

En segundo lugar, cuando la alternativa es entre una interpretación conforme a la Constitución y otra "más conforme" con ella, esta modalidad interpretativa depende definitivamente del examen de proporcionalidad. No se trata de salvaguardar la ley fundamental de cualquier modo, sino que es necesaria la aplicación normativa "más conforme" con la ley fundamental, que haga prevalecer de la "mejor" manera los valores y principios constitucionales,[121] eligiendo la hipótesis interpretativa que "materiali[ce] de modo más efectivo, en el caso concreto, las previsiones constitucionales".[122] Se tiene en estos casos un conflicto entre dos interpretaciones que, en principio, se ajustan a la Constitución, pero que un giro hermenéutico ulterior habrá de establecer cuál tiene mayor importancia constitucional y, por tanto, amerita protección; y esto sólo puede hacerse (de la manera más correcta posible) mediante un examen de proporcionalidad. En virtud de éste como *criterio determinante,* se advierte que en estos casos sí existiría al cabo una hipótesis "contraria" a la Constitución: la que no valora adecuadamente la importancia de los principios constitucionales en juego, y que por ello debe ser rechazada. Ejemplos paradigmáticos de esta situa-

[117] Con la debida reserva en cuanto a las "restricciones expresas", como estableció el Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011.
[118] Véase en particular Guastini (1998, p. 233).
[119] Véase Sánchez Gil (2014, pp. 321-322).
[120] *Cfr.* Pleno, contradicción de tesis 293/2011, resolución de 3 de septiembre de 2013, voto particular del ministro Cossío Díaz, p. 6.
[121] *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas (2006, pp. 91-92, n. 114) (usando precisamente la expresión "más conforme con las normas constitucionales").
[122] "CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXVIII, noviembre de 2008, tesis 1a. LXX/2008, p. 215.

ción son los casos de *Drittwirkung,*[123] y aquellos en que la interpretación *pro homine* del derecho de una persona lleva a intervenir la esfera iusfundamental de otra.[124]

En conclusión, la "interpretación conforme" no tiene ninguna utilidad para resolver los conflictos constitucionales, y en este sentido no compite con el principio de proporcionalidad. En cambio, en determinadas condiciones, éste es el criterio que define el parámetro de control constitucional que deberá emplearse en aquella interpretación, que entonces se vuelve dependiente de dicho principio.

d. Niveles de escrutinio judicial

Finalmente, el examen de proporcionalidad tampoco se opone completamente a emplear distintos estándares de control judicial. De hecho, esta última idea deriva del aspecto epistémico de la proporcionalidad.[125]

Lo criticable es la idea de distintos niveles de escrutinio basados sólo en la mayor o menor libertad de configuración del legislador, o sólo en que sean de "menor" importancia los derechos fundamentales en juego[126] y que no pregunten si para alcanzar un fin legítimo es realmente indispen-

---

[123] *Cfr.* "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES", Primera Sala, *idem,* 10a. época, lib. XIII, octubre de 2012, t. 2, tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), p. 798.

[124] Véanse "PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN NO JUSTIFICA QUE EN LA TUTELA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE VULNEREN OTROS", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 19, junio de 2015, t. III, tesis I.5o.C.9 K (10a.), p. 2363. *Cfr.* "PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI LA LIMITACIÓN AL EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO DERIVA EN LA VIOLACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO", *idem,* 10a. época, lib. 42, mayo de 2017, t. I, tesis 2a./J. 41/2017 (10a.), p. 634.

[125] El Tribunal Constitucional Federal alemán señaló "parámetros diferenciados" para enjuiciar pronósticos del legislador (BVerfGE 50, 290 [332-333]), pero ello es sólo un aspecto epistémico de su control, no abdicación de sus facultades. Véase Alexy (2001, 56-57).

[126] Por todos, véase "TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 51, febrero de 2018, t. I, tesis 2a./J. 11/2018 (10a.), p. 510.

sable afectar un derecho fundamental.[127] Como el *justice* Felix Frankfurter, pienso que aquella idea de diferentes niveles de escrutinio judicial "expresa un complicado proceso de juicio *(adjudication)* constitucional por medio de una fórmula engañosa" que conduce a una "jurisprudencia mecánica", en la que resulta muy fácil caer "por el uso de fórmulas demasiado simplificadas".[128]

Hay relación entre el principio de proporcionalidad y la doctrina del escrutinio judicial diferenciado, en tanto ésta es una imprecisamente simplificada expresión de aquél. De un modo sinóptico y, por ende, perdiendo muchos matices, esto puede explicarse así: se trata de una expresión más de la proverbial tensión entre los derechos fundamentales y la democracia —encarnada primordial, mas no únicamente, en la acción legislativa—, que se traduce en reconocer mayor o menor libertad al legislador de modo inversamente proporcional al grado de afectación de un derecho fundamental y a la certeza de las premisas de su actuación, lo que manifiesta la "ley epistémica de la ponderación". Pero la libertad de configuración del legislador es resultado, no antecedente, del examen de proporcionalidad.[129]

En México, el paradigma de aplicación del escrutinio judicial estricto, en oposición a uno ordinario, es el análisis basado en "categorías sospechosas". Por tener la apariencia de ir contra una prohibición constitucional explícita, los tratos diferenciados basados en estas categorías adolecen de

---

[127] *Cfr.* Klatt, 2019: 186: "*todo* derecho constitucional es 'un interés humano básico de suficiente importancia para que *cualquier* limitación suya por una autoridad pública autorice el control formal de su corrección por un tribunal'" (cursivas añadidas; citando a Rivers, 2014, p. 432). Aunque con las variaciones de opinión de este texto, véase Sánchez Gil (2009, pp. 583-606) y también Ibarra Olguín (2018).

[128] *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 96 (1949) (concurrente). Aunque aludió a la "*preferred position*" de la libertad de expresión y la consecuente presunción de inconstitucionalidad de sus limitaciones, por la vinculación de estos conceptos con el examen de proporcionalidad, a mi juicio, la crítica de Frankfurter es aplicable por analogía a la diferencia de niveles de escrutinio; máxime que aquella primacía deriva de la famosa nota 4 de *Carolene Products,* sentencia que —como refirió la ejecutoria comentada (§ 58)— fundó la doctrina de los grados de escrutinio judicial en la jurisprudencia norteamericana.

[129] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 37-52).

una presunción de inconstitucionalidad, y para superarla requieren de una "justificación robusta", por lo que el juzgador deberá analizar con todo rigor si sirven a un fin legítimo y si son idóneas y necesarias para conseguirlo.[130]

Puede explicarse perfectamente en términos alexianos el rigor del escrutinio de categorías sospechosas, cuya sede natural sería la fase de ponderación: por hallarse explícitamente formulada en la Constitución, el peso abstracto de esta prohibición es muy alto[131] y contribuye en buena medida a que prevalezca; y si esto se combina con una muy intensa afectación, la fuerza que exponencialmente obtiene el derecho fundamental por lo general hace imposible superar su importancia en el caso concreto por ser abismal su diferencia con la del principio competidor.[132] Esto incluso podría explicar, sin las dificultades que ha tenido la jurisprudencia mexicana,[133] que el mismo escrutinio estricto aplique con acciones afirmativas y que su constitucionalidad se sostenga con claridad.

Otra importante aplicación de la doctrina de los niveles de escrutinio judicial es el análisis del ejercicio de atribuciones fuertemente discrecionales —sobre todo a efectos regulatorios— por parte de los poderes públicos, primordialmente en relación con medidas de corte económico.[134] También estas situaciones pueden explicarse plenamente, y de una manera

---

[130] Sin embargo, ni siquiera en estos casos resulta tan estricto el escrutinio: la jurisprudencia mexicana *no incluye la fase de ponderación*. Por todos véase "CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 25, diciembre de 2015, t. I, tesis 1a./J. 87/2015 (10a.), p. 109.

[131] Alexy, 2008; Alexy, 2008, 23 y 27-28.

[132] *Cfr.* Alexy (2008, pp. 32 y 35). Véase también Alexy (2009, pp. 13, n. 32).

[133] *E. g.* "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a. CIV/2010, p. 183 (imponiendo un nuevo matiz al escrutinio diferenciado: el de la acción afirmativa es laxo).

[134] Por todos véase "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO", Primera Sala, *idem,* 9a. época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a. CII/2010, p. 185.

más racional, mediante la aplicación de un examen de proporcionalidad conforme con la teoría de Alexy.

Normalmente, estos poderes implican un muy amplio margen de apreciación carente de parámetros jurídicos, sin que exista una "unidad de solución justa",[135] y en general intervienen en derechos fundamentales con peso abstracto relativamente bajo —como la propiedad o el libre desarrollo de la personalidad[136]—. En tal virtud, el menoscabo de estos derechos tiene tan poca importancia que para el principio opuesto es fácil superarlos aun teniendo un *peso abstracto* igualmente bajo o una *certeza* baja respecto de la protección que la intervención en el derecho fundamental le otorga,[137] máxime cuando valorar esta última condición queda en la responsabilidad política del órgano que interfiere en ese derecho en función de su legitimidad democrática o de su especialización técnica.[138] Sin embargo, esto es muy distinto a afirmar que haya casos en que no pueda enjuiciarse la intervención en un derecho fundamental o que cualquier motivo la justifique.

Según el caso, el principio de proporcionalidad da lugar a un escrutinio estricto o uno ordinario. Pero esta diferencia de niveles es *efecto,* no premisa, de aquel principio, y no deriva de una determinación apriorística y al arbitrio del operador jurídico, sino de la naturaleza objetiva de las

[135] Sobre diversos aspectos de la discrecionalidad, imposibles de abordar aquí, véase en general García de Enterría, 2016: 30-49 (señalando la proporcionalidad como un principio general de derecho para el control judicial de poderes discrecionales).

[136] "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXII/2016 (10a.), p. 896.

[137] De acuerdo con la "ley epistémica de la ponderación", por la que "[c]uanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención". Véanse Alexy (2008, pp. 37-40) y Klatt y Schmidt (2010, pp. 9-10).

[138] En *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837 [1984]), la Suprema Corte norteamericana estableció parámetros de deferencia en relación con la agencia reguladora ambiental, que a mi juicio pueden extenderse al legislador y a otros entes administrativos cuando se enjuicia su discrecionalidad; véanse Breyer (2010, pp. 116-120). *Cfr.* Klatt y Schmidt (2010, pp. 3-4), Hartwig (2010, p. 788), Bernal Pulido (2005, p. 790) y "ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 319, p. 3992.

normas constitucionales relevantes y de sus recíprocas afectaciones, siempre bajo la directiva general de que a todos los principios relevantes se les debe dar máxima eficacia. Entender así el escrutinio judicial evita una categorización absoluta entre derechos de primera y segunda clase, y desde un inicio brinda a todos los derechos fundamentales la máxima protección posible que toca a su doble primacía (Klatt y Meister, 2017, pp. 3-6). De lo contrario, estaríamos ante una petición de principio, porque se asignaría de antemano a cada principio participante en el conflicto un peso concreto que sólo puede concluirse luego de examinar sus características.

III. Técnica definitiva

Del recuento anterior puede observarse que la aplicación judicial de la Constitución, y en particular la de los derechos fundamentales, dista mucho de ser un proceso simple. Incluso, es uno mucho más complejo de lo que ya se pensaba.

Es preciso aceptar esta complejidad, abandonar visiones simplistas y "eufóricas" sobre su naturaleza, que mutilan la realidad que pretenden describir; y admitir que cada especie de herramienta para la interpretación constitucional se distingue de las demás, pero a la vez se conjunta con ellas y se implican recíprocamente.[139] Esta visión compleja del juicio constitucional requiere un enfoque comprehensivo que brinde una concepción integradora de las técnicas de la labor judicial.

Sin embargo, a pesar de la variedad de instrumentos que requiere la interpretación constitucional, el examen de proporcionalidad se cierne como una técnica definitiva y prevaleciente, pero de los cuales —paradójicamente— también puede depender. Dicho examen constituye la piedra de toque de todas las demás herramientas de aplicación constitucional, pues su resultado determina cuál ha de imponerse —en especial tratán-

[139] *Cfr.* Morin (2005, p. 9 [expresando el texto del epígrafe de este trabajo] 86-87 y 104).

dose de los criterios tradicionales (literal, sistemático, etc.)—. Esta supremacía se comprueba reparando en que, aun cuando en un inicio una cuestión constitucional aparentemente no requiera del examen de proporcionalidad, dada la apertura de las disposiciones de la ley suprema, haciendo las preguntas correctas se le podría configurar como una colisión de principios constitucionales que exija dicha técnica.[140] Brevemente: el principio de proporcionalidad tiene la última palabra.

A lo anterior no se opone la jurisprudencia 2a./J. 10/2019. En primer lugar, porque en la medida en que torna optativo el examen de proporcionalidad contradice precedentes vinculantes del Pleno de la Suprema Corte y de la justicia interamericana que consagran este procedimiento en nuestro sistema jurídico.[141] En segundo lugar, porque, como ya indiqué, el examen de proporcionalidad no compite con otras herramientas de juicio constitucional, sino que entronca con ellas como parámetro definitivo. Y en tercer lugar, porque las demás opciones que relaciona la ejecutoria de que procede aquel criterio, en realidad aluden claramente a él: la "ponderación" que atiende a las consecuencias de la decisión judicial no es diferente a la propuesta en líneas anteriores con base en el pensamiento de Robert Alexy (§ 62), y los diversos elementos que considera como lineamientos para elegir la técnica interpretativa "más adecuada" son distintos aspectos que cobran relevancia dentro del examen de proporcionalidad (§ 64.f).

E. Retos argumentativos

I. Cargas de argumentación y de prueba

La ejecutoria comentada pone de relieve que el primer problema argumentativo práctico del examen de proporcionalidad se refiere a los tér-

[140] *Supra,* notas 23, 104 y 105.

[141] Y habría que ver si el carácter potestativo que atribuye a la proporcionalidad no contradice la tesis 1a. CCLXIII/2016 (*supra,* nota 60), en tanto ésta no parece dar opción a dicho procedimiento para enjuiciar las intervenciones en los derechos fundamentales. En su caso, corresponderá al Pleno dirimir la cuestión.

minos en que debe impugnarse una contravención al principio relativo. Inicial y generalmente, son relevantes para esta cuestión los conceptos de carga de argumentación y carga de la prueba;[142] aunque la última debe tomarse con reserva por su concepción dinámica que en los últimos años se ha extendido en nuestro país,[143] y por la discusión doctrinal recientemente iniciada a su respecto.[144]

Dice la mencionada sentencia que el mero hecho de que en la demanda se alegue la falta de proporcionalidad, o la ausencia de idoneidad y necesidad de la limitación a un derecho fundamental, no obliga al tribunal a realizar el examen correspondiente (§ 67). Esta afirmación me parece inexacta porque pasa por alto la naturaleza y el fundamento jurídico del principio de proporcionalidad, y las peculiaridades de cada etapa procesal. En lo sucesivo, me enfocaré al juicio de amparo, pero en el entendido de que mis consideraciones serían generalmente aplicables a otros procesos constitucionales.

Como cualquier otro agravio, el relativo al examen de proporcionalidad necesita un *planteamiento adecuado,* que exponga con pertinencia y claridad que se vulnera un derecho y caracterice la manera en que esta lesión se produce.[145] Es necesario plantear así la cuestión para que ésta obtenga una respuesta lo más exacta posible; es preciso interrogar correctamente al derecho y al tribunal.[146] Sin embargo, a mi juicio, este planteamiento debería ser mucho más fácil para los justiciables de lo que aparenta en un primer momento.

---

[142] Véase en general Sánchez Gil (2007, pp. 86-103, n. 3).
[143] Por todos véase "CARGA DE LA PRUEBA. SU DISTRIBUCIÓN A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS LÓGICO Y ONTOLÓGICO", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 12, noviembre de 2014, t. I, tesis 1a. CCCXCVI/2014 (10a.), p. 706.
[144] Véase Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán y Giannini (2019).
[145] *Cfr.* "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR", Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 1341, p. 1503; y "CAUSA DE PEDIR EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (APÉNDICE 1917-2000, TOMO VI, MATERIA COMÚN, TESIS 109, PÁGINA 86)", *idem,* t. II, tesis 2377, p. 2774.
[146] *Cfr. supra,* nota 104.

Si la impugnación se construye en un nivel interpretativo elemental, en el plano de una lectura literal y aislada de las disposiciones iusfundamentales, es posible que la cuestión planteada no se solucione sino por medio de una respuesta igualmente elemental. No se trata de si el juzgador quiere o no "correr" un examen de proporcionalidad, sino de que quizá no advierta un conflicto constitucional que lo requiera. Pero estamos hablando de un planteamiento tan básico, que apenas alcance a exponer una causa de pedir, por consistir en la determinación de una mera intervención en un derecho fundamental cuya valoración se somete al tribunal. Por dicha amplitud, éste tendría una gran discrecionalidad, una extensa "libertad de jurisdicción" como dijo la ejecutoria analizada (§ 63), para resolver el caso.

Por ejemplo: impugnar una clausura por violación a la libertad de trabajo, con base en que impide realizar una actividad económica, ya plantea la lesión a un derecho y expone cómo se ocasiona, pero nada más. Y como sabemos, hay muchos argumentos que en principio, en este básico nivel interpretativo, podrían sostener la licitud de dicho agravio.

En cambio, dando una vuelta en la espiral hermenéutica, puede alegarse a secas que dicha clausura resulta "innecesaria" (y aun negando simplemente que sirva a un fin legítimo, y que lo haga de modo idóneo, necesario y ponderado). Este argumento, llamémosle de "segundo nivel", *cambia significativamente la litis:*[147] *ésta ya no consiste en interrogar al tribunal si dicha lesión menoscaba o no la libertad de trabajo —se da por sentado que lo hace—, sino que pregunta por la justificación* para hacerlo. Y en una vuelta ulterior, con base en el correspondiente estudio, puede formularse una causa de pedir —de "tercer nivel"— más precisa, que ya no simplemente niegue la proporcionalidad de la intervención, sino que exprese argumentos para corroborar la desproporción.

Aun en casos regidos por el principio de estricto derecho, en el segundo nivel de interpretación ya se encuentra una causa de pedir suficiente para

[147] Véase "CAUSA DE PEDIR…", *cit.,* nota 146.

realizar el examen de proporcionalidad, y más aún en el tercer nivel. Con argumentos de esta clase, el quejoso insta al tribunal a responder *si es imprescindible* intervenir su derecho fundamental, y aun a analizar pormenorizadamente las razones que expuso para aseverar que la vulneración de su derecho es innecesaria.

En estos casos, el tribunal no tiene más opción que efectuar el examen de proporcionalidad, pues, de lo contrario, se vulnerarían los principios procesales de congruencia y exhaustividad que inspira el derecho fundamental a una justicia completa.[148] La satisfacción de este principio constituye la *cuestión efectivamente planteada* por el quejoso; incluso al meramente alegar que fue innecesaria la intervención en su derecho fundamental con un argumento de segundo nivel, y aunque no mencione el concepto de "proporcionalidad", el quejoso formula una causa de pedir suficientemente clara para que el juzgador estudie si fue precisa dicha afectación, y el instrumento definitivo para hacerlo es el examen de su idoneidad, necesidad y razonabilidad con relación a un fin constitucionalmente válido, porque en esa falta de justificación material consiste la contravención al principio de proporcionalidad.[149]

A este efecto, también adolece de una visión incompleta afirmar que el principio de proporcionalidad "no constituye un derecho fundamental", y por eso su alegación no vincula al juzgador. Como hemos visto, el principio de proporcionalidad se funda en el *mandato de optimización* de los derechos fundamentales imbíbito en nuestro ordenamiento, y en la garantía de *motivación material* que exige a los actos de autoridad razones suficientes para ocasionar cualquier perjuicio al gobernado.[150] Podemos

[148] *Véase* "CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 322, p. 3997.
[149] *Cfr.* "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ANALICEN ES INNECESARIO QUE SE MENCIONE EL NOMBRE DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL QUE SE ESTIMA VIOLADO", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 2a. XXXVI/2007, p. 1183.
[150] Véanse *supra,* los apartados 3 y 4.2.2 de este texto.

discutir si estas normas constitucionales son "derechos humanos", "garantías" —en el sentido de la reforma de 2011—, principios "estructurales" o "formales"; pero lo cierto es que son "*derechos fundamentales*" en el sentido de que, sin adjetivos, esencialmente se trata de pretensiones *tuteladas con rango constitucional* a favor del gobernado[151] para que 1) sus derechos constitucionales "principales" tengan *plena eficacia y máximos alcances*, y 2) sólo sean restringidos bajo *estricta necesidad y con suficiente justificación material*. La autoridad que restringe desproporcionadamente un derecho fundamental infringe estas normas constitucionales.

De esta manera, cuando se hace valer el principio de proporcionalidad a través de los argumentos de segundo o tercer nivel que describí, aunque no lo diga así, el quejoso postula la vulneración de estos deberes de optimización y motivación material, en relación con el derecho fundamental "principal" que señala como vulnerado de modo esencial. Por su finalidad protectora y promotora, ambos conceptos deben verse al menos como "garantías" de los derechos "principales" que reconoce nuestro orden constitucional,[152] y en tal virtud es clara la procedencia de una acción constitucional en específica relación con su incumplimiento.

Evadir estas cuestiones constitucionales cuando han sido efectivamente planteadas en un proceso es *denegación de justicia*. Para que el tribunal tenga el deber de estudiarlas basta formular una causa de pedir elemental, que en términos generales niegue la justificación, la necesidad o la razonabilidad de la intervención en un derecho fundamental. La primacía de los derechos fundamentales, que *prima facie* han de ser gozados por el gobernado (Klatt y Meister, 2017), arroja las cargas de argumentación y

[151] *Cfr.* Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher (2014, p. 13) y Preciado Domènech (2016, pp. 43-44).
[152] *Cfr.* "EXPROPIACIÓN. LA CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA SON GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 27, PÁRRAFO SEGUNDO[,] DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 21.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 9, agosto de 2014, t. I, tesis 1a. CCLXXXVIII/2014 (10a.), p. 529.

de prueba sobre la autoridad para demostrar que dicha intervención se basa en razones suficientes.[153] Y por la reforma constitucional en materia de justicia de 2017, que privilegia la resolución del fondo del litigio por encima de formalismos procesales, dicha evasión sería mucho más injustificada.[154]

II. Otros problemas de argumentación

Desde luego, ha habido objeciones al principio de proporcionalidad, y en particular a la ponderación; pero han de tenerse hoy por superadas, al menos las de carácter fundamental, porque la teoría de los principios de Robert Alexy las responde de modo satisfactorio (Klatt y Meister, 2017, 3-6). Además, aún carecen de respuesta varias preguntas específicas sobre diversas minucias de las fases del examen de proporcionalidad.[155] Por tanto, en esta sección me ocuparé de dos aspectos que inquietan a su práctica en México: 1) su *correcta realización material,* mucho más allá de su configuración teórica; y 2) la *incertidumbre* que se le atribuye por su supuesta volatilidad.[156]

1. Complejidad

Hay dos puntos atinentes al principio de proporcionalidad sobre los cuales pacíficamente podría acordarse: 1) exige a los juristas —de uno y otro lado de la barandilla— algo muy difícil de alcanzar: *"gran competencia argumentativa",*[157] y 2) en un Estado constitucional democrático, el ejer-

[153] *Cfr. United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 816-817 (2000) (aunque con referencia a un caso que implicó escrutinio estricto, concepto tratado arriba (§ IV.2.C.d), señalando que "es obligación del Gobierno probar que la alternativa no será efectiva para alcanzar sus metas").
[154] Véase "PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO FRENTE A FORMALISMOS PROCEDIMENTALES Y SOLUCIONES DE FONDO DE LOS CONFLICTOS. ÉSTAS DEBEN PRIVILEGIARSE FRENTE A AQUÉLLOS, SIEMPRE QUE NO SE AFECTE LA IGUALDAD DE LAS PARTES, EL DEBIDO PROCESO U OTROS DERECHOS", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 51, febrero de 2018, t. III, tesis (IV Región)2o.13 K (10a.), p. 1524.
[155] Véase Barak (2012, pp. 245 y ss, n. 8).
[156] *Supra,* nota 45.
[157] *Cfr.* Klatt y Meister (2014, p. 196, n. 9).

cicio de las amplias facultades de los poderes públicos es legítimo mientras lo apoye "un depurado razonamiento práctico".[158] Como punto de partida para su reflexión, ambos puntos se relacionan con el primer reparo práctico al examen de proporcionalidad que señalé.

En efecto, la complejidad de esta herramienta la hace complicada; esta característica es un elemento de aquella cualidad, y es ineluctable: no puede simplificarse, y nada puede hacerse al respecto, lo que da lugar a varias dificultades. Primeramente, la correcta realización del examen de proporcionalidad requiere un conocimiento claro de sus conceptos y de su procedimiento, y una atención detallada en cada una de sus fases. Esto es algo que los juristas mexicanos, en general, no hemos podido dominar, sobre todo por la carencia de una idea clara de las implicaciones de este instrumento.[159]

Esta situación siempre se ve agravada en el contexto forense por los plazos procesales y las cargas laborales, aunados a la necesidad de formular una argumentación precisa, cuidadosa, y a veces muy extensa para emitir un juicio de proporcionalidad. Frecuentemente, el estudio que requiere la aplicación de este principio tiene que darse en un contexto en el que no puede investigarse minuciosamente cada aspecto de dicho procedimiento. Pero este problema se presenta en todo momento de la vida humana, pues como supuestamente dijo Immanuel Kant, "[l]a necesidad de decidir excede la capacidad de comprender";[160] y no debe pasmarnos afrontar esta dificultad en *todo proceso,* o en su gran mayoría, pues "no tiene sentido alguno creer que nuestras dudas ético-conductuales […] encontra-

[158] *Cfr.* Prieto Sanchís (2013, pp. 47-48).

[159] Véase, *e. g.,* la ejecutoria de "VIOLACIONES PROCESALES. EL ARTÍCULO 174 DE LA LEY DE AMPARO, AL ESTABLECER QUE EL QUEJOSO DEBE PRECISAR LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON EN SU PERJUICIO AL RESULTADO DEL FALLO, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 29, abril de 2016, t. II, tesis 2a. X/2016 (10a.), p. 1371.

[160] "*Die Notwendigkeit zu entscheiden reicht weiter als die Fähigkeit zu erkennen*", citado por Klatt y Schmidt (2010, p. 1, n. 2). Es imposible traducir esta frase con toda su riqueza; el último verbo que emplea puede significar "notar", "distinguir", "reconocer", y así de un solo golpe su autor denota muchas situaciones cognoscitivas; véase Wahrig y Wahrig-Burfeind (1997, n. 14, *s. v. "erkennen"*).

rán una solución cierta", pues la aplicación judicial del derecho se da indefectiblemente con una racionalidad sin certeza, estabilidad y plenitud totales.[161]

El ejemplo paradigmático de esta situación, a mi parecer, es la suspensión del juicio de amparo a partir de la reforma del 6 de junio de 2011 y la ley reglamentaria de este proceso constitucional. Estos cambios obligan a una *suspensión ponderativa,* en la que el juzgador tiene un arbitrio amplísimo, cuyo parámetro de control definitivo debe ser el principio de proporcionalidad.[162] Antes de dichas reformas, la argumentación de esta medida cautelar era relativamente poco exigente, porque la prohibición legal de otorgarla cuando fuera contra el orden público o el interés social hacía que jueces y postulantes se concentraran en alegar lo relativo a estos conceptos. En cambio, en vista de que pueden obtener múltiples efectos de la suspensión, quienes postulan en muchos casos han de formular una argumentación compleja para apoyar su pretensión cautelar, y los jueces deben analizarla con cuidado o efectuarla *motu proprio* para cumplir las exigencias de esta medida. Si ya suena complicado, añádase la presión de hacerlo dentro de los plazos legales y sin desatender otras obligaciones profesionales, y tenemos una situación muy lejos de ser ideal. Desde luego, una visión simplista de esta medida cautelar "resolvería" estos problemas, pero propiciaría una aplicación jurídica desacertada y aun graves afectaciones.

Empero, y pese a que la racionalidad jurídica es limitada y parcial (Luzzati, 1999, p. 516) si se quiere satisfacer la *pretensión de corrección* inherente a todo sistema jurídico,[163] los jueces y los postulantes no tienen más opción que efectuar el análisis de proporcionalidad con el mayor esfuerzo

[161] Véase Luzzati (1999, 422, 473-476) (hablando de una "racionalidad adecuadora" que opera como un sofisticado mecanismo de [retroalimentación], como un sensible *instrumento de control y de autocorrección*" [cursivas en el original], y su relación con "[l]a exigencia práctica de tomar una decisión en un tiempo razonablemente breve").
[162] Véase en general Sánchez Gil (2014, pp. 1218-1220).
[163] Véase Alexy (2001, pp. 264-268 y 428-429, n. 76).

posible.[164] Una perspectiva simplista de la aplicación jurídica facilitaría el trabajo de los juristas, pero el principio de proporcionalidad busca más bien una verdadera *hermenéutica de la ley fundamental:* una actividad interpretativa con matices y precisión, que busque la justicia en sentido no sólo formal, sino también material. Dicho principio busca *dar de manera óptima a todo principio constitucional lo que efectivamente le corresponda en cada caso particular;* pretende una lectura de la Constitución que no deshaga sus nudos gordianos con una burda estocada, sino con una incisión quirúrgica, bajo el postulado de buscar la máxima corrección de su resultado.[165]

Si la facilidad fuera el criterio definitivo para la aplicación judicial del derecho, hasta podría considerarse una manera que incluso reduce al máximo las dificultades de los operadores y la duración de los procesos: abandonar su decisión a la suerte.[166] Desde luego, hoy lo anterior es impensable; el tiempo de las ordalías ya pasó y se impone una concepción racional de la aplicación judicial del derecho. Además, esto es totalmente indeseable para la eficacia de la ley fundamental y el cumplimiento de sus funciones en un auténtico Estado constitucional democrático, en que los tribunales deben dar plena eficacia a todas las normas constitucionales, y en el que toda autoridad debe justificar sus actos.

2. Imprecisión e incertidumbre

El debate principal en torno a la proporcionalidad, y en especial a la ponderación, se refiere a su supuesta falta de racionalidad y a la posibilidad de que constituya un mero artilugio para embozar la arbitrariedad de los operadores jurídicos. Una formulación más elaborada de esta objeción trasciende a la práctica del examen de proporcionalidad: la impre-

[164] *Cfr.* Nieto (2000, p. 266) y "GARANTÍA PARA QUE SURTA EFECTOS LA SUSPENSIÓN. SI NO SE PUEDE MOTIVAR SU CUANTÍA", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXXIII, febrero de 2011, tesis I.4o.C.52 K, p. 2331.
[165] Véase Beuchot (2007, pp. 129 y 142-146).
[166] Véase Taruffo (2003, p. 30).

cisión que tiene lugar al efectuarse la ponderación y la incertidumbre que genera. Se trata de otra manera de expresar la objeción concerniente a que la ponderación se presenta como una operación de cálculo que "aspira a la ilusión de la precisión de las ciencias naturales, pero sin poderla alcanzar".[167] Me referiré a una manifestación muy específica de esta objeción que toca a la imprecisión y la incertidumbre que se dice existe al valorar los factores de la ponderación (intensidad de la intervención, peso abstracto del principio relativo y certeza de este menoscabo).

Es posible obtener una precisión aceptable al estimar los distintos factores de la ponderación. Mucho depende de utilizar una gradación suficientemente específica; Alexy ha propuesto una triádica (leve/medio/grave), pero sólo con fines meramente ilustrativos, pues ha aclarado que "con frecuencia" sería necesario usar una escala "más refinada" como una que posee hasta nueve niveles.[168] En mi experiencia, una escala con cinco grados es muy práctica en la mayoría de los casos, porque permite un razonamiento más preciso, pero no tan minucioso.

Es difícil lograr unanimidad en las estimaciones de los factores de la ponderación, pero sí es posible lograr un consenso dentro de ciertos márgenes a su respecto dentro de una determinada comunidad en la que se lleva a cabo, por la *intersubjetividad* que tiene lugar en su seno.[169] Ésta se trata esencialmente de una "subjetividad compartida", indicativa de un grado de probabilidad de alcanzar la "verdad objetiva", que se produce cuando un sujeto persuade a otros que piensan diferente de la verdad de sus afirmaciones; requiere una importante labor de argumentación contradictoria, apoyarse sobre unos elementos objetivos mínimos —pacíficamente aceptados[170]— que sirvan de base a la discusión, y condiciones para que este intercambio pueda realizarse.[171] Conforme a sus estándares contem-

[167] Véase Klatt y Meister (2017, pp. 45-47) (exponiendo y respondiendo esta impugnación).
[168] *Cfr* Alexy (2008, pp. 29 y 34).
[169] Véase Klatt (2019, pp. 165-166).
[170] Véase Sánchez Gil (2008, pp. 49-51).
[171] Véase Wellmer (1988, pp.259-260).

poráneos, el proceso es un instrumento ideal para lograr este consenso: la contradicción de las partes permite establecer la fuerza de los argumentos sobre los que habrá de decidirse, y la discusión entre los integrantes de tribunales colegiados refuerza la posibilidad de puntos de vista comunes, basados en razones que logran formar una mayoría a su alrededor.[172]

Así, por ejemplo, podría haber desacuerdo en si una pena de 10 años de prisión, como intervención en el derecho a la libertad personal, tiene una intensidad media o grave, y es posible que haya consenso a favor de una u otra opción; pero difícilmente alguien sostendrá que se trata de una pena leve. En cuanto al peso abstracto de la libertad personal, considerando que la Suprema Corte ha señalado que se trata "[d]el valor más importante después de la vida",[173] pocos reparos habrá para atribuirle una importancia inmediatamente inferior a la más alta de la escala, que correspondería al último derecho. Asimismo, es francamente impensable que haya quien no califique con el máximo grado la certeza con que dicha pena afectará la libertad personal. Como muestra lo anterior, puede haber un *ineluctable grado de subjetividad e incertidumbre* en la ponderación, pero quedarán acotadas por márgenes aceptables y no serán abandonadas al relativismo.

Debe recalcarse la mayúscula importancia del precedente judicial para el examen de proporcionalidad,[174] y la ponderación en particular, más allá del lugar común de la seguridad jurídica que aquella figura brinda.

En primer lugar, como mostró el ejemplo anterior, los precedentes pueden dar pautas muy relevantes para calificar los distintos aspectos de la

[172] Véase Limbach (2005, pp. 756-758).
[173] "AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. PUEDE PROMOVERSE EN CUALQUIER TIEMPO CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA POR LA QUE SE IMPONE UNA PENA DE PRISIÓN, NO OBSTANTE QUE ÉSTA HUBIERA SIDO COMPURGADA", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XVIII, marzo de 2013, t. 1, tesis 1a./J. 3/2013 (10a.), p. 477.
[174] Son varias las interacciones, con beneficios recíprocos, entre el precedente y la proporcionalidad. Véanse en general Bernal Pulido (2016, pp. 107-122) y Klatt (2019, pp. 176-178).

ponderación, y con ello la ponderación gana en *certeza y predictibilidad*. Esta función del precedente es particularmente importante para establecer el peso abstracto de los principios en juego, cuya determinación es interpretación constitucional pura, y para la cual los criterios judiciales que dan significado a la ley fundamental son elementos de obligada referencia.

En segundo lugar, el precedente judicial también favorece la certeza y la predictibilidad en el examen de proporcionalidad, pero ya no sólo para el caso particular, sino para el ordenamiento en general a través de la solución de casos futuros. Los resultados del examen de proporcionalidad en el caso actual, serán precedente de los posteriores, y determinarán su resultado en tanto no haya un cambio jurisprudencial justificado; así, el examen efectuado en éstos no será *ex nihilo,* sino que se apoyará en las precisiones que paulatinamente han elaborado los tribunales.[175] Una consecuencia previsible es que problemas novedosos o difíciles, que en un principio requirieron una compleja ponderación para su primera solución, pueden terminar siendo rutinarios mediante la repetición casi mecánica del análisis ya efectuado.[176]

Finalmente, es cierto que hay una medida de subjetividad e incertidumbre en la realización del examen de proporcionalidad, pero no es significativamente mayor que la de cualquier otra técnica jurídica. Como para toda aplicación jurídica, también para el principio de proporcionalidad —y quizá con mayor razón porque trata con las fronteras de los principios constitucionales— hay que abandonar la ilusión de una racionalidad que brinde certezas absolutas, y asumir una indefectible medida de incertidumbre que debe buscarse reducir, pero que jamás podrá ser totalmente suprimida. Sin embargo, ello no quiere decir que con él sea imposible obtener resultados cuya explicación los pueda hacer objetivamente aceptables para la comunidad jurídica y para la sociedad.[177]

---

[175] "CONFLICTOS…", *cit.*, nota 55.
[176] Véase por ejemplo Borowski (2003, p. 129).
[177] *Cfr. supra,* nota 163; y Morin (2005, pp. 11, 49-50, 93 y 98).

Negar la incertidumbre del derecho y la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional no las disminuirán; "al contrario […] su reconocimiento sirve para promover un lenguaje constitucional más preciso y riguroso" (Ferrajoli, 2006, p. 64). Por exigir mayor precisión en el razonamiento para operar con los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, precisamente lo último es una de las consecuencias del examen de proporcionalidad, herramienta que permite en el máximo grado posible que sea racional, transparente y controlada una aplicación jurídica que de otro modo quedaría plenamente al arbitrio de quien la realiza.

F. Reflexiones finales

El principio de proporcionalidad es una herramienta imprescindible para la aplicación exacta de los derechos fundamentales y su óptima eficacia. Soslayarlo en el juicio constitucional o considerarlo como un instrumento de carácter meramente optativo, eleva la probabilidad de no determinar correctamente los alcances de los derechos fundamentales, porque se carecería de un procedimiento que encauce el razonamiento y le establezca parámetros que permitan su transparencia y su control.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad sólo puede funcionar correctamente si sus conceptos se emplean con rigor, y si en cada caso particular estos se concretizan con argumentos sustantivos y pertinentes. La configuración del examen relativo no puede hacer nada en relación con estos dos problemas; toca a los operadores jurídicos conocer y dominar las exigencias de esta herramienta de aplicación jurídica, y hacerlo con la sutileza necesaria para darle el contenido que cada caso requiera. Sin duda, tiene un grado importante de dificultad, incrementado por las exigencias cotidianas de la impartición de justicia; es quimérica la imagen de un estudio sosegado de la aplicación de los derechos fundamentales, por el cual se piense a cabalidad cada aspecto de la misma, porque ni siquiera en un ambiente académico puede tener lugar con plenitud ideal.

Sin embargo, que su realización tenga muchas dificultades no es razón suficiente para descartar el examen de proporcionalidad o para negarle el lugar protagónico que tiene en la práctica constitucional. Ello supondría renunciar a la exigencia de dar a los derechos fundamentales *máxima eficacia,* y a la de pretender que se hallen *cabalmente justificadas* las limitaciones que les impongan las autoridades ordinarias que deben siempre ajustarse a lo que prescriben.

En México, la clave para superar estos obstáculos se halla en diversos esfuerzos que se deben realizar, sobre todo desde la academia en sus vertientes de formación profesional y de crítica —en el sentido más puro de la palabra— de las resoluciones judiciales. En primer lugar, es necesario sentar con suficiente *precisión y claridad* los pasos del examen de proporcionalidad, lo que logró de manera muy plausible la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el referido caso *Marihuana*. A continuación, se requiere una constante crítica a las resoluciones judiciales que aplican el examen de proporcionalidad, para mostrar tanto sus aciertos como sus errores. Con ambas acciones, se comprendería más el sentido del examen de proporcionalidad y se naturalizaría su empleo entre los operadores jurídicos, al grado de que en algún momento se logre satisfactoriamente su aplicación habitual y rutinaria al menos en sus aspectos elementales.

Fuentes

Alexy, R. (enero-junio de 2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* (11), p. 8. Disponible en http://bit.ly/2reSzMn.

_____ (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en http://bit.ly/2c5bsKx.

_____ (2001). *Theorie der Grundrechte*. 4a ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.

_____ (2001). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 4a ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.

_____ (septiembre-diciembre de 2002). Epílogo a la "Teoría de los derechos fundamentales". Trad. de C. Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22(66), pp. 13-64. Disponible en http://bit.ly/2MkK1ve.

Alvez, A. (enero-junio de 2010). ¿"Made in Mexico"? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional? *Revista de la Facultad de Derecho de México, LX*(253), pp. 374-375 y 381.

Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Trad. de Doron Kalir. Nueva York: Cambridge University Press.

Bernal Pulido, C. (2016). El precedente y la ponderación. En A. Martínez Verástegui (Coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*. México: SCJN.

_____ (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2a ed. Madrid: CEPC.

Bernal Pulido, C., R. Camarena González y A. Martínez Verástegui (Coords.) (2018). *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: SCJN.

Beuchot, M. (2007). *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho.* San Luis Potosí: UASLP.

Böckenförde, E.-W. (28 de agosto de 1974). Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *Neue Juristische Wochenschrift,* año 27, 35, pp. 1529-1538.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borowski, M. (2020). *Necessity and Balancing*. Manuscrito inédito.

Breyer, S. (2010). *Making our Democracy Work: A Judge's View*. Nueva York: Vintage Books. [Versión en español: (2017). *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*. Trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. México, Fondo de Cultura Económica.]

Carbonell, M. (2006). *Los derechos fundamentales en México*. 2a ed., México, Porrúa/UNAM/CNDH.

Carbonell, M., H. Fix-Fierro, D. Valadés y L. R. González Pérez (Coords.) (2015), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 2. México: UNAM.

Cárdenas Gracia, J. (enero-abril de 2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVII, 139, p. 73.

_____ (2005). *La argumentación como derecho*. México: UNAM.

Cossío Díaz, J. R. (julio-diciembre de 2006). La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* 15, pp. 320-330.

Díez Gargari, R. (enero-junio de 2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* 26, pp. 83 y 92.

Engisch, K. (2010). *Einführung in das juristische Denken*. 11a ed. actualizada por T. Würtemberger y Dick Otto. Stuttgart: Kohlhammer.

Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2006). *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. México: TEPJF.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. de A. Greppi. Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E., y C. M. Pelayo Möller (2014). Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos. En C. Steiner y P. Uribe (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: SCJN/Fundación Konrad Adenauer. Disponible en http://bit.ly/2YodKuc.

García de Enterría, E. (2016). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters.

Gómez Lara, C. (2004). *Teoría general del proceso.* 10a ed. México: Oxford University Press.

González Maldonado, M. A. (2011). *La proporcionalidad como estructura argumentativa de la ponderación: un análisis crítico*. México: Novum.

Grande Yáñez, M. (2018). *Filosofía del derecho hermenéutica*. Madrid: Tecnos.

Guastini, R (2001). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. Trad. de P. A. Ibáñez. En *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.

_____ (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè.

Hartwig, M. (2010). La "proporcionalidad" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un "ius constitutionale commune" en América Latina?,* t. I. México: UNAM/Instituto Max Planck/IIDC.

Hesse, K. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20a. ed. Heidelberg: C.F. Müller.

Ibarra Olguín, F. D. (2018). *El uso de los niveles de escrutinio: su inconveniencia para el test de proporcionalidad* (tesina de licenciatura). México: CIDE. Disponible en http://bit.ly/2Bw43Rj.

Klatt, M. (2019). Proportionality and Justification. En E. Herlin-Karnell et al. (Eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forster in Discourse*. Nueva York: Oxford University Press.

Klatt, M., y M. Meister (marzo de 2014). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus. *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat,* año 54(3), pp. 194-195.

_____ (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Trad. de R. Sánchez Gil. México: UNAM/Senado de la República/UADY.

Klatt, M. y J. Schmidt (2010). *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Lara Chagoyán, R. (enero-junio de 2007). El principio de universalidad en el razonamiento jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, pp. 221-247. Disponible en http://bit.ly/2yQX2Uh.

Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. 2a ed. Trad. de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel.

Limbach, J. (2005). La interpretación de la Constitución. Trad. de R. Sánchez Gil. En E. Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), *Interpretación constitucional*. T. II. México: Porrúa/UNAM.

Luzzati, C. (1999). *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Milán: Giuffrè.

Meister, M. (2011). *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlín: Duncker & Humblot.

Michael, L. y M. Morlok (2012). *Grundrechte*. 3a ed. Baden-Baden: Nomos.

Morin, E. (2005). *Introduction à la pensée complexe*. París: Seuil.

Nieto, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

Nieva Fenoll, J., J. Ferrer Beltrán y L. J. Giannini (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Pieroth, B., B. Schlink, T. Kingreen y R. Poscher (2014). *Grundrechte. Staatsrecht II*. 30a ed. Heidelberg: C. F. Müller.

Preciado D., y C. Hugo (2016). *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters.

Prieto Sanchís, L. (2003). El juicio de ponderación constitucional. En F. J. Laporta (Dir.), *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia/CEPC.

_____ (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

Recaséns Siches, L. (1999). *Tratado general de filosofía del derecho*. 14a ed. México: Porrúa.

Rivers, J. (2014). The Presumption of Proportionality. *The Modern Law Review,* 77, p. 432.

Sánchez Gil, R. A. (2008). *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (tesis de doctorado). México: UNAM. Disponible en http://bit.ly/1jeqGWK.

_____ (2009). La intensidad del control constitucional sobre el legislador. En E. Ferrer Mac-Gregor y C. de J. Molina Suárez (Coords.), *El juez constitucional en el siglo* XXI. T. II. México: UNAM/SCJN. Disponible en http://bit.ly/1iOXeWs.

_____ (julio-diciembre de 2009). Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (21), pp. 481-485.

_____ (2014). Suspensión ponderativa. En E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez y G. A. Figueroa Mejía (Coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional.* 2a ed. México: UNAM. Disponible en http://bit.ly/1uzKJa8.

_____ (2007). *El principio de proporcionalidad*. México: UNAM.

SCJN (s. f.). Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 319, p. 3992.

_____ (abril de 2016).Violaciones procesales. El artículo 174 de la Ley de Amparo, al establecer que el quejoso debe precisar la forma en que trascendieron en su perjuicio al resultado del fallo, no

transgrede el principio de progresividad de los derechos humanos, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 29, t. II, tesis 2a X/2016 (10a), p. 1371.

_____ (agosto de 2011). Conflictos que involucran derechos fundamentales. Su resolución jurídica, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXIV, tesis P. XII/2011, p. 23.

_____ (agosto de 2014). Expropiación. La causa de utilidad pública y la indemnización relativa son garantías de protección del derecho de propiedad (interpretación de los artículos 27, párrafo segundo[,] de la Constitución federal y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 9, t. I, tesis 1a CCLXXXVIII/2014 (10a), p. 529.

_____ (diciembre de 2011). Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a época, lib. III, tesis P. LXV/2011 (9a), p. 556.

_____ (diciembre de 2015). Constitucionalidad de distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa. Forma en que debe aplicarse el test de escrutinio estricto, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 25, t. I, tesis 1a/J. 87/2015 (10a), p. 109.

_____ (diciembre de 2016). Renta. El artículo 28, fracción XXX, de la ley del impuesto relativo, vigente a partir del 1 de enero de 2014, al limitar la deducción de las erogaciones que a su vez constituyan ingresos exentos para los trabajadores, no transgrede el principio de proporcionalidad tributaria, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 37, t. I, p. 684.

_____ (enero de 2011). Normas constitucionales. Por regla general requieren de regulación a través de leyes secundarias, sin que el legislador pueda apartarse del espíritu de aquéllas, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, lib. XXXIII, tesis 2a CXXIX/2010, p. 1474.

_____ (enero de 2020). Derecho a la información. La relación con sus límites constitucionales no debe plantearse en términos absolutos, Pleno, *idem,* 10a época, lib. 74, , tomo I, tesis P. II/2019 (10a.), p. 561.

_____ (febrero de 2011). Garantía para que surta efectos la suspensión. Si no se puede motivar su cuantía, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXIII, tesis I.4o.C.52 K, p. 2331.

_____ (febrero de 2018). Principio de mayor beneficio frente a formalismos procedimentales y soluciones de fondo de los conflictos. Éstas deben privilegiarse frente a aquéllos, siempre que no se afecte la igualdad de las partes, el debido proceso u otros derechos, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 51, t. III, tesis (IV Región)2o.13 K (10a), p. 1524.

_____ (febrero de 2018). Test de proporcionalidad de las leyes fiscales. La intensidad de su control constitucional y su aplicación, requieren de un mínimo de justificación de los elementos que lo conforman, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 51, t. I, tesis 2a/J. 11/2018 (10a), p. 510.

_____ (febrero de 2019). Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 63, t. I, tesis 1a/J. 7/2019 (10a.), p. 495.

_____ (febrero de 2019). Test de proporcionalidad. Al igual que la interpretación conforme y el escrutinio judicial, constituye tan sólo una herramienta interpretativa y argumentativa más que el juzgador puede emplear para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 63, t. I, p. 838.

_____ (julio a diciembre de 1990). Libertad de trabajo. La garantía del artículo 5o. constitucional no impide al Presidente de la República reglamentar las leyes del Congreso de la Unión sobre esta materia, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* 8a época, t. VI, primera parte, p. 227.

_____ (julio de 2018). Interpretación conforme. Su naturaleza dual en el sistema jurídico mexicano, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 56, t. II, tesis I.1o.A.E.78 K (10a.), p. 1503.

_____ (junio de 2004). Interpretación de la ley. Si su texto es oscuro o incompleto y no basta el examen gramatical, el juzgador podrá utilizar el método que conforme a su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XIX, tesis 1a. LXXII/2004, p. 234.

_____ (junio de 2013). Derechos humanos. Los tratados internacionales vinculados con éstos son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XXI, t. 1, tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.), p. 602.

_____ (junio de 2015). Principio pro persona. Su aplicación no justifica que en la tutela de un derecho fundamental se vulneren

otros, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 19, t. III, tesis I.5o.C.9 K (10a.), p. 2363.

_____ (marzo de 2013). Amparo directo en materia penal. Puede promoverse en cualquier tiempo contra la sentencia condenatoria por la que se impone una pena de prisión, no obstante que ésta hubiera sido compurgada", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XVIII, t. 1, tesis 1a./J. 3/2013 (10a.), p. 477.

_____ (mayo de 2007). Conceptos de violación. Para que se analicen es innecesario que se mencione el nombre del principio constitucional que se estima violado, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXV, tesis 2a. XXXVI/2007, p. 1183.

_____ (mayo de 2017). Progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de aquel principio, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 42, t. I, tesis 2a./J. 41/2017 (10a.), p. 634.

_____ (noviembre de 2008). Contradicción de tesis. Selección de la interpretación legal más conforme con la Constitución, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXVIII, tesis 1a. LXX/2008, p. 215.

_____ (noviembre de 2014). Carga de la prueba. Su distribución a partir de los principios lógico y ontológico, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 12, t. I, tesis 1a. CCCXCVI/2014 (10a.), p. 706.

_____ (noviembre de 2016). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Brinda protección a un área residual de libertad que

no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 36, t. II, tesis 1a. CCLXII/2016 (10a.), p. 896.

_____ (noviembre de 2016). Test de proporcionalidad. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 36, t. II, p. 915.

_____ (octubre de 2012). Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares, Primera Sala, *idem,* 10a. época, lib. XIII, t. 2, tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), p. 798.

_____ (s. f.). Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 319, p. 3992.

_____ (s. f.). Causa de pedir en los conceptos de violación. Alcances de la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Apéndice 1917-2000, tomo VI, materia común, tesis 109, página 86)", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 2377, p. 2774.

_____ (s. f.). Conceptos de violación. Para que se estudien, basta con expresar claramente en la demanda de garantías la causa de pedir, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 1341, p. 1503.

_____ (s. f.). Congruencia y exhaustividad en sentencias dictadas en amparo contra leyes. Alcance de estos principios, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 322, p. 3997.

_____ (s. f.). Fundamentación y motivación, garantía de, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995,* t. VI, tesis 264, p. 178.

_____ (s. f.). Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 442, p. 1491.

_____ (s. f.). Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 321, p. 1310.

_____ (s. f.). Igualdad. casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 10, p. 827.

_____ (s. f.). Principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 358, p. 1363.

_____ (septiembre de 2010). Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucrados derechos fundamentales, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXXII, tesis 1a. CIII/2010, pp. 183-185.

Silva García, F. (2012). *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*. México: Porrúa.

Taruffo, M. (2003). *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*. México: TEPJF. Disponible en http://bit.ly/2I9Q44M.

Tribe, L. H. (2008). *The Invisible Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.

Villaseñor Goyzueta, C. A. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México: Porrúa/Escuela Libre de Derecho/Universidad Complutense de Madrid.

Wahrig, G., y R. Wahrig-Burfeind (Eds.) (1997). *Wörterbuch der deutschen Sprache*. Múnich: DTV.

Wank, R. (2001). *Die Auslegung von Gesetzen*. 2a. ed. Colonia: Carl Heymann.

Wellmer, A. (1988). Intersubjetividad y razón. Trad. de S. Saab. En L. Olivé (Comp.), *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,* pp. 259-260. México: Siglo XXI Editores/UNAM.

Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*. Ed. de Z. Bańkowski y N. MacCormick. Dordrecht: Kluwer.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5a. ed. Trad. de M. Gascón. Madrid: Trotta.

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.

El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana*

Arnulfo Daniel Mateos Durán

* Texto presentado en su versión original el 8 de octubre de 2019 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.

Sumario: A. Introducción; B. El concepto de intervención en la jurisprudencia y la literatura; I. El concepto clásico de intervención; II. El caso *Osho*; III. El concepto ampliado de intervención; C. Efectos de la intervención; D. El concepto de intervención y la división de poderes; E. El vínculo entre el concepto de intervención y el legislador; F. La diferencia entre intervención y restricción; G. La intensidad de la intervención; H. El concepto de intervención y el test de proporcionalidad; I. La grada de idoneidad y el concepto intervención; II. La grada de necesidad y la intensidad de la intervención; III. La grada de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación); IV. La intensidad de la intervención en la ponderación; I. Conclusiones.

A. Introducción

Los derechos fundamentales son las garantías legales que protegen las libertades consagradas en una Constitución. Una de las funciones esenciales del Estado constitucional consiste en garantizar el disfrute y la eficacia de tales derechos.[1] Sin embargo, el Estado es considerado generalmente como el principal destinatario del control constitucional por ostentar el monopolio del poder de coacción.[2] Por esta razón, la Constitución dispone los límites y márgenes de decisión en manos del Estado. Toda lesión a los elementos materiales y formales de la Constitución constituye una lesión al orden constitucional y, por ende, pierde validez jurídica. En las democracias constitucionales, el papel de declarar la inconstitucionalidad de leyes o actos de la autoridad estatal se resuelve en sede jurisdiccional. En este sentido, la intervención o injerencia del Estado en

[1] Véase, Grimm (1987, p. 36).

[2] Esto no implica necesariamente la imposibilidad de que se produzcan afectaciones a los derechos fundamentales por los particulares. Al respecto, véase, Borowski (2018a; 2019, pp. 3-27).

alguno de los bienes protegidos por los derechos fundamentales, como normas constitucionales, constituye una reducción de estas libertades y, por ello, es objeto de control constitucional. La figura conceptual de "intervención" (*Eingriff*) juega un papel importante en esta dinámica, pues supone el requisito que reactiva el efecto protector garantizado por los derechos fundamentales.

En la dogmática alemana de los derechos fundamentales, el concepto de intervención representa uno de los elementos constitutivos de la triada ámbito de protección-intervención-restricción.[3] Esta triada es un producto casuístico y académico de varios años.[4] Éste, a su vez, constituye el examen estándar[5] de los derechos de libertad o libertades negativas, conocidas en la dogmática alemana como "derechos de defensa" (*Abwehrrechte*).[6]

---

[3] La triada es producto de la concepción dogmática de los derechos fundamentales que separa a la protección *prima facie* ofrecida por un derecho (ámbito de protección) de su garantía efectiva, al ser aplicadas las restricciones constitucionales. En palabras de Gertrude Lübbe-Wolff: "La distinción entre el ámbito de protección constitucional y la posibilidad de restringir los derechos fundamentales implica, por una parte, el diferenciar la intervención estatal respecto de la lesión a los derechos fundamentales, y por otra, el no confundir el ámbito de protección con la garantía efectiva de los derechos fundamentales. El ámbito de protección (delimitado por medio de la protección constitucional) es donde el derecho fundamental despliega generalmente su función de protección; es decir, dentro del cual, la admisibilidad de la intervención estatal está vinculada a criterios formales determinados (forma de ley o fundamento legal) y de contenido material (a éste pertenece la exigencia de la proporcionalidad). El ámbito de garantía efectiva es aquel espacio en el cual, la intervención implica lo mismo que una lesión del derecho fundamental. Es aquella parte del ámbito de protección, en la cual los requisitos de admisibilidad de la intervención estatal no pueden ser cumplidos" (Lübbe-Wolff, 1988, pp. 25 y ss.) (traducción propia). Más acerca del tema, véase, Mateos (2019, pp. 227-298).

[4] La importancia que ha adquirido la triada es tal que, en Alemania, todo alumno de la carrera de Derecho conoce la diferencia, en palabras de Michael Holoubek: "Hoy en día, uno puede asumir confiadamente sin ninguna exageración que en generaciones de alumnas y alumnos de la carrera de Derecho ha permeado la diferenciación entre ámbito de protección (*Schutzbereich*), intervención (*Eingriff*) y restricciones constitucionales (*Grundrechtschranken*)" (Holoubek, 2007, p. 18) (traducción propia).

[5] La triada representa también una serie de pasos lógicos en el examen de constitucionalidad: "En el cual el ámbito de protección de un derecho fundamental no es afectado, entonces, es superflua la pregunta respecto a la intervención; en donde no se encuentra una intervención al derecho fundamental, se ahorra entonces la cuestión relativa a la justificación constitucional de una medida que afecta derechos fundamentales" (Holoubek, 2007, p. 18) (traducción propia).

[6] La estructura de los derechos de defensa podría ser resumida de la siguiente manera: "El derecho de defensa funciona como un mandato de omisión condicionado: La intervención en el ámbito de protección de un derecho de defensa está solamente permitida bajo el requisito de que la intervención sea justificada constitucionalmente. Si se satisface la justificación, entonces, el afectado debe tolerar la limitación de su posición jurídica (bien protegido). De lo contrario, contará con una

Dicho examen puede describirse de la siguiente manera: cuando una medida estatal, ya sea por acción u omisión, afecte el contenido de un derecho fundamental (ámbito de protección) y tal afectación satisfaga los requisitos del concepto de intervención, el siguiente paso consistirá en revisar si existe algún fundamento constitucional (restricción) que justifique tal afectación. En caso de no existir justificación constitucional, entonces, la medida estatal será inconstitucional. En cambio, si existe una justificación constitucional para dicha restricción, pero se duda de la adecuada relación fin-medio en la medida estatal, luego, se realizará un test de proporcionalidad.

El objetivo de este texto es realizar un estudio de la figura dogmática conocida como "intervención". La importancia de dicha figura consiste en su función como puente entre el contenido garantizado por una norma constitucional y el efecto de protección al ejercer el control. Es decir, la intervención constituye la reducción de las libertades protegidas constitucionalmente por una medida estatal.[7] Por lo tanto, es de suma importancia conocer aquellos requisitos que permiten calificar a una medida estatal como una "intervención"; se analizará la evolución jurisprudencial y la doctrinaria del concepto; también, se describirán su función en el examen de constitucionalidad y su importancia para el test de proporcionalidad.

El texto comprende la siguiente estructura: a) un breve desarrollo del concepto de intervención manejado en la jurisprudencia y la literatura académica alemanas; b) los efectos de la intervención y su relación con el principio de división de poderes; c) el vínculo entre el concepto de intervención y el legislador; d) la distinción entre intervención y restricción; e) la intensidad de la intervención como elemento relevante; f) la

---

pretensión de omisión y, según sea el caso, con la supresión de la afectación. Solamente una intervención constitucional no justificada constituirá una lesión de los derechos fundamentales". (Bumke, 2015, párrafo 56) (traducción propia). En este texto se utilizará el concepto "derechos de defensa" para hacer referencia a las libertades clásicas o libertades negativas.

[7] *Cfr.*, Bethge (1998, p. 10).

mención del papel del concepto de intervención en cada grada del test de proporcionalidad, y, por último, g) algunas consideraciones finales.

B. El concepto de intervención en la jurisprudencia y la literatura

El concepto de intervención o injerencia en los derechos fundamentales ocupa un lugar central en la literatura y la jurisprudencia constitucional alemanas. El uso de este concepto ha sido tan reiterado, incluso por autores como Rolf Eckhoff (1992, p. 5), quien considera que para el Tribunal Constitucional Federal Alemán el concepto ya constituye un elemento dogmático de su jurisprudencia, es decir, un *terminus technicus*. El empleo de esta figura dogmática en los derechos de defensa está tan arraigado en el sistema alemán que no es posible realizar el examen de constitucionalidad de una ley o acto estatal sin seguir los pasos de la triada ámbito de protección-intervención-restricción.[8] En especial, se considera que el concepto está estrechamente vinculado con el ámbito de protección garantizado en un derecho.[9] La literatura académica señala que este concepto se ha cristalizado como un medio adecuado para explicar el grado de afectación por parte de los órganos del Estado en el ámbito de protección garantizado por un derecho fundamental (Stern, 2018, párrafo 162). Asimismo, la intensidad de la intervención juega un papel esencial al momento de examinar la proporcionalidad de una medida estatal; criterio esencial en la grada de necesidad y en la ponderación de los principios constitucionales en colisión.

[8] Si bien el concepto de intervención encuentra su función primordial en los derechos de defensa, esto no significa que no tenga cabida en las otras funciones de los derechos fundamentales.

[9] El concepto de intervención requiere necesariamente de la existencia de un ámbito protegido por un derecho fundamental, en palabras de Bethge: "La intervención en los derechos fundamentales presupone al ámbito de garantía de los derechos de libertad. La cesura entre el derecho de libertad y la intervención existe también ahí, en donde no se considera ninguna libertad natural, sino donde la substancia del derecho fundamental es configurada por el legislador" (Bethge, 1998, p. 19) (traducción propia). Este último comentario se refiere a los derechos fundamentales que requieren de una configuración legal para su pleno disfrute, por ejemplo, el derecho a la propiedad y al trabajo.

Es necesario subrayar que en la dogmática y la jurisprudencia se han considerado dos modalidades del concepto de intervención: el concepto clásico y el ampliado. Las dos concepciones son importantes, pues elegir alguna supone, en los hechos, modular el número de casos que pueden ser considerados como medidas objeto de control constitucional. A continuación, se estudiarán ambas concepciones más a fondo.

I. El concepto clásico de intervención

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido el concepto clásico de intervención de la siguiente manera:

> En términos generales, por injerencia en un derecho fundamental se entiende un procedimiento jurídico-formal, que de manera inmediata y dirigida (es decir, encaminada a tal fin), es llevado a cabo por el Estado a través de un mandato o una prohibición (que en última instancia puede ser impuesto coercitivamente por medio de la fuerza pública), con un carácter imperativo de tal magnitud que conduzca a una disminución de las libertades constitucionales (Schwabe, 2009, p. 193).

Por lo anterior, los elementos del concepto clásico de intervención son los siguientes:

- Forma legal o identidad legal, particularmente por la ley, actos administrativos y decisiones jurisdiccionales.
- Uso de la fuerza coercitiva estatal —mandato o prohibición— (carácter imperativo).
- Dirigido, no es una mera afectación al bien protegido (finalidad).
- Afectación inmediata del bien protegido.
- La medida estatal está dirigida al portador del derecho fundamental.[10]

[10] *Cfr.* Stern (2018, párrafo163) y Bleckmann (1979, p. 231 y ss).

Cuando se determina la existencia de estos elementos en un caso concreto, entonces, se acredita la existencia de una intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental. El caso prototipo para esta definición es el acto administrativo (Dreier, 2013, párrafo 124).

Sin embargo, conforme fue pasando el tiempo, aparecieron voces que empezaron a criticar lo limitado y restrictivo del concepto clásico de interferencia. La más famosa fue la crítica de Hans-Ulrich Gallwas, quien subrayó un grave problema del concepto clásico, pues consideró que éste no comprendía las lesiones "fácticas" al contenido protegido por un derecho fundamental.[11] Para él, la concepción "clásica" de interferencia no tomaba en cuenta medidas estatales que, en los hechos, afectaban materialmente un derecho fundamental, pero no cumplían con los requisitos de la definición clásica (Gallwas, 1970, p. 22). Esta limitación se debía a lo restrictivo de los elementos del concepto clásico, pues cada uno de éstos dejaba fuera medidas lesivas de los derechos fundamentales. A continuación, presento las deficiencias de cada uno de los elementos del concepto clásico.

Comenzaré con el primer elemento del concepto clásico de interferencia: la forma legal o identidad legal.[12] Este elemento parte de la idea de que toda interferencia estatal tiene como identidad una ley que lo justifica, pero dicha identidad con la ley también comprende el efecto de la intervención y el destinatario de la misma. Esto traía consigo problemas, pues dejaba fuera afectaciones a terceros no contempladas por la ley, o tam-

[11] Por "afectaciones fácticas" Gallwas entendía todas aquellas lesiones a los derechos fundamentales que no encontraban una identidad con la ley: "Todas las afectaciones, que son idénticas con una correspondiente ley u orden, serán a continuación llamadas 'afectaciones imperativas'. Las demás, es decir, aquellas a las que le falta una identidad legal, serán referidas, cuando se hable de 'afectaciones fácticas'" (Gallwas, 1970, p. 12) (traducción propia).

[12] El término "identidad legal" fue acuñado por Gallwas. Este concepto, en palabras de Gallwas, comprende: "A quien se le impone por medio de una 'orden' o 'regulación' un determinado comportamiento, por ello, el acto exigido constituye por sí mismo una afectación. Esto es en cierto modo, el reflejo de la regulación en el ámbito del afectado. Tal relación entre la medida oficial y la afectación debe ser entendida a continuación como una 'Identidad de regulación y afectación'. Para determinar tal tipo de afectación, basta dar un vistazo a la regulación correspondiente" (Gallwas, 1970, p. 22) (traducción propia).

bién el abuso de la ley por parte de la autoridad. Con el tiempo, la idea de "identidad con la ley" fue abandonada por el Tribunal Constitucional, pues más que la relación entre la medida legal y el portador de derechos, lo relevante para el examen constitucional es la afectación del bien protegido (Eckhoff, 1992, p. 183).

Por *imperativo* se entiende que la medida estatal busca, por medio de la orden y la coacción, una meta, es decir, su ejecución sin el consentimiento del afectado (Eckhoff, 1992, p. 183). En la literatura académica y en la jurisprudencia ya no es considerado el carácter imperativo como un criterio de la interferencia de los derechos fundamentales. Uno de los problemas de este elemento subyace en los casos de "consentimiento" de la medida estatal por parte del portador del derecho fundamental, o también en los casos de renuncia del derecho fundamental.[13] Ese elemento presenta limitaciones en los casos de abusos de competencias por parte de las autoridades. Asimismo, en los casos de afectación concurrente, si bien no existe un consentimiento del portador, tampoco existe una orden de coacción expresa de limitar el derecho colateralmente afectado.

Lo anterior es más visible si se toma en cuenta el criterio de "finalidad" de la medida estatal, ya que pueden existir afectaciones a los derechos fundamentales por leyes o actos del Estado que no tenían como objetivo principal el limitar el contenido del derecho fundamental afectado.[14]

Por otra parte, el problema del concepto de inmediatez se encuentra en lo ambiguo y abstracto de su carácter.[15] Lo anterior, debido a que la ley

[13] Puede darse el caso de que el portador del derecho fundamental acceda a la medida estatal o renuncie a la protección ofrecida por el derecho: "A pesar de que sea atribuible una afectación puede también faltar el concepto de intervención, cuando el afectado renuncia a su derecho fundamental, por medio del uso de su libertad de decisión y de permitir al poder estatal afectar el bien protegido. Por ejemplo, cuando el propietario de un domicilio accede al cateo de su casa" (Bumke y Voßkuhle, 2015, párrafo 86) (traducción propia).

[14] *Cfr.,* Sachs (2018, párrafo 81). Para Eckhoff, lo que importa en última instancia no es sancionar la "voluntad" (objetiva o subjetiva) por parte del Estado, sino aspirar al mayor grado de protección constitucional de las libertades. *Cfr.*, Eckhoff (1992, p. 196).

[15] El concepto de "inmediatez" ha sido considerado por la literatura como una figura abierta que simplemente daba discrecionalidad al operador jurisdiccional para limitar el contenido de un derecho

fundamental no contiene criterios para determinar la cadena causal entre las medidas estatales y la merma de los derechos fundamentales, o qué elementos la componen (Eckhoff, 1992, p. 209). Varios autores cuestionan la relevancia legal de dicho elemento para determinar la intervención en los derechos fundamentales.[16] Se considera que un elemento más preciso para modular el grado de control jurisdiccional respecto de las interferencias constituye el criterio de "intensidad".

Por último, sólo queda mencionar el elemento de "destinatario". Para este criterio, se entiende por destinatarios a aquellos sujetos a los que está dirigida la medida estatal. Un criterio limitado solamente al destinatario de la ley es muy restrictivo, pues deja fuera a todos aquellos terceros afectados por la medida estatal. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha empleado muy poco este criterio, pero en lo general basta que una medida estatal afecte de manera fáctica los bienes protegidos por un derecho fundamental para que exista una intervención, incluso si la medida no estaba dirigida al demandante.

Debido a los problemas presentes en los elementos del concepto clásico de intervención, empezaron a aparecer voces en la academia que postulaban una concepción más amplia del concepto de intervención, apartándose de esta manera de los criterios ya establecidos. Entre estas propuestas destaca la de Gertrude Lübbe-Wolff, quien reconocía ya el desarrollo implícito —en algunos casos, incluso, explícito— de un uso

---

fundamental, en palabras de Eckhoff: "Por ello deviene que ninguna definición, que pueda aquí ser considerada como un posible contenido de 'inmediatez', puede interpretarse de la Constitución. […] No se dan razones en esta relación del porqué los derechos fundamentales deben ser limitados, ni puede interpretarse de la Constitución la forma en que esto debe suceder. En tanto este criterio presenta tan poca claridad dogmática bajo un aparente criterio normativo, no sirve para otra finalidad que el uso reiterado de la libre decisión. […] Inmediatez no es por ello un criterio del concepto de interferencia" (Eckhoff, 1992, p. 213) (traducción propia).

[16] Por su parte, Schwabe comenta: "Aprovechando esta ocasión, debe decirse además que, entre los problemas expuestos por todos los elementos, es decir, aquellos generalmente empleados para la cualificación de una medida estatal como afectación de derechos fundamentales, es imperativa la desconfianza frente al criterio de 'mediatez'. En todo caso, este elemento carece de toda precisión como en otros actos de autoridad, especialmente en la expropiación, dicha precisión es indispensable para su uso como elemento diferenciador" (Schwabe, 1977, p. 181).

distinto del concepto de intervención, "el cual comprende cada injerencia lesiva en el ámbito de protección de una libertad constitucional por medio de un acto positivo estatal" (Lübbe-Wolff, 1988, p. 71) (traducción propia). Igualmente, consideraba como criterio importante la "equivalencia prescriptiva" de la prestación estatal con los efectos de una intervención. Es decir, que la medida estatal tuviera una equivalencia fáctica con una intervención a los derechos fundamentales (Lübbe-Wolff, 1988, pp. 267 y 276). Por último, considera como otro elemento importante la finalidad de protección de la norma en la cual se funda la intervención del ámbito de protección del derecho fundamental (Lübbe-Wolff, 1988, pp. 281 y ss.).[17]

Sin embargo, aun con las distintas críticas, los elementos del concepto de intervención clásico siguen siendo empleados en el examen de constitucionalidad, en especial, en actos regulados por el derecho administrativo. Pero, como se vio antes, estos elementos son muy restrictivos y no responden a los nuevos retos que se presentan ante el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto se hizo patente en el caso *Osho*.

II. El caso *Osho*

El caso *Osho* parte de un fenómeno que ocurría en la sociedad alemana desde la década de 1960 y que prosiguió durante años. El suceso consistía en la aparición de grupos desconocidos hasta ese entonces y que llamaron la atención de la opinión pública, la cual los denominaba de distintas maneras: "sectas", "sectas juveniles", "religiones juveniles", "sectas o grupos psicológicos", etcétera.[18] Debido a sus creencias y cosmovisión, su

[17] Esto es una consecuencia del reconocimiento de la existencia de un orden objetivo de valores en la ley fundamental por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el cual los derechos fundamentales son el parámetro de interpretación de las leyes parlamentarias. En palabras de Lübbe-Wolff: "Por consiguiente, del reconocimiento de una función de protección material de los derechos fundamentales existe en la limitación de las libertades constitucionales la necesidad de ponderar entre dicha libertad y las razones a favor de la restricción por medio de la ley o fundadas en la ley" (Lübbe-Wolff, 1988, p. 284) (traducción propia).

[18] *Cfr.*, Tribunal Constitucional Federal alemán (2003, p. 280), BVerfGE 105.

estructura interna y las prácticas de sus integrantes, estas agrupaciones fueron fuertemente criticadas por los medios de comunicación. Una crítica recurrente era que aislaban a los miembros de sus familiares y conocidos para manipularlos física y financieramente. Esto tenía como consecuencia que los miembros interrumpieran sus estudios, cometieran afectaciones al orden laboral y social, existiera dependencia al grupo en cuestión y se presentaran daños psicológicos en los miembros más jóvenes.

Lo anterior también tuvo impacto en el Gobierno federal y el de los *Länder*. En 1996, el *Bundestag* alemán decidió crear una comisión de trabajo. Ésta emitió un informe intermedio en 1997 y uno final en 1998. En dicho estudio se advertía del peligro de utilizar el concepto de secta o grupo psicológico, ya que podía ocasionar la estigmatización de nuevas corrientes religiosas.

Con este trasfondo, la asociación civil de los derechos del ciudadano y la meditación del famoso Shree Rajneesh-Bhagwan, o mejor conocido: Movimiento Osho, demandó en sede administrativa al Gobierno federal alemán para que se abstuviera de emitir comentarios públicos en contra del movimiento. En particular, los demandantes se quejaban de tres pronunciamientos emitidos por el Gobierno federal y sus órganos, en los cuales nombraba a esas asociaciones como "grupos religiosos destructivos" o "cultos destructivos". En uno de los pronunciamientos se hacía mención directa del grupo demandante (BVerfGE 105, p. 283). La finalidad de la demanda consistía en evitar futuros pronunciamientos en este sentido por parte del Gobierno federal.

El Tribunal Administrativo de primera estancia estimó procedente la pretensión, al condenar al gobierno federal a abstenerse de calificar públicamente a los demandantes como "secta", "religión juvenil" y de vincularlo con los atributos de "destructivo" y "pseudoreligioso"; asimismo, que dejara de señalar que sus miembros eran manipulados (BVerfGE 105, p. 285). Sin embargo, no concedió que se prohibiera al demandado el uso de los

conceptos de "culto destructivo", "culto psicológico" y "secta". El gobierno federal apeló la decisión.

El Tribunal Superior Administrativo desestimó las pretensiones de los demandantes en su totalidad; sostuvo que no tenían ninguna pretensión derivada de los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la ley fundamental (libertad religiosa). Si bien los miembros de la asociación podían demandar la protección de la libertad religiosa por basar su vida en las enseñanzas de Osho, las afectaciones que derivaban de las expresiones públicas del gobierno estaban justificadas constitucionalmente (BVerfGE 105, p. 285). De acuerdo con el Tribunal Superior, las declaraciones del Gobierno federal formaban parte del margen de discrecionalidad con el que éste cuenta, lo anterior de conformidad con el artículo 65 de la Ley Fundamental vinculado con el deber estatal de protección previsto en el párrafo segundo, primer enunciado del artículo 2, y del párrafo sexto, primer enunciado del artículo 6 de la Ley Fundamental (BVerfGE 105, p. 286). Ello porque dichas declaraciones tenían como finalidad proteger los bienes consagrados en la Ley Fundamental, ya que constituían advertencias en favor del orden social.

El Tribunal Administrativo Federal desechó la revisión de la sentencia del Tribunal Superior (BVerfGE 105, p. 286). Para el Tribunal, el caso no tenía ningún significado importante, pues de acuerdo con la jurisprudencia existente hasta ese momento, las afectaciones al derecho de libertad religiosa y de cosmovisión, por medio de declaraciones públicas del gobierno, eran justificadas por el deber estatal de protección y el uso de las relaciones públicas. Las relaciones públicas del Gobierno también incluían las advertencias. En palabras del Tribunal:

> Relativo a las relaciones públicas del Gobierno federal, se entiende por una tarea estatal aquella que en los hechos no satisface una forma legal y en cuya recepción el Estado no manda o prohíbe al individuo un acto —impuesto de manera urgente y coactiva—. A primera vista, en tales casos no se opone al principio de Estado

> de Derecho a la procedencia de afectaciones a los individuos. Esto como consecuencia del postulado contenido en toda tarea estatal, de una recepción efectiva de las tareas estatales, y por la diversidad de aristas y efectos de afectación por tales actos "informales" del Estado. […] El Gobierno Federal puede emitir advertencias no solamente para proteger derechos de otros, sino también para proteger el bien común (BVerfGE 105, p. 287).

En contra de los anteriores fallos, los inconformes decidieron promover una demanda constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. En ésta, argumentaron el uso dañino de los conceptos empleados por el Gobierno federal para describir su movimiento, así como los efectos negativos que habían tenido tales declaraciones públicas para el grupo. Además, señalaron que las advertencias estatales afectaban la libre competencia entre las religiones y las cosmovisiones (BVerfGE 105, p. 289).

Asimismo, señalaron lo equivocado del argumento relativo a la necesidad de una identidad legal para las declaraciones del Gobierno. Tal situación negaría la función protectora de los derechos fundamentales. La facultad del Gobierno federal de hacer relaciones públicas no podía constituir una razón para legitimar declaraciones que afectaran derechos fundamentales. El test de proporcionalidad no era suficiente para eliminar los límites al Gobierno federal, siendo necesaria una regulación o un proceso para tales declaraciones. Asimismo, el principio de proporcionalidad se veía afectado por declaraciones fuertemente negativas, como "destructivo" y "pseudoreligioso" (BVerfGE 105, p. 289).

El Tribunal Constitucional, al conocer del caso, reconoció que las declaraciones emitidas por el Gobierno federal representaban una afectación a los derechos de los demandantes conforme a los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la ley fundamental. En especial, porque representaban una afectación del principio de neutralidad por parte del Estado alemán frente a todas las religiones y cosmovisiones. Sin embargo, para que dichas declaraciones fueran consideradas como una intervención,

era necesario ampliar el concepto "clásico" de intervención. En palabras del Tribunal Constitucional:

> La Ley Fundamental no ha vinculado al concepto de intervención la protección frente a afectaciones de los derechos fundamentales, y tampoco ha usado este concepto materialmente como un pretexto. Las mencionadas declaraciones tuvieron en relación con los demandantes un efecto fáctico. Como afectaciones del derecho contenido en los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la Ley Fundamental, no son por lo mismo objetables, en cuanto puedan ser justificadas constitucionalmente de manera suficiente.
>
> Este no es el caso. Si bien es verdad que el Gobierno Federal actuó, al emitir las declaraciones cuestionadas, dentro del marco de sus competencias de información. Sin embargo, los derechos fundamentales de los demandantes, conforme a los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la Ley Fundamental, han sido afectados desproporcionalmente (BVerfGE 105, p. 300-301).

A partir de este argumento, el Tribunal Constitucional reconoció lo limitado del criterio de identidad legal y otros elementos dentro del concepto "clásico" de intervención:

> Las funciones de los actos estatales pueden ser determinadas, sin más, normativamente por el legislador. Asimismo, el legislador puede regular los requisitos de afectaciones dirigidas e inmediatas. Lo anterior, no es válido generalmente para actos del Estado con efectos fácticos mediatos. Aquí yace una afectación derivada no de un comportamiento exigido por parte del Estado, sino de los efectos del actuar estatal para terceros, es decir, dichos actos dependientes de otras personas. La afectación ocurre a partir de una cadena de sucesos, en los cuales las consecuencias se vuelven relevantes para los derechos fundamentales, y que se relacionan de manera indirecta con el medio empleado o la meta conseguida.

> Tales tipos de efectos fácticos-mediatos se sustraen típicamente de una normativa (BVerfGE 105, p. 304).

Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional concedió la protección a los demandantes; ordenó al Gobierno federal que se abstuviera de emplear medidas que discriminaran y difamara a las nuevas corrientes religiosas. Sin embargo, reconoció que el gobierno federal contaba con la facultad de emitir advertencias y que éstas no requerían una forma legal. Dicha sentencia fue decisiva, pues implicó la ampliación del concepto de intervención.

III. El concepto ampliado de intervención

A partir de ésta y otras sentencias comenzó a emplearse con el tiempo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, un concepto más amplio de intervención. El concepto "ampliado" de intervención comprende: todas las afectaciones fácticas (por ejemplo, los efectos de los horarios de cierre de algunas tiendas para los clientes [BVerfGE 13, 230] o los que ocasiona que el marido expulse a su esposa del hogar [BVerfGE 51, 386, pp. 397 y ss.]); afectaciones no dirigidas (cuando la información al consumidor por parte del gobierno es falsa o errónea y afecta a ciertos productos) (BVerfGE 105, 252) y afectaciones que no están revestidas con alguna orden o mandato (tal es el caso de la participación de buena fe en la disposición de tarifas dentro de los procesos de contratación administrativa [BVerfGE 116, 202, pp. 222 y ss.]).

En este sentido, se entiende por intervención de los derechos fundamentales cada afectación negativa y atribuible[19] de un bien protegido, conte-

[19] Autores como Sachs guardan dudas respecto a la precisión de los criterios que permiten fincar responsabilidad al Estado por cualquier afectación fáctica de los derechos fundamentales: "Sobre los criterios para la relevancia de tales afectaciones, sobre todo el de responsabilidad estatal, existe todavía mucha incertidumbre. Como requisito mínimo de la responsabilidad estatal se fija sólo la causalidad del acto estatal. Sin embargo, existe un amplio desconocimiento respecto de si hay y, en dado caso, cuáles son, los criterios que pueden fijar la responsabilidad estatal de las consecuencias de sus afectaciones" (Sachs, 2018, párrafo 83).

nido en un ámbito de protección de un derecho fundamental, por medio del poder estatal.[20]

Esto no significa que el concepto clásico haya sido desechado, sino que funciona como base para el examen de constitucionalidad de una ley o un acto de autoridad. Sobre todo, en la jurisdicción administrativa. Sin embargo, cuando existe una afectación a un bien protegido por un derecho fundamental, pero tal medida estatal no cumple con los requisitos del concepto clásico, entonces se empleará el concepto ampliado. La ampliación del concepto de intervención constituye una consecuencia lógica del constante desarrollo y evolución que han adquirido los derechos fundamentales.[21]

C. Efectos de la intervención

Al existir una afectación o reducción de las libertades constitucionales ocasionada por una medida estatal, es necesario revisar a continuación si existe una justificación jurídica que la valide; ésta dependerá de los criterios formales y materiales que establezca el sistema constitucional.[22] En este sentido, cualquier intervención de los órganos del Estado en el ámbito de protección de los derechos fundamentales necesita una justificación constitucional. En la dogmática alemana, al verificarse que la medida estatal cumple con los requisitos del concepto de intervención, entonces, comienza la tercera etapa del examen de los derechos de defensa, es decir, la etapa de las restricciones. Los límites establecidos por la Constitución para delinear el contenido de los derechos fundamentales

[20] *Cfr.*, Bumke y Voßkuhle (2015, párrafo 76).

[21] Eckhoff considera la ampliación del concepto de intervención como un producto del paso del tiempo: "El desarrollo de la jurisprudencia y la literatura constituye el proceso de la 'disolución de la concepción clásica de interferencia', es el proceso de ampliación y de pérdida de substancia de la idea, vinculada al concepto clásico de interferencia, de afectaciones a la esfera de libertad del individuo. Este proceso ha demostrado ser consecuencia del hecho, que una definición formal del concepto, basada en la estructura del acto de intervención o la característica del acto estatal, no es compatible con los requisitos normativos de una definición adecuada para la Ley Fundamental" (Eckhoff, 1992, p. 228).

[22] En la Constitución hay un sinnúmero de sinónimos del concepto de intervención.

se les conoce como restricciones. Esta etapa consiste en revisar si dicha intervención está fundada en alguna reserva o competencia a favor del legislador o de la autoridad en cuestión. A partir de las distintas restricciones de la ley fundamental pueden considerarse las siguientes justificaciones para limitar el contenido de un derecho fundamental: que exista una reserva de ley, un interés público o una meta de la restricción, y, por último, el test de proporcionalidad (Weber-Düler, p. 61).

D. La división de poderes y el concepto de intervención

En la teoría del Estado y del derecho constitucional, la protección de los derechos fundamentales constituye una de las funciones primordiales del Estado. El Estado constitucional está diseñado para ejercer el monopolio de la coacción dentro de su territorio. Sin embargo, para evitar abusos de la autoridad en contra de los derechos de los individuos, reparte sus funciones de gobierno en diferentes órganos. La división de poderes responde a las distintas funciones esenciales para la existencia del Estado. En Alemania, el párrafo tercero del artículo 1 de la ley fundamental vincula a los tres poderes del Estado al contenido garantizado por los derechos fundamentales. Por ello, todas las medidas estatales pueden ser consideradas como potenciales lesiones a los derechos fundamentales (Eckhoff, 1992, p. 13).

En la dinámica del Estado de derecho, el concepto técnico de intervención es importante, pues tiene la función clave de accionar la garantía de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son una parte importante de los gobiernos democráticos, pues posibilitan las actividades que permiten el debate democrático y la formación de la opinión pública.[23]

[23] Si bien puede considerarse que los derechos de defensa constituyen simplemente actos negativos del Estado, autores como Horst Dreier señalan que en las democracias constitucionales éstos tienen una doble función: "Mientras Jellinek adjudicó únicamente el estatus negativo a los derechos fundamentales y el estatus positivo solamente a los derechos ciudadanos en sentido estricto (derecho al voto y acceso al servicio público), ha ganado importancia dentro de las democracias constitucionales

La garantía de los derechos de defensa, como garantías esenciales de las libertades de los individuos, también dota de legitimidad a los órganos del Estado. Por tal motivo, la legitimidad democrática afecta el margen de discrecionalidad de los órganos estatales. Esto es más visible en el papel que juega el legislador nacional en las democracias constitucionales; como aquel órgano que por medio de la ley expresa la voluntad popular. El margen de discrecionalidad del legislador para intervenir en los derechos fundamentales es mayor respecto de los demás poderes del Estado (Cornils, 2005, pp. 10).[24] La mayor expresión constitucional de dicha facultad consiste en la "reserva de ley" que es posible encontrar en algunos derechos fundamentales.

E. El vínculo entre el concepto de intervención y el legislador

En el caso *Osho*, el Tribunal Federal Constitucional alemán subrayó el papel central del legislador como órgano del Estado que da contenido y establece los límites de los derechos fundamentales por medio de la ley. Para Morgenthalter el vínculo entre las libertades de los derechos fundamentales y el legislador no se reduce a una mera prohibición o a un estatus negativo, en cambio, ciertas leyes permiten un desarrollo "autónomo y confiado" de las libertades contenidas en los derechos fundamentales (Morgenthalter, 1999, p. 19).

La ley no sólo constituye un límite al disfrute de los derechos fundamentales, sino que a su vez representa un mecanismo de configuración en

---

la dimensión ciudadana activa de los de derechos fundamentales. Aquí no se trata de un grupo exclusivo de derechos como los de ciudadanía. Un mismo derecho fundamental es, en cambio, un derecho de defensa y un derecho con efecto democrático; si tal percepción sirve para un asunto privado o público, depende del sujeto del derecho fundamental. De esta manera se aclara la doble función o doble aspecto de los derechos fundamentales. Esta doble función consiste en garantizar y asegurar la finalidad total del conjunto de instituciones y de derechos constitucionales, la "libertad individual de la persona", y la dirección democrática de los derechos fundamentales (tanto subjetiva-defensiva, subjetiva-pasiva o de derecho estatal) Dreier (1993, pp. 40 y ss.) (traducción propia).

[24] Véase también BVerfGE 90, 60, p. 94.

manos del legislador para dar efectividad a otros derechos y bienes constitucionales. Esto sucede de modo frecuente en las llamadas garantías institucionales,[25] es decir, aquellos derechos que generalmente pueden materializarse sólo a través de la ley.[26]

La vinculación entre la efectividad de los derechos fundamentales y la legislación es mucho más clara en los derechos fundamentales de prestación.[27] En este tipo de derechos es necesaria la creación de una situación jurídica para el disfrute de un derecho fundamental.[28] Es decir, el legislador está obligado a promulgar leyes en aquellos casos en los que el vacío legal implique la afectación de un derecho fundamental (Borowski, 2019, pp. 17 y ss). Esto sucede a menudo en los casos en que dos derechos fundamentales entran en colisión y es necesaria la promulgación de leyes para proteger los bienes constitucionales de uno de los portadores de esos derechos fundamentales (Borowski, 2019, pp. 17 y ss).

El papel del legislador, como máximo titular de la representación democrática, fija el contenido de varios derechos, así como también busca promover, por medio de la ley, el desarrollo de otros derechos o metas del Estado. Sin embargo, el límite del margen de discrecionalidad del legislador está acotado por las competencias establecidas por la Constitución, así como el contenido de los derechos fundamentales. En caso de que el legislador afecte el contenido de un derecho constitucional, se considera entonces que existe una intervención en los derechos fundamentales.

---

[25] Relativo a las garantías institucionales, véase Schmitt (1958).

[26] Relativo a la configuración de los derechos fundamentales por parte del legislador democrático, véase, Bumke (1998).

[27] En esta obra no es posible ahondar más en el complejo debate de la estructura y función de los derechos de prestación. Para un estudio más completo véase, Borowski (2003, pp. 143 y ss).

[28] Ésta constituye la diferencia material entre los derechos de defensa y de prestación. A diferencia de la distinción formal (la cual sólo se enfoca en la distinción entre derechos de defensa y de prestación por medio de las categorías omisión/acción), la distinción material constituye siempre un acto material legislativo o de autoridad estatal, que pueden ser: la emisión de una ley parlamentaria, un acto administrativo o un acto fáctico. *Cfr.,* Borowski (2002, p. 304).

Sin embargo, no es claro si cada afectación en los derechos fundamentales necesariamente es una violación constitucional (Eckoff, 1992, p. 6). Lo anterior se debe a que, en repetidas ocasiones, el legislador u otros órganos del Estado afectan el contenido de los derechos fundamentales individuales o colectivos en razón del cumplimiento de una meta o fin. Entre más amplio sea el ámbito de protección de los derechos fundamentales, mayor será la posibilidad de que se vean afectados por medidas estatales (Lübbe-Wolff, pp. 87, 285 y ss.). Esto también puede verse con el concepto ampliado de restricción. Como se indicó anteriormente, el concepto ampliado de intervención ocasiona que un mayor número de medidas estatales sean consideradas afectaciones de los derechos fundamentales.

F. La diferencia entre intervención y restricción

La protección de las libertades individuales es una de las principales funciones del Estado, todos los individuos en éste gozan de los derechos consagrados en la Constitución y pueden demandar su efectividad. Sin embargo, las libertades también tienen límites. Como bien señala Stefan Huster (1993, p. 78), la dogmática de la intervención parte justamente del reconocimiento de que las libertades individuales no son ilimitadas. En ese sentido, la intervención del Estado a los derechos fundamentales constituye un límite en sí. Como mencioné anteriormente, cuando se comprueba la existencia de una intervención se requiere entonces de una justificación para dicha intervención. En ese sentido, las restricciones constituyen los argumentos legales, contenidos en las normas constitucionales, que limitan el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Las restricciones de los derechos fundamentales suponen por ello los medios constitucionales que dan marco al efecto protector de los mismos. Aunque el efecto de las restricciones es muy poderoso, éstas se encuentran establecidas en la normativa constitucional. A diferencia del concepto de restricciones, que es estático y normativo, el de intervención es dinámico

y complejo.[29] Esto significa que las razones normativas para limitar el contenido de los derechos permanecen inamovibles en el texto de la Constitución. Sin embargo, como consecuencia de la ampliación del ámbito de protección,[30] así como del concepto de intervención, empezaron a ser más recurrentes las colisiones entre las metas constitucionales concretizadas por la actividad del legislador y la protección de los derechos fundamentales; incluso la colisión en la garantía entre derechos. Aquí entra otro tipo especial de restricción constitucional, que consiste en el test de proporcionalidad. Éste supone una herramienta dogmática que permite calificar a una medida estatal (como medio), respecto del fin constitucional que busca dar efectividad (fin legítimo). Antes de abordar la estructura del test de proporcionalidad, es conveniente estudiar más a fondo la relación del elemento intensidad con el concepto de intervención.

G. La intensidad de la intervención

La intensidad es un criterio que se concentra sólo en la esfera del afectado y en la parte pasiva de la intervención, no en su vinculación con el acto estatal (Stern, 1994, p. 157). En otras palabras, los criterios de intervención no se limitan únicamente a la forma de la medida estatal (concepto clásico de intervención), sino también en su "efecto". Para Klaus Stern, en el criterio de intensidad surge ante todo la pregunta de si existe la posibilidad de que el efecto de la medida estatal no haya trastocado, en cuanto al peso de afectación, el ámbito de protección del portador de derechos fundamentales, o, en otras palabras, si es justificable un umbral mínimo de intervención a partir de la intensidad de afectación (Stern, 1994, p. 157). Lo anterior tiene mucho sentido en el test de proporcio-

[29] *Cfr.,* Stern (2018, párrafo 162). Gracias al concepto amplio de intervención hay un mayor número de medidas estatales consideradas intervenciones y, por ello, objeto del control constitucional.

[30] La ampliación del ámbito de protección de los derechos fundamentales es producto de métodos de interpretación como la interpretación evolutiva y el principio *pro persona*. Dichos métodos tienen como resultado una ampliación de los casos que caen bajo la protección constitucional. En este sentido, ese tipo de interpretaciones podría ser clasificado en la dogmática de los derechos fundamentales en la teoría del supuesto de hecho amplio. Más relativo a dicha discusión, véase Mateos (2019).

nalidad, puesto que en éste se reconoce la existencia de una intervención por una medida estatal, en el ámbito de protección de un derecho fundamental, pero se examina la proporcionalidad de dicha medida respecto del fin buscado. Esto, como se dijo anteriormente, es una consecuencia lógica de ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, así como también de aumentar el umbral de casos objeto de control constitucional; gracias al concepto ampliado de intervención.[31] Rolf Eckhoff considera que la normatividad del "efecto" de la medida estatal se dirige necesariamente a la medición de tales efectos. Para el autor, la existencia de una intervención en los derechos fundamentales ya no es una cuestión de "sí o no", sino que se convierte en la pregunta: ¿en cuánto es afectado el derecho? (Eckhoff, 1992, pp. 253).

Sin embargo, uno de los problemas presentes en el elemento de intensidad radica en la dificultad de determinar el grado de afectación de un derecho fundamental ocasionado por una medida estatal. Algunos autores, como Lübbe-Wolff, critican la falta de contornos para delinear certeramente el criterio de intensidad.[32] Sin embargo, como señala Arno Scherzberg, el Tribunal Constitucional Federal alemán, al no tener criterios generales para determinar el grado de intensidad de la intervención estatal, hace por lo mismo un pronóstico sobre las consecuencias de su decisión, para relaciones futuras de otros portadores del derecho en cuestión.[33] La construcción de criterios se logra al contrastar casos con características similares, lo que permite agruparlos. Ocasionalmente, el Tribunal menciona la importancia del derecho fundamental afectado al portador y en el orden objetivo constitucional, al momento de determinar el grado de intensidad de intervención (Scherzberger, 1989, p. 62).

Eckhoff considera que los límites de dicha graduación pueden ser encontrados en el texto de la Constitución. Sobre todo, en aquellos casos

[31] *Cfr.*, también, Eckhoff (1992, pp. 252 y ss).
[32] *Cfr.,* Lübbe-Wolff (p. 267), Borowski (2018b, p. 128).
[33] *Cfr.,* Scherzberger (1989, p. 62).

en los que la norma constitucional otorgue al legislador un margen de discrecionalidad para configurar el derecho fundamental (reserva de ley), entonces, debe ser más intenso por ello el efecto de la intervención para que la medida estatal pueda ser objeto de control constitucional (Eckhoff, 1992, pp. 254). Mientras que en los derechos fundamentales que no contienen restricciones textuales o la restricción sea por medio de un test de proporcionalidad, el grado de intensidad para accionar el control constitucional es menor; lo que implica que las razones del Estado para limitar tal derecho deben ser mayores y sólo fundadas en la satisfacción de otro bien constitucional.

El criterio de intensidad de una intervención es muy importante para determinar la amplitud del control jurisdiccional, pues el grado de afectación de una medida estatal trae consigo la existencia de una "frontera de asuntos menores" (*Bagatellgrenze*) (Eckhoff, 1992, pp. 255 y ss.). En otras palabras, aquellas afectaciones a los derechos fundamentales que tienen efectos mínimos no son, entonces, sujetas al control constitucional (el análisis de laboratorio sanguíneo en un proceso de pensión alimenticia [Eckhoff, 1992, pp. 256; BVerfGE 5 13, p. 15], una tomografía [BVerfGE 17, 108, p. 115], el deber de utilizar cascos de seguridad [1 BvR 1295/80], etcétera). Esto supone la existencia de un margen de discrecionalidad graduable. Esta idea, se insiste, será de suma importancia en el test de proporcionalidad, en particular, en la tercera grada, la proporcionalidad en sentido estricto, o mejor conocida como ponderación.

H. El concepto de intervención y el test de proporcionalidad

Antes de comenzar a estudiar el test de proporcionalidad, aprovecharé este espacio para recapitular el examen de constitucionalidad de los derechos de defensa. Los derechos fundamentales, como derechos de defensa, protegen las libertades de los individuos en las democracias constitucionales. La garantía constitucional de estas libertades faculta a los individuos, el exigir al Estado la supresión de las medidas de autoridad que afecten

el contenido de tales libertades. Como se mencionó, la existencia de una intervención es el elemento que justifica la protección de un derecho fundamental. Sin embargo, no todas las intervenciones son ilegales, puesto que estas pueden ser justificadas. En palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán: "El requisito para una intervención en un derecho fundamental, y decisivo para su proporcionalidad, es la fijación de un fin legítimo" (BVerfGE 80, 137, p. 159; BVerfGE 104, 337, p. 347).

Un fin legítimo sólo puede justificarse a partir de una meta constitucional o de la satisfacción de otros derechos fundamentales. El fin o meta de la medida estatal, empero, no debe vaciar el contenido esencial del derecho fundamental afectado:

> En esencia, cada interés público, que no esté prohibido constitucionalmente, es legítimo. Dependerá también del derecho en cuestión que sea afectado, la meta que se considera legítima. En particular, no es legítima la supresión del principio de libertad contenido en el derecho fundamental cuestionado (BVerfGE 124, 300, p. 331).

De este modo, constituye un fin legítimo toda aquella meta estatal que esté de acuerdo con el contenido de la Constitución, o que sea establecida por la misma. Teniendo en cuenta lo anterior, existe un vínculo entre la meta estatal y el medio empleado por el Estado para la consecución de tal fin: "Dentro del examen de proporcionalidad, debe observarse el medio y el fin, en todas las intervenciones del Estado a la esfera de las libertades" (BVerfGE 16, 194, p. 201 y ss.).

La medida estatal, como medio para alcanzar una meta establecida por la Constitución, debe ser proporcional con la afectación causada. En este sentido, debe existir congruencia en la relación medio-fin: "El margen de discrecionalidad del legislador es, por tanto, excedido, cuando las consideraciones legales son tan inadecuadas que no se puedan ofrecer argumentos racionales para tales medidas" (BVerfGE 110, 141, p. 157 y ss).

Para ello, el Tribunal Constitucional ha desarrollado un test que tiene por objetivo determinar la relación entre el medio y fin: el test de proporcionalidad. Sin embargo, como método empleado para determinar la constitucionalidad de las medidas estatales, requiere, como cualquier restricción de los derechos fundamentales, de un rango constitucional. En ese particular, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido lo siguiente:

> En la República Federal de Alemania, el principio de la proporcionalidad goza de un rango constitucional. Se desprende del principio de Estado de Derecho, con base en la misma esencia de los derechos fundamentales, los cuales, respectivamente, sólo pueden ser limitados (como una expresión de la exigencia de libertad del ciudadano en contra del poder coactivo estatal), cuando sea imprescindible la protección de intereses públicos (BVerfGE 19, 342, p. 348; BVerfGE 55, 28, p. 30; BVerfGE 76, 1, p. 50 y ss).[34]

El test de proporcionalidad ocupa un lugar central en la jurisprudencia y la academia alemanas, en especial, en la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán. Gracias a varias decisiones paradigmáticas, el Tribunal Constitucional ha construido a través de los años criterios para resolver las colisiones entre los derechos fundamentales y las metas del Estado contenidas en la Constitución; así como las colisiones que se presentan entre derechos fundamentales propiamente dichos. Para revisar la procedencia de la limitación de los derechos fundamentales, debe seguirse

[34] Respecto a la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad, Dreier dice: "Las opiniones difieren en lo relativo a la justificación constitucional del principio de proporcionalidad: algunos recurren al principio de Estado de Derecho, unos lo consideran como un principio general del derecho, otros lo fundan en la esencia de los derechos fundamentales, y aisladamente se funda en el principio de igualdad" (Dreier, 1993, párrafo 243) (traducción propia). Para Borowski, el principio de proporcionalidad se funda en dos preceptos: "Relativo al fundamento del principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental, hay particularmente dos planteamientos. El primero, se sustenta bajo el indicio del principio de Estado de Derecho de acuerdo al párrafo 3 del art. 20 de la Ley Fundamental. Mientras que el segundo, se basa en la reconstrucción de la teoría de los principios de los derechos fundamentales, en tanto, requiere necesariamente el principio de proporcionalidad el uso de los principios" (Borowski, 2018b, p. 254 ss) (traducción propia).

una serie de pasos, los cuales constituyen un test. Esta serie de pasos se aprecian en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

> De acuerdo con el principio de proporcionalidad, el medio empleado por el legislador debe ser idóneo y necesario para alcanzar el fin deseado. El medio es idóneo, cuando con su ayuda se puede potenciar el éxito deseado; es necesario, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio igualmente efectivo que no afecte, o solamente de manera de leve, un derecho fundamental (BVerfGE 30, 292, p. 316).

El principio de proporcionalidad, también conocido como la "prohibición de la medida extrema"[35], vincula a los tres poderes del Estado.[36] Cada órgano del Estado debe vigilar el cumplimiento de sus funciones con el ordenamiento constitucional. Por ello, el test de proporcionalidad, con todos sus pasos, actúa como un examen que tiene por objetivo, mantener la congruencia de los mandatos constitucionales y por ende, del sistema normativo mismo.

I. La grada de idoneidad y el concepto de intervención

El test de proporcionalidad comienza con la grada de idoneidad. Este paso tiene por objetivo determinar si la medida elegida por el Estado es realmente viable para la consecución de la meta estatal.[37] "Por ello, un medio es, en un sentido constitucional, idóneo, cuando con su ayuda puede ser alcanzado el éxito deseado, para lo cual cumpla con la posibilidad de la consecución de la meta" (BVerGE 63, 88, p. 115; BVerfGE 67, 157, p. 175; BVerfGE 96, 10, p. 23). Como se mencionó, el medio considerado idóneo debe perseguir una meta constitucionalmente legítima.

---

[35] Relativo a este principio en el Estado constitucional, véase, Lerche (1961).
[36] *Cfr.* Dreier (1993, párrafo 245).
[37] Este paso trata de una cuestión empírica relativa a la aptitud de un medio para la consecución de un fin. *Cfr.* Dreier (1993, párrafo 147).

En el test de proporcionalidad el concepto de intervención adquiere relevante importancia, pues éste supone un criterio para determinar si una medida estatal es proporcional con la protección y las metas contenidas en la Ley Fundamental. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no sólo se toma en cuenta la existencia de una intervención, sino, además, la intensidad de la misma: "La intensidad de una intervención no puede sobrepasar la proporción del significado de la meta y las pérdidas toleradas por el ciudadano" (BVerfGE 27, 344, p. 352) (traducción propia).

La intensidad de la afectación modula a su vez el control constitucional de los órganos jurisdiccionales. En tanto mayor sea la intensidad de afectación al derecho constitucional por parte de la medida estatal, entonces, será más intenso el control jurisdiccional en las funciones de los demás órganos del Estado.[38] Esto en los hechos, tiene como consecuencia, la imposición de una carga a las autoridades del Estado, la cual consiste en considerar el medio más idóneo y menos lesivo de los derechos fundamentales; lo que obliga a un examen racional de las medidas estatales como medios necesarios para el cumplimiento de las metas del Estado: "Dentro de una completa ponderación entre la gravedad de la intervención y el peso, así como la urgencia, de las razones que lo justifican, también deben ser garantizadas las fronteras de la razonabilidad" (BVerfGE 30, 292, p. 316; BVerfGE 81, 70, p. 92; BVerfGE 83, 1, p. 19; BVerfGE, 96, 10, p. 23).[39]

La intensidad de la intervención en el contenido del derecho fundamental se vuelve un factor muy importante en la segunda etapa del test de proporcionalidad, es decir, en el grado de necesidad. En esta etapa, la

[38] *Cfr.*, Scherzberger (1989, p. 72) y Eckhoff (1992, 258 y ss.).

[39] De acuerdo con Borowski, el principio de idoneidad no exige necesariamente la consecución total del fin, basta con que el medio fomente la meta buscada. Para Borowski, esto constituye un indicio del carácter de optimización de los principios (Borowski, 2018b, p. 257); véase, además, Alexy (1994, p. 103).

intensidad de la intervención sirve como criterio de elección del medio más idóneo, como se verá a continuación.

II. La grada de necesidad y la intensidad de la intervención

En la grada de necesidad se califica a una medida estatal como "necesaria" a partir de la relación entre el medio y el fin (Clérico, 2009, p. 101 ss). Un medio se considera necesario cuando el legislador no puede elegir otro medio eficaz para el fin y éste no afecte, o afecte sólo de manera leve, el contenido de un derecho fundamental.[40] Por lo tanto, el grado de necesidad consiste en la comparación de los distintos medios idóneos para la consecución de la meta constitucional.

La autoridad tiene un margen de discrecionalidad para seleccionar la medida que considere eficaz y menos lesiva con el propósito de alcanzar una meta constitucional. Para Marius Raabe (1998, p. 333), el grado de necesidad no consiste simplemente en la valoración normativa de los beneficios de un medio alternativo, sino en una cuestión empírica, aquella que se pregunta si hay realmente medios alternativos con el mismo efecto que el elegido por el legislador. De acuerdo con Martin Borowski (2018b, p. 257), el grado de necesidad satisface los requisitos para el uso del óptimo de Pareto;[41] como uno de los requisitos mínimos para un acto racional.[42] Lo anterior, también es congruente con el carácter de optimización de los principios (Borowski, 2018b); indica que el papel de determinar la "nece-

[40] *Cfr.*, Bumke y Voßkuhle (2015, párrafo 132) y Dreier (2013, párrafo 148).

[41] La justificación del uso del óptimo de Pareto en el grado de necesidad se considera obra de Bernhard Schlink (1976, p. 188 ss). Dechsling define el uso del óptimo de Pareto en el grado de necesidad de la siguiente manera: "El optimo de Pareto es un excelente punto de partida para el análisis del mandato de necesidad. Éste indica que una situación dada sólo puede ser eficiente, cuando no es posible ninguna variación que la pueda mejorar, sin empeorar la posición de los demás. Este criterio de eficiencia permite a los economistas nacionales distinguir el problema de la asignación eficiente respecto del problema de la distribución" (Dechsling, 1989, p. 51) (traducción propia).

[42] Para Hirschberg, constituye la idea de los fines y los medios, como proyección de la relación entre causa (medio) y efecto (fin), una categoría esencial del pensamiento humano. *Cfr.* Hirschberg (1981, p. 439).

sidad" del medio proviene desde la perspectiva objetiva del Estado (Borowski, 2018b, p. 258). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido en manos del legislador un margen de discrecionalidad para la elección de medios efectivos: "Asimismo, el legislador emplea, en la estimación de la necesidad, un margen de discrecionalidad y de pronóstico" (BVerfGE 102, 197, p. 218).

Como bien señala Sachs, el Tribunal Constitucional otorga un margen de discrecionalidad mayor al legislador en atención al alto grado de legitimidad democrática con el que cuenta.[43] Aunque el legislador tenga un amplio margen de maniobra, esto no implica en los hechos que dicho margen sea ilimitado, pues los límites del mismo son establecidos por el contenido de la Constitución:

> Por ello, las medidas que considera el legislador como necesarias para la protección de bienes públicos importantes, pueden ser objetadas solamente cuando a partir de los hechos conocidos y en vista de la experiencia hecha hasta ese momento, sea posible determinar que hay leyes que pueden ser consideradas como alternativas, porque tienen los mismos efectos y son menos lesivas para el afectado (BVerfGE 25, 1, p. 19 ss).

A partir de lo anterior, Laura Clérico señala la existencia de tres elementos en el grado de necesidad:

- El grado de necesidad presupone la relación medio-fin.
- La existencia de más de un medio, pues es un requisito para la comparación.

[43] En palabras de Sachs: "El Tribunal Constitucional muestra una especial deferencia frente al margen de discrecionalidad y configuración del legislador; por ello son tomados en cuenta: la materia del caso correspondiente, la posibilidad de formación de la opinión legal y la importancia de la afectación del bien jurídico. Con frecuencia solamente se examina, si una ley es evidentemente no idónea o de si es defendible el pronóstico del legislador. El legislador tiene derecho a experimentar, pero debe retocar los diagnósticos erróneos" (Sachs, 2018, párrafo 151) (traducción propia).

- Se trata de una comparación doble. Primero, de los medios en relación con la consecución de la meta. Segundo, la relación del medio con la intensidad de la afectación (Clérico, 2009, p. 102 ss).

El vínculo entre la idea de fin-medio y el principio de proporcionalidad es muy estrecho, puesto que en la proporcionalidad existe un fin determinado y un examen de los medios efectivos. La idea de fin-medio está tan arraigada en los grados de idoneidad y necesidad, que incluso autores como Hirschberg mencionan que en la mayoría de los casos en los que se llega a la tercera etapa, la de la proporcionalidad en sentido estricto, siempre subyace una relación fin-medio.[44] Dice, asimismo, que esta relación se presta para explicar varios fenómenos del derecho constitucional. En especial, el concepto fin-meta puede dar mayor claridad a conceptos como "sentido", "razón" y" justificación" (Hirschberg, 1981, p. 49).

La existencia de distintos medios para comparar es, a su vez, una consecuencia de la etapa anterior, es decir, del grado de idoneidad. La etapa del grado de necesidad presupone el grado de idoneidad, pues para otorgar el carácter de "necesario" a un medio resulta indispensable contar con elementos encaminados a la consecución de dicha meta (Hirschberg, 1981, p. 59).

En el grado de necesidad se examina de manera conjunta la eficacia y la intensidad de la intervención del medio seleccionado por la autoridad. El que tenga una gran eficacia en la consecución de la meta, pero igual grado de intensidad de afectación respecto de otros medios, tendrá preferencia y será considerado como "necesario" respecto de aquellos otros que tienen una eficacia menor y consecuencias de afectación claramente moderadas.[45]

---

[44] *Cfr.,* Hirschberg (1981, p. 45). Sin embargo, él considera que la relación fin-medio no presupone a la proporcionalidad en estricto sentido (p. 47).

[45] *Cfr.,* Sachs (2018, párrafo 153). Al respecto, Laura Clérico señala que existen dos submandatos en el grado de necesidad: " [E]l submandato de (por los menos) igual adecuación técnica del medio alternativo (*das Gebot der mindestensgleichen Geeignetheit der alternativen Mittel*) y, -[E]l submandato

III. La relación entre la grada de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)

Se considera generalmente que el test de proporcionalidad cuenta de con tres etapas: 1) el grado de idoneidad, 2) el grado de necesidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Sin embargo, varios autores, entre ellos Bernhard Schlink (1976, p. 76), consideran que la tercera etapa no es necesaria porque fomenta la discrecionalidad del operador jurisdiccional.

Para Robert Alexy el grado de necesidad permite calificar a un medio, de entre varios, como "necesario", sin embargo, esto es una cuestión de las posibilidades fácticas, mas no de las posibilidades legales. Para él, sólo esta pregunta puede hallar una respuesta mediante la ponderación (proporcionalidad en *sentido estricto*) (Alexy, 1994, p. 101). Del mismo modo, Huster considera que el examen de idoneidad y de necesidad se reduce a una misma pregunta, de si el acto estatal está de acuerdo con un estándar establecido. Sin embargo, considera que esto es algo muy distinto a la pregunta de si el acto estatal es un medio efectivo, o si existe otro medio efectivo que afecté de menor manera (Huster, 1993, p. 135).

La discusión relativa a la necesidad del tercer grado en la proporcionalidad no puede ser abordada en este trabajo, pues excedería a la finalidad del mismo. Sin embargo, se puede mencionar que en la fórmula del peso desarrollada por Alexy se encuentra el criterio de intensidad de la intervención estatal (Alexy, 2010, p. 408), lo cual demuestra la importancia de esta figura dogmática en la mayoría de las etapas del examen de constitucionalidad de los derechos de defensa. A continuación, se profundizará más en esto.

---

del examen del medio alternativo menos gravoso en sentido estricto (*das Gebot des milderen Mittel i.e.S*)" (Clérico, 2009, p. 103).

IV. La intensidad de la intervención en la ponderación

En la tercera grada del test de proporcionalidad, conocida como proporcionalidad en *sentido estricto*, se realiza una ponderación de los principios constitucionales que entran en colisión. Al tener las normas en colisión la misma jerarquía, no es posible emplear todas las reglas de solución de antinomias, en particular, cuando existen dos derechos fundamentales aplicables al mismo caso o en directa colisión.[46] En parte, esto se debe al efecto progresivo de los derechos, el cual ocasiona que un mayor número de situaciones caigan en el ámbito de protección de un derecho fundamental.[47] Debido a la complejidad y extensión del tema relativo a esta grada del test de proporcionalidad, sólo me enfocaré en el papel que juega el concepto de intervención dentro de esta última etapa.

Como ya se mencionó, la afectación (por medio de una medida estatal) a un derecho constitucional es producto de la satisfacción de otra norma constitucional (fin legítimo de la medida estatal). En este sentido, el grado de intensidad de dicha medida estatal juega un papel esencial en la ponderación. Pero, como se mencionó, uno de los problemas relativos a este elemento se encuentra en la falta de contornos claros. En esta situación, la teoría normativa de los principios, propuesta por Alexy puede representar una forma efectiva para explicar la situación. Al ser los principios mandatos de optimización, implica la existencia de la categoría del peso y la de un margen de discrecionalidad modulable (Alexy, 2010, pp. 47 y ss.).[48] Asimismo, es posible representar el peso a partir de una escala de orden ordinal.[49] En este sentido, la intensidad de la intervención también constituye un elemento graduable. Lo anterior tiene como resultado que el operador constitucional tome en consideración en la ponderación el

[46] *Cfr.,* Heß (2000, pp. 133 ss).
[47] En palabras de Borowski: "Entre más amplio se considere el supuesto de hecho del derecho fundamental, más comúnmente aparecerán conflictos problemáticos entre derechos constitucionales prima facie" (Borowski, 2018b, p. 331) (traducción propia).
[48] Véase también Nava (2015, pp. 119 ss).
[49] *Cfr.* Borowski (2018b, p. 128).

peso del derecho afectado, la intensidad de intervención del mismo e, incluso, como se mencionó, puede el operador jurídico también emitir un pronóstico del probable daño ocasionado por la aplicación de la medida estatal; de acuerdo a las circunstancias del caso. Todos estos elementos se encuentran en la fórmula del peso del Alexy;[50] los cuales a su vez constituyen una sistematización de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal alemán. Con esta serie de criterios es posible realizar una ponderación, en palabras de Borowski:

> Se puede tomar una decisión en la ponderación cuando es posible fundamentar si el peso planteado de las razones que justifican la intervención es mayor o menor que la intensidad de intervención; o también pueden ser clasificados como iguales. Que los principios a ponderar sean inconmensurables, no representa un problema, en cambio, es una característica de la ponderación (Borowski, 2018b).

Como se puede observar, el criterio de la intensidad de intervención es un elemento recurrente en todo el test de proporcionalidad. Si bien el concepto de intervención sirve como puente entre la protección ofrecida por el derecho fundamental y el control constitucional, también constituye, por sus características, un elemento importante para modular el control jurisdiccional.

I. Conclusiones

Con este trabajo se desarrolló el concepto de intervención en la dogmática alemana de los derechos fundamentales. En particular, el papel que juega en el test de proporcionalidad. Este concepto fue adquiriendo contenido y relevancia conforme el devenir de los años, permeando en la jurisprudencia y en la academia alemanas. Si bien en sus inicios sólo

[50] Debido a la temática del texto, no es posible estudiar más a detalle la fórmula del peso de Alexy; con relación a ésta y a la fórmula del peso refinada, véase Alexy (2010, pp. 407 ss).

tuvo un papel meramente calificativo en la dogmática, más adelante se desarrolló su comprensión e importancia para el Estado constitucional, a tal grado que generalmente es tomado en cuenta por la jurisdicción constitucional alemana en el análisis de la constitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad.

El objetivo de este trabajo consistió en mostrar algunos elementos importantes del concepto de intervención; así como de su evolución en la dogmática y jurisprudencia constitucional alemana. Todo esto, con la intención de hacer más accesible, en los estudios de derecho constitucional comparado, el significado de esta figura en el sistema constitucional alemán. Sin embargo, es posible ver que igualmente en la jurisprudencia mexicana se mencionan algunos elementos del concepto de intervención. Por ejemplo, la intensidad de la lesión ocasionada al derecho fundamental es uno de los elementos que los operadores jurídicos deben tener en cuenta entre las distintas herramientas interpretativas ofrecidas por la actividad jurisdiccional (Tesis 2a./J. 10/2019).

Para finalizar sólo queda mencionar que la dogmática de los derechos fundamentales consiste en una sinergia entre la práctica jurisdiccional y la producción académica. El concepto de intervención en la doctrina alemana es buen ejemplo de ello. Esta dinámica no debería ser ajena a otros ordenamientos jurídicos constitucionales.

Fuentes

Alexy, R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

_____ (2010), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press.

Bethge, H. (1998), "Der Grundrechtseingriff", en *Der Grundrechtseingriff. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, vol. 57.

Bleckmann, A. (1979), *Allgemeine Grundrechtslehren*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____ (2018a), "Drittwirkung", *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.

_____ (2018b), *Grundrechte als Prinzipien*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos.

_____ (2019), "La 'Drittwirkung' ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, pp. 3-27.

Bumke, C. (1998), *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, Nomos.

_____ y Voßkuhle, A. (2015), *CasebookVerfassungsrecht*, 7a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck.

Clérico, L. (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba.

Cornils, M. (2005), *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tubinga, Mohr Siebeck.

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

Dreier, H. (1993), *Dimension der Grundrechte,* Hannover.

_____ (2013), "Vorbermerkungen von Artikel 1 GG", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck.

Eckhoff, R. (1992), *Der Grundrechtseingriff*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG.

Gallwas, H. U. (1970), *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Berlín, Duncker y Humblot.

Grimm, D. (1987), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort del Meno, Suhrkamp.

Hirschberg, L. (1981), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, Verlag Otto Schwart & CO.

Holoubek, M. (2007), "Der Grundrechtseingriff-Überlegungen zu einer grundrechtsdogmastischen Figur im Wandel", en Merten, D. y Papier, H. J. (eds.), *Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller.

Huster, S. (1993), *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot.

Lerche, P. (1961), *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG.

Lübbe-Wolff, G. (1988), *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Die Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos.

Mateos Durán, A. D. (2019), "La separación del 'ámbito de protección' respecto de las 'restricciones' de los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año LI, febrero.

Raabe, M. (1998), *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos.

Sachs, M. (2018), "Vorbemerkungen zu Abschnitt I", en Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8a. ed., C. H. Beck.

Scherzberger, A. (1989), *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlín, Duncker & Humblot.

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

Schmitt, C. (1958), "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)", en Schmitt, C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot.

Schwabe, J. (1977), *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Dissertationsdruck Schadel GmbH & Co KG.

_____ (comp.) (2009), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, BVerfGE, 105, 279. Berlín, Konrad Adenauer Stiftung.

Stern, K. (1994), *Das Staasrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, C.H. Beck, voll III/2.

_____ (2018), "Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes", en Stern, K. y Becker, F. (eds.), *Grundrechte-Kommentar*.

Tesis 2a./J. 10/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 838.

Tribunal Constitucional Federal alemán (2003), *Entscheidungen des Bundesverfasungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck.

La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Frida Daniela Ibarra Olguín

Sumario: A. Introducción; B. La importancia de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad; C. Los aspectos teóricos relacionados con el subprincipio de finalidad legítima; D. El análisis del subprincipio de finalidad legítima realizado por la SCJN; E. Conclusiones.

A. Introducción

El test de proporcionalidad es una herramienta metodológica de interpretación que tiene sus orígenes en Alemania y que ha sido incorporada y adaptada en distintos tribunales constitucionales alrededor del mundo. La misma es utilizada para resolver conflictos entre principios contando con cuatro gradas (finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Aunque algunos ordenamientos jurídicos han optado por visiones más flexibles, lo cierto es que esta perspectiva estructurada detenta un carácter más pedagógico y exige un mayor esfuerzo argumentativo por parte de los juzgadores.

En México el test de proporcionalidad se ha incorporado en la práctica constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y, desde entonces, se ha convertido en un tema de interés por parte de los estudiosos de derecho constitucional en nuestro país. No obstante, todavía no existe consenso sobre la manera correcta de usar esta herramienta.

Incluso el máximo tribunal constitucional ha aplicado el test de proporcionalidad de manera discrecional; en algunas ocasiones, confundiendo la estructura del test y, en otras, mezclando el contenido de los subprincipios que lo integran. Tampoco existe una postura uniforme sobre el carácter que debe detentar la aplicación del test de proporcionalidad entre la doctrina y las autoridades jurisdiccionales, es decir, si se trata de un instrumento de carácter obligatorio o, más bien, si posee un carácter optativo —destacando, recientemente, la publicación de la jurisprudencia 2a./J. 10/2019—.

Por otra parte, en nuestro país las investigaciones sobre el test de proporcionalidad se han enfocado en el carácter teórico y práctico del mismo en sentido amplio, sin concentrarse en los desafíos que reviste un determinado subprincipio del test de proporcionalidad. De esta manera, y con el propósito de explorar este último pendiente, el presente trabajo busca enfocarse exclusivamente en la finalidad como grada del test de proporcionalidad y tiene la intención de abordar tres aspectos: *1)* la importancia de esta grada, *2)* los aspectos teóricos relacionados con la identificación del fin y la determinación de su carácter legítimo y *3)* el análisis del subprincipio de finalidad realizado por la SCJN.

Para lograr este objetivo, en primer lugar, se presentan algunos aspectos teóricos necesarios para comprender la importancia de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad. En segundo lugar, se abordarán los principales desafíos que representa la tarea de determinación de la finalidad legítima de las medidas estatales sujetas a control constitucional por medio del test de proporcionalidad. En tercer lugar, por medio de un acercamiento práctico se analizará la forma en que la SCJN ha venido determinando este subprincipio mediante el estudio de cinco sentencias de nuestro Máximo Tribunal constitucional. Finalmente, se presentarán las conclusiones a partir de los resultados de la investigación realizada en este trabajo.

B. La importancia de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad

En este apartado se busca responder a la interrogante cuál es la justificación de la determinación de la finalidad legítima de una medida sujeta a control constitucional bajo el test de proporcionalidad. Para empezar a profundizar sobre la importancia de esta exigencia del subprincipio del fin legítimo primero se tratará la cuestión sobre si el subprincipio de finalidad debe ser un principio aparte o si debe encontrarse dentro de la grada de idoneidad. Posteriormente, se abordará el porqué de la exigencia de identificar el fin y su legitimidad a través de su relación con el mandato de optimización de los derechos fundamentales y su carácter relativo. Por último, se expondrá la importancia de esta grada para los demás subprincipios que componen el test de proporcionalidad.

Tradicionalmente —en su formulación alemana— el test de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto,* concibiendo la identificación del fin legítimo como un aspecto que forma parte del subprincipio de idoneidad de la medida (Sánchez Gil, 2017). De este modo, la postura alemana sostiene que en la idoneidad se requiere identificar dos cuestiones: *1)* que la medida persiga un fin constitucionalmente legítimo; y *2)* que dicha medida logre "en algún grado" fomentar su obtención. No obstante, otros autores sostienen que conciben la finalidad como un subprincipio independiente de la grada de idoneidad y que ésta requiere dos cuestiones: *1)* la identificación del fin y *2)* la determinación de su carácter legítimo (Barak, 2017).

Ahora bien, es necesario hacer hincapié en que la finalidad legítima (la identificación del fin y de su carácter) es un paso forzoso en el análisis de constitucionalidad de la medida bajo un test de proporcionalidad y no un aspecto que pueda ser considerado "ajeno" o "externo" a este instrumento metodológico de interpretación; toda vez que, "[s]i, al intervenir en un derecho, el legislador no persigue ningún fin, o persigue un fin constitu-

cionalmente ilegítimo o irrelevante, la ley deberá ser declarada inconstitucional por carecer de razonabilidad, o dicho con una terminología equivalente, por ser arbitraria" (Bernal Pulido, 2005: 418).

Por otra parte, la determinación del fin y su carácter legítimo es un paso indispensable en el análisis de toda medida sujeta a control constitucional bajo el test de proporcionalidad, más allá de si la exigencia de determinar la legitimidad del fin se encuentra dentro del subprincipio de idoneidad o como una grada aparte, toda vez que este último aspecto no cambia la manera en la que operan los subprincipios del test de proporcionalidad (Sánchez Gil, 2017). Sin embargo, no se debe negar la enorme utilidad pedagógica y argumentativa que conlleva el considerar la finalidad legítima como una grada concreta del test de proporcionalidad, fuera del subprincipio de idoneidad, considerando que este último paso más bien se caracteriza por la exigencia de determinar el grado en que los medios seleccionados por el legislador fomentan el fin perseguido por éste.

Expuesto lo ineludible que resulta el determinar el fin legítimo para el test de proporcionalidad, ahora se abundará en la razón de ser de dicha exigencia, abordando el mandato de optimización de los derechos fundamentales y su carácter relativo, así como la importancia de esta grada para los demás subprincipios que componen el test de proporcionalidad.

Para empezar, en una democracia constitucional no es suficiente que exista una autorización jurídica para intervenir en los derechos fundamentales, sino que además se exige un componente de legitimidad (Barak, 2017). Sin duda, la exigencia de que los fines sean legítimos refleja una "fuerte carga axiológica" (Barak, 2017: 277), según la cual no toda restricción puede ser considerada constitucionalmente válida para restringir un derecho fundamental. Por este motivo, como primer paso, el test de proporcionalidad exige la identificación del fin legítimo, lo cual, a su vez, requiere determinar los fines que persigue la medida estatal y si tales o cuales fines pueden ser considerados legítimos.

Por un lado, la importancia de la finalidad legítima como parte del test de proporcionalidad deviene de la exigencia de dotar de máxima efectividad a los derechos fundamentales en relación con la teoría de los principios de Robert Alexy, que exige que éstos sean realizados con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas (Cárdenas Gracia, 2014). En consecuencia, los derechos fundamentales no pueden ser menoscabados, a menos de que "se trate de una medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo" (Sánchez Gil, 2017: XVIII).

Por otro lado, el examen de la finalidad de la medida parte del presupuesto de que existe una restricción a un derecho fundamental, toda vez que, aunque los derechos fundamentales deben ser protegidos en su máxima expresión, los mismos no son "absolutos", sino que gozan de relatividad y, por ende, pueden estar sujetos a restricciones.

En este orden, el objetivo del test de proporcionalidad consiste en identificar cuáles restricciones a los derechos humanos son constitucionalmente válidas y cuáles no. "En lo que concierne al componente del fin adecuado, la diferencia radica en la determinación de cuáles escenarios jurídicos deben ser incluidos dentro de los 'fines adecuados' que puedan justificar la restricción a un derecho humano" (Barak, 2017: 282).

Sumando los dos aspectos, el componente de fin legítimo tiene su razón de ser en la medida en que los derechos fundamentales pueden ser intervenidos ante su carácter relativo, pero no toda intervención sobre éstos puede ser considerada constitucionalmente válida a raíz de su mandato de optimización. Las intervenciones arbitrarias o irracionales a un derecho fundamental no encuentran cabida en una democracia constitucional. De ahí la importancia de determinar qué fin puede ser considerado legítimo en términos de autorizar una intervención a un derecho fundamental.

Otro aspecto a considerar sobre la importancia de la grada de finalidad es la relevancia que dicho subprincipio reviste en las demás gradas que

integran el test de proporcionalidad. Resulta imperativo identificar con precisión el fin que persigue la medida sujeta a control constitucional, pues éste define "la materia que será objeto del examen de proporcionalidad y en consecuencia su resultado; no es difícil imaginar por qué la desacertada identificación de los principios constitucionales en colisión dará lugar a una solución equivocada" (Sánchez Gil, 2017: XXIII).

En efecto, en todos los demás componentes que integran el test de proporcionalidad, la determinación del fin que persigue la medida será un aspecto fundamental para realizar el control constitucional de la misma; especialmente para la grada de idoneidad, pues sólo bajo el establecimiento del fin y la determinación sobre su legitimidad podrá examinarse si la medida legislativa resulta idónea para contribuir a fomentar tal fin. Esto es así, pues el análisis de idoneidad es un estudio de la relación medio-fin. "Sin fin el medio no puede ser escogido y, a su vez, sin fin, no se puede comprobar con posterioridad si el medio es adecuado para su fomento" (Clérico, 2010: 46).

Asimismo, la finalidad continúa siendo un componente ineludible para el análisis que exigen las demás gradas del test de proporcionalidad. Por tanto, en la necesidad se debe determinar si existen otras medidas alternativas que sean igual o más idóneas para alcanzar *dicho fin,* pero menos restrictivas del derecho fundamental, y en la grada de proporcionalidad en sentido estricto se debe identificar *el nivel de realización del fin* en comparación con el nivel de afectación del derecho fundamental.

C. Los aspectos teóricos relacionados con el subprincipio de finalidad legítima

Expuesta la justificación de la exigencia de determinar si la medida sujeta a control constitucional persigue una finalidad legítima, es necesario explorar algunos aspectos teóricos relacionados con esta tarea, para la cual los dividimos en dos: *A)* la identificación de los fines que persigue el legislador y *B)* la determinación del carácter legítimo del fin.

A) La identificación de los fines que persigue la medida legislativa

Ante la necesidad de identificar los fines que busca la medida impugnada, es necesario, por un lado, considerar la existencia de cláusulas restrictivas (generales y específicas) como herramientas que pueden servir como parámetro de identificación de los fines y, por otro lado, tomar en cuenta el caso especial de los fines implícitos. Ahora bien, dado que la identificación del fin exige hacer uso de la interpretación, se hará hincapié en este aspecto y, por último, se abordará el tema de la identificación de los fines mediatos e inmediatos.

Categorías de los fines

Los fines deben necesariamente estar fundamentados en un principio constitucional, ya sea de manera explícita o implícita.

En este orden, los fines explícitos pueden encontrarse en cláusulas restrictivas generales o en cláusulas restrictivas específicas indicadas en el texto constitucional. Respecto al primer caso, las cláusulas generales que contienen fines explícitos permiten identificar cuáles fines pueden ser considerados legítimos para intervenir sobre un derecho fundamental (determinación positiva) y, a su vez, permiten identificar cuáles no podrán ser considerados legítimos (determinación negativa). En este caso, Aharon Barak utiliza como ejemplo el numeral 1 de la Constitución de Polonia de 1997 que prevé una cláusula de esta naturaleza al contener una lista de fines considerados constitucionalmente válidos (Barak, 2017).

No obstante, en México, la cláusula general restrictiva prevista en el artículo 1o. constitucional no contempla una lista de fines que puedan ser considerados como válidos para intervenir sobre los derechos fundamentales (Barreto Nova, 2019).

Ahora bien, sobre el segundo supuesto, las cláusulas restrictivas específicas también son útiles para la determinación positiva y negativa de los

fines, pues contienen aquellas categorías y subcategorías que podrían justificar la intervención a un derecho fundamental concreto. Lo anterior en la medida en que "[…] la posición predominante con respecto a estas disposiciones es que la lista de fines expresos tiene carácter taxativo y, por lo tanto, no se debe deducir fines implícitos o sumar otros a la lista" (Barak, 2017: 294).

Un ejemplo de este tipo de cláusulas se encuentra en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos. En la Constitución mexicana una cláusula restrictiva específica se encuentra en el artículo 6o., el cual contempla el derecho a la libertad de expresión y establece que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público […]".

Ahora bien, respecto a los fines implícitos, "donde la constitución no contempla disposiciones específicas respecto a las categorías de los fines adecuados" (Barak, 2017: 294), no deben entenderse como una prohibición a la intervención de un derecho en razón de que el mismo sea absoluto, sino que, bajo la premisa del carácter relativo de los mismos, los fines que no se encuentran expresos tienen que ser derivados "[…] de manera implícita del texto constitucional y, de manera particular, de las disposiciones relativas a la naturaleza democrática del derecho" (Barak, 2017: 294). De esta manera, se asegura la exigencia de que los fines implícitos también se encuentren fundamentados en los principios constitucionales.

La tarea interpretativa que exige la determinación del fin

Si bien la existencia de cláusulas restrictivas generales y específicas previstas en la Constitución puede dar la pauta para la identificación del fin, lo cierto es que, en ocasiones, no resulta evidente cuáles son los fines

que subyacen a la medida legislativa sujeta al control constitucional. En este sentido, si los fines resultan imprecisos o han sido formulados de forma ambigua, vaga u oculta, es la función del juzgador hacer uso de la interpretación para detectar dichos fines de acuerdo al contexto de las medidas bajo los cuales fueron definidos (Clérico, 2010). Por lo cual, se afirma que "[l]a determinación del fin es una tarea interpretativa" (Bernal Pulido, 2007: 719).

Al respecto, existen muy diversos enfoques de interpretación que van desde la interpretación textual o gramatical, la sistemática, la originaria, la histórica y la teleológica, entre otras.

Dentro de los enfoques de interpretación teolológica, está la teleológica-objetiva, la cual puede servir para determinar el significado del fin a partir de las disposiciones y el preámbulo de la ley impugnada, y la interpretación teleológica-subjetiva, la cual puede ayudar a determinar el significado del fin con base en la exposición de motivos y de los trabajos parlamentarios que dieron como resultado la promulgación de la misma (Bernal Pulido, 2007).

Si bien este trabajo no pretende abundar en la discusión sobre los métodos de interpretación, lo cierto es que sí se puede concluir que, frente a varias interpretaciones plausibles sobre el significado del fin, se debe preferir aquella que sea compatible con la ley fundamental (Barak, 2017). Además, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido por Aharon Barak, en el método teleológico de interpretación en ocasiones es conveniente atender al fin objetivo de la ley que restringe un derecho fundamental, al momento de la interpretación, toda vez que la "interpretación es dinámica" (Barak, 2017: 321).

La determinación de los fines mediatos e inmediatos

Hasta este punto, cuando se ha hablado de fin se ha hecho referencia al fin mediato, es decir, aquél que encuentra su fundamento de manera

expresa o implícita en un principio constitucional. No obstante, la doctrina ha considerado necesario distinguir entre los fines mediatos e inmediatos, pues los mismos juegan una importancia fundamental en los exámenes de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Además, con esta distinción se pretende lograr una mayor claridad argumentativa gracias a la determinación precisa de los fines y a un mayor control racional sobre los mismos (Bernal Pulido, 2005).

En este sentido, mientras el fin mediato se refiere al fin ordenado por un principio constitucional y se encuentra en el mundo del "deber ser", el fin inmediato se define como "un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional" (Bernal Pulido, 2007: 719) y pertenece al mundo del "ser".

Por este motivo, en el examen de idoneidad, el fin inmediato (hecho) es el que tiene relevancia, toda vez que esta grada requiere la existencia de un nexo empírico entre dos hechos: la medida impugnada y el fin inmediato. Por su parte, el fin mediato (norma) es el que figura en la grada de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que la misma requiere comparar dos objetos normativos: el derecho fundamental y el fin mediato (Bernal Pulido, 2005). Esto puede ser demostrado de la siguiente forma:

Grada de idoneidad (hecho)
- Nexo empírico entre el medio legislativo y el fin inmediato (hecho)

Grada de proporcionalidad en sentido estricto (norma)
- Nexo normativo entre el derecho fundamental y fin mediato (norma)

De ahí la importancia que diversos autores han atribuido al papel que juega la determinación del fin inmediato en el análisis de idoneidad de la medida. De acuerdo a esta distinción, en el subprincipio de finalidad no sólo se busca identificar el fin mediato y su legitimidad, sino que también es necesaria la identificación del fin inmediato, el cual deberá circunscribirse de manera interpretativa al primero (Bernal Pulido, 2007).

En este orden de ideas, el fin inmediato debe posibilitar la realización del examen de idoneidad ("adecuación técnica" en términos de L. Clérico), es decir, permitir, *a posteriori,* el análisis de la adecuación del medio seleccionado por el legislador para la consecución del fin (Clérico, 2010).

Por consiguiente, para la identificación del fin inmediato que persigue la medida sujeta a control constitucional es necesario considerar el estado inicial (la situación de partida), el estado final (la situación que se busca alcanzar) y el estado de llegada (la situación que de hecho se alcanzó) en el fomento del principio constitucional frente a la situación que se busca alcanzar (Clérico, 2010). También es necesario considerar que el paso de la situación actual al punto que se desea alcanzar debe ser posible jurídica y fácticamente (Bernal Pulido, 2007).

Otro aspecto a tomar en cuenta es que el fin legislativo inmediato debe revestir la mayor concreción posible de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto: "tanto más preciso el fin estatal perseguido, tanto más fácil resulta *a posteriori* la comprobación de si el medio promueve el fomento del fin" (Clérico, 2010: 48).

Lo anterior es así puesto que, cuanto más general sea el fin inmediato, más medidas legislativas podrán parecer tener la idoneidad necesaria para alcanzar dicho fin y menor será el control racional y la precisión con que el juzgador podrá realizar el examen sobre la adecuación del medio al fin inmediato respectivo, "corriendo el riesgo de abandonar la argumentación jurídica certera y allanarse al intuicionismo" (Bernal Pulido, 2007: 721).

B) La determinación del carácter legítimo de los fines que persigue el legislador

Una vez que se expusieron las problemáticas y los criterios relacionados con la identificación del fin o fines que persigue la medida legislativa, es necesario abordar aquellos relacionados con la determinación del carácter legítimo del fin perseguido por la medida en cuestión. Para ello, primero

se expondrá si los fines que podemos considerar constitucionalmente válidos se deben restringir a aquellos que estén expresos en la Constitución o aquellos que no estén prohibidos por la misma; enseguida se hará una breve mención de los fines que pueden ser considerados legítimos y finalmente se abordará el problema sobre el "test subjetivo" o el "test objetivo" para la determinación de la validez constitucional del fin.

Todo lo establecido en la ley fundamental o todo lo no abiertamente prohibido por la misma

Existen al menos dos posturas respecto a la cuestión de cuáles fines pueden ser considerados legítimos para restringir un derecho fundamental. La primera, señala como fines aquellos que no se encuentren constitucionalmente prohibidos y la segunda, sostiene que sólo pueden ser considerados legítimos aquellos fines que estén avalados por la ley fundamental, como en el caso de Alemania (Sánchez Gil, 2017). No obstante, como bien sostiene Rubén Sánchez Gil, "[e]sta oposición es sólo aparente" (Sánchez Gil, 2017: XXII). Una interpretación amplia de las disposiciones fundamentales permite que los fines puedan encontrar cabida en el orden constitucional, mientras que aquellos fines que son concebidos como ilegítimos sean excepcionales. En este sentido, resulta razonable considerar que un fin podrá ser considerado "legítimo" siempre y cuando no haya una prohibición clara por parte de la ley fundamental, pero en todo caso el requerimiento del fin adecuado exige que se fundamente en un principio constitucional (Sánchez Gil, 2017).

Esto se encuentra relacionado con el principio democrático y "el principio de libertad de fines del legislador" (Bernal Pulido, 2007: 698). Dicho principio implica que cualquier fin elegido por el mismo es legítimo siempre y cuando no se encuentre prohibido por la ley fundamental.

A su vez, este criterio sobre la legitimidad de los fines seleccionados por el legislador deriva de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo que significa que se presume que las leyes emitidas por el legislador

persiguen un fin constitucionalmente válido, mientras no se demuestre lo contrario —es decir, en tanto no se demuestre que dicho fin seleccionado por el legislador se encuentra abiertamente prohibido por la ley fundamental— (Bernal Pulido, 2007).

Prohibiciones explícitas e implícitas y su carácter *prima facie* o definitivo

En este punto, es necesario exponer que las prohibiciones constitucionales pueden ser expresas o implícitas y, a la vez, las mismas pueden tener carácter definitivo o un carácter *prima facie*.

Sobre las prohibiciones expresas o implícitas, las primeras se encuentran de manera evidente en el texto constitucional, mientras que las segundas tienen que ser deducidas mediante un ejercicio interpretativo (Bernal Pulido, 2007: 698). Tratándose del segundo aspecto, no resulta necesario detonar el examen de proporcionalidad cuando se está frente a prohibiciones definitivas, ya que sobre las mismas "no es necesario realizar una ponderación para determinar su prohibición" (Clérico, 2010: 45). Dentro de este tipo de prohibiciones podemos encontrar la establecida en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que prohíbe la pena de muerte y la tortura, o bien, la establecida en el artículo 1o. de la ley fundamental respecto a la prohibición de la esclavitud.

No obstante, en presencia de prohibiciones *prima facie* existen "[…] razones que hablan a favor de su validez definitiva, pero que no valen aun en forma definitiva, sino recién como resultado de ponderaciones" (Clérico, 2010: 46). En este sentido, en este último caso es necesario ponderar la prohibición *prima facie* con otros principios constitucionales a fin de resolver cual debe prevalecer; es decir, debe determinarse si la prohibición *prima facie* se convierte en una prohibición definitiva o si, por el contrario, puede dar lugar a una no-prohibición definitiva del fin perseguido por el legislador (Bernal Pulido, 2007).

Sobre este punto, se ha desatado una discusión teórica sobre si ante la presencia de una prohibición *prima facie: 1)* debe realizarse una ponderación *ad hoc* previa a los demás subprincipios del test de proporcionalidad, entre dicha prohibición y los principios constitucionales a favor de que el fin sea considerado como legítimo; *2)* debe simplemente concluirse que el fin es ilegítimo; o *3)* si debe aplicarse la presunción de legitimidad del fin, considerándolo *prima facie* legítimo hasta que el mismo sea ponderado con la prohibición *prima facie* dentro del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Bernal Pulido, 2007).

Respecto de esta problemática, la tercera postura parece ser la más conveniente. En efecto, para el paso de una prohibición *prima facie* a una prohibición definitiva es necesaria la ponderación a fin de resolver la colisión de principios que se presenta y no puede, sin más, operar una simple declaración automática de la ilegitimidad del fin. Sin embargo, la existencia de una ponderación *ad hoc* por encima de los demás subprincipios del test de proporcionalidad resulta superflua, ya que estos aspectos se analizan en el propio juicio de proporcionalidad en sentido estricto (Bernal Pulido, 2007).

Hasta este punto, podemos establecer un par de conclusiones:

1) El fin de la medida sujeta a control constitucional sólo puede ser considerado ilegítimo si se encuentra prohibido de manera implícita o expresa por la Constitución en sentido definitivo.

2) Cuando el fin se encuentre prohibido *prima facie* opera la presunción de constitucionalidad de la ley y el fin debe ser considerado *prima facie* legítimo hasta que se determine su verdadero carácter en la ponderación realizada en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Tipos de fines

Dentro de los fines que pueden ser considerados legítimos en una democracia constitucional se encuentra una cantidad amplia, dada la regla de que

todo fin es en principio legítimo mientras no se encuentre prohibido de manera abierta por la ley fundamental. No obstante, es posible mencionar como fines que generalmente se consideran válidos en términos constitucionales para intervenir sobre derechos fundamentales la protección de otros derechos fundamentales, la realización de otros principios constitucionales (un bien colectivo o un bien jurídico) y los principios constitucionales de segundo grado, los cuales pueden derivar de una reserva de ley específica o general de intervención de los derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2007). Dichas reservas consagran una habilitación al legislador para intervenir en los derechos sin determinar cuáles son los fines que éste se debe proponer (Bernal Pulido, 2007).

Ahora bien, Aharon Barak realiza una importante distinción entre la protección de los derechos fundamentales y la protección del interés público u otros principios constitucionales como fin. Mientras que "[l]a protección de un derecho fundamental constituye por sí misma un fin adecuado. En contraste, no todo interés incluido dentro del interés público puede pasar el umbral requerido para convertirse en un fin adecuado" (Barak, 2017: 288-289). Respecto al interés público, este término puede implicar una vulneración a los derechos y a la democracia si es interpretado de manera muy amplia; en cambio, si es interpretado de manera muy estrecha, puede poner en riesgo la existencia de la democracia y su capacidad para proteger los derechos fundamentales (Barak, 2017). En este sentido, "[la] consideración del interés público debe ser de tal nivel de importancia social que la sociedad debe considerarlo lo suficientemente crucial como para justificar una restricción a los derechos fundamentales" (Barak, 2017: 298).

El "test subjetivo" o el "test objetivo" para la determinación de la validez constitucional del fin

Como vimos, para la determinación del significado del fin es necesario realizar un ejercicio interpretativo, el cual, sin embargo, no resulta útil para la determinación de la validez constitucional del fin.

Sobre este último aspecto, se ha suscitado cierta controversia respecto a si se debe preferir un "test subjetivo" o "un test objetivo" para determinar la legitimidad del fin elegido por el legislador; en otras palabras, si la cuestión de validez constitucional del fin debe ser primordialmente determinada por la intención del legislador al momento de que la medida se convirtió en norma (test subjetivo) o más bien debe atenderse al fin que sigue la medida al momento en que es interpretada (test objetivo) (Barak, 2017). Lo anterior, toda vez que es posible visualizar tres escenarios:

1) El fin subjetivo y el fin objetivo son legítimos.
2) El fin objetivo es ilegítimo, pero el fin subjetivo es legítimo.
3) El fin subjetivo es ilegítimo, pero el fin objetivo es legítimo.

El primer supuesto es un caso sencillo donde ambos tipos de fines coinciden y no representa mayor problema ante la conclusión de que el fin, a todas luces, debe ser considerado como constitucionalmente válido. No obstante, en los otros dos supuestos, los fines resultan discordantes entre sí y es en este punto donde se desata la cuestión de cuál test debería prevalecer: el objetivo o el subjetivo.

Sobre este dilema, Aharon Barak presenta varias opciones: la primera sería considerar que el fin subjetivo de la medida restrictiva determina el fin legítimo; la segunda, por el contrario, sería concebir que el fin objetivo de la medida restrictiva determina el fin legítimo; por último, la tercera opción sería establecer que tanto el fin objetivo como el fin subjetivo deben ser considerados para determinar su legitimidad (Barak, 2017).

Para este autor la respuesta radica en realizar un test combinado que considere como legítimo el fin en el cual tanto el fin subjetivo como el fin objetivo pueden ser considerados válidos en términos constitucionales. Esto, al pensar en dos aspectos (Barak, 2017):

- Por un lado, el examen de intención subjetiva al momento de la promulgación de la ley se encuentra dirigido a evitar la creación de

leyes que busquen perseguir un fin ilegítimo, así como a evitar que los juzgadores terminen aceptando como legítimos fines que utilizan un lenguaje neutral, pero que, en realidad, buscan un fin inadecuado.

- Por otro lado, el examen de la intención subjetiva no es suficiente, sino que requiere del examen del fin al momento en que la ley es sujeta a interpretación, con el propósito de garantizar que los derechos fundamentales en cuestión se encuentren protegidos no sólo al momento de la creación de la ley, sino durante su vigencia.

Sobre esta postura, Barak ha reconocido que existen tres argumentos en contra del "test combinado": *1)* no es posible derivar una intención de los miembros del poder legislativo; *2)* aunque éste cuerpo tenga una intención, se vuelve imposible extraer la misma; y *3)* en el caso de que el fin al momento de su promulgación persiguió un fin ilegítimo, pero al momento de su interpretación se le puede dar un fin legítimo (fin objetivo), pierde relevancia el examen subjetivo de la intención porque el legislador podrá volver a promulgar la ley con este nuevo objetivo.

Sobre las primeras dos oposiciones en contra del test combinado, el autor sostiene que ambas carecen de relevancia, toda vez que la tarea interpretativa sí puede llevar a determinar la intención del legislador (como una voluntad colectiva que dio creación a la ley) y, aunque dicha tarea goce de alta complejidad probatoria, la misma ha sido realizada previamente por los tribunales constitucionales mediante el análisis de la evidencia "circunstancial y directa" sobre la intención de la ley (Barak, 2017: 335).

Respecto al tercer argumento, el autor afirma que no existe certeza de que la ley se vuelva a promulgar bajo el fin objetivo y, aun cuando este fuera el caso, la determinación de considerar el fin inconstitucional por su fin subjetivo podría ser un mecanismo de disuasión del legislador para emitir nuevamente la misma ley ante el riesgo de que ésta sea declarada inconstitucional a pesar de ocultarlo bajo un nuevo fin (Barak, 2017).

D. El análisis del subprincipio de finalidad legítima realizado por la SCJN

Una vez destaca la importancia de la finalidad legítima como subprincipio del test de proporcionalidad, así como los aspectos teóricos relevantes sobre la identificación del fin y su carácter legítimo, es factible analizar cómo la SCJN ha hecho el análisis de este subprincipio. Con esto en mente, se hará, primero, una muy breve mención a las tesis y jurisprudencias relevantes sobre el test de proporcionalidad, haciendo hincapié en la finalidad legítima para, después, exponer el análisis de dicho subprincipio por parte del máximo tribunal constitucional en cinco sentencias ejemplificativas.

La finalidad legítima del test de proporcionalidad en México

El proceso de incorporación del test de proporcionalidad en México ha sido un proceso paulatino y reciente, hasta el 2004 la SCJN utilizó este método de interpretación para resolver una colisión de principios (amparo en revisión 988/2004) (Díez Gargari, 2012) y, finalmente, sería en el 2007 cuando esta herramienta adquiriría un carácter vinculante y genérico gracias a la jurisprudencia P/J. 130/2007 del Pleno de la SCJN. En este criterio jurisprudencial aparecieron las gradas tradicionales que integran esta herramienta, incluyendo la finalidad legítima como subprincipio del test al indicar que el principio de proporcionalidad exige al legislador "perseguir una finalidad constitucionalmente legítima".

Asimismo, tiene relevancia la acción de inconstitucionalidad 2/2014 en donde el Pleno de la SCJN estableció al principio de proporcionalidad como una metodología diseñada para la resolución de la colisión de principios constitucionales. En esta acción se estableció que el test de proporcionalidad se compone de cuatro subprincipios: el fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la "razonabilidad" (la proporcionalidad en sentido estricto).

A pesar de que la SCJN, en un principio, confundió la función de las gradas del test de proporcionalidad y no siempre fue constante en la tarea de abarcar todos los subprincipios que integran esta herramienta de interpretación constitucional, posteriormente, se encontrarían resoluciones del máximo tribunal que harían un uso del test de proporcionalidad de una manera más técnica.

En este punto, destaca el amparo en revisión 237/2014 en el cual la SCJN resolvió la constitucionalidad de la prohibición del uso personal y adulto de cannabis ("uso lúdico" en términos de la SCJN) establecida en la Ley General de Salud. Este caso dio origen a la tesis aislada de rubro: test de proporcionalidad. metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental. Tesis [A.]: 1a. CCLXIII/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 915, Reg. digital 2013156.

En tal tesis se estableció que "las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad […]" y cuya importancia radica en su esfuerzo pedagógico y expositivo del contenido del test de proporcionalidad en sentido amplio, así como del contenido de cada uno de los subprincipios que integran el test de proporcionalidad, incluyendo la finalidad legítima como primera etapa de este instrumento metodológico de interpretación.

Por consiguiente, en términos de este criterio, el test de proporcionalidad se compone de cuatro gradas: *1)* el fin constitucionalmente válido; *2)* la idoneidad, que busca examinar si la medida sometida a control constitucional tiende a alcanzar "en algún grado" el fin constitucionalmente válido; *3)* la necesidad, entendido como el hecho de "que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental", y *4)* la proporcionalidad en sentido estricto, la cual hace referencia a "que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada".

En lo que respecta al subprincipio de finalidad, como primera grada del test de proporcionalidad, la tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.) indica que:

1) El subprincipio de finalidad legítima exige examinar dos aspectos: *i)* identificar los fines que persigue el legislador con la medida y *ii)* determinar si dichos fines son constitucionalmente válidos.
2) Los fines que pueden encontrar justificación para limitar un derecho fundamental pueden tener una naturaleza muy diversa.
3) Concretamente, los derechos humanos, así como los bienes jurídicos y colectivos, garantizados como principios constitucionales, son fines legítimos para intervenir sobre un derecho fundamental.

Análisis del subprincipio de finalidad legítima en las sentencias de la SCJN

Las consideraciones de la tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.) parecen ir en línea con los aspectos abordados en los capítulos anteriores. La grada de finalidad requiere la determinación del fin y la de su legitimidad para intervenir sobre un derecho fundamental; además, los fines pueden ser muy variados, pero existe consenso en cuanto a considerar legítimos aquellos que buscan proteger otros derechos humanos o bienes jurídicos o colectivos fundamentados por principios constitucionales.

Sin embargo, hace falta todavía tener un acercamiento a la puesta en práctica de este subprincipio por parte de la SCJN. Para ello, se analizarán cinco sentencias de este tribunal a fin de conocer la manera en que fueron seleccionadas a partir de la búsqueda en el *Semanario Judicial de la Federación* de tesis aisladas y jurisprudenciales que contengan la expresión *test de proporcionalidad*.

Dicho análisis no pretende ser exhaustivo, pero sí ejemplificativo de la forma en que el Máximo Tribunal constitucional está determinando el fin que persigue el legislador y la legitimidad del mismo. Por cuestiones de

espacio tampoco se expondrá un análisis de todas las sentencias que figuraron a partir de dicha búsqueda.

En este orden, se expondrá una breve descripción del caso, después se analizará cómo la SCJN ha identificado el fin (haciendo hincapié en el examen del tipo de interpretación utilizado por la Corte, si identifica la existencia de cláusulas restrictivas, así como de fines implícitos o explícitos y si realiza la distinción entre fin mediato e inmediato) para, finalmente, estudiar cómo la SCJN determina si el fin en cuestión persigue una finalidad constitucionalmente válida (observando si se contempla la naturaleza del fin, la existencia de prohibiciones *prima facie* o definitivas, así como la presunción de constitucionalidad de la ley).

Amparo en revisión 302/2016

Descripción del caso:

La Segunda Sala de la SCJN se avocó a analizar la negativa de amparo dictada por el juez de distrito contra el artículo 17, fracción X, inciso d), del Código Fiscal de la Federación (CFF). Dicho artículo dispone que los certificados (de sellos o firmas digitales) que emita el Servicio de Administración Tributaria (SAT) quedarán sin efectos cuando se detecten ciertas conductas en el ejercicio de sus facultades de comprobación.

Esta hipótesis fue incorporada a raíz de la reforma al CFF publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 9 de diciembre de 2013. Por esta razón, la SCJN hace referencia a la exposición de motivos del decreto respectivo donde se advierten las justificaciones que dieron origen a la adición del artículo 17-H impugnado.

Concretamente, la SCJN se refiere a la exposición de motivos del decreto presentado en la Cámara de Diputados el 8 de septiembre de 2013, donde el Ejecutivo federal manifestó las razones para adicionar el artículo 17-H, del CFF. Del mismo modo, la SCJN tomó en consideración el trámite del

proceso legislativo, en donde la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados indicó sus razones a favor de la adición del precepto legislativo impugnado.

Ante este razonamiento, la SCJN consideró que tal medida de control busca evitar la obstaculización de los objetivos de la Administración tributaria; "ello, con la finalidad de verificar el efectivo cumplimiento de la obligación prevista por el artículo 31, fracción IV, de la Ley Fundamental, así como de combatir las conductas tendentes a su evasión, fraudes o actos ilícitos, *fin que es constitucionalmente válido*".

De esta manera, con base en la exposición de motivos, así como del proceso legislativo que dio origen a la adición del artículo 17-H del CFF, la SCJN considera que el fin inmediato que persigue dicho precepto es el de *combatir el fraude fiscal de los contribuyentes,* el cual se encuentra fundamentado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución. Mientras que el fin mediato que busca el precepto sujeto a control constitucional es el de *cumplir con la obligación de contribuir a los gastos públicos por todos aquellos que estén llamados a satisfacerla*. Para llegar a dicha conclusión, la SCJN se basa en la tesis aislada 1a. CXVIII/2006.

Ante dicha determinación, la SCJN tiene por acreditado que la medida sujeta a control constitucional persigue una finalidad constitucionalmente válida y objetiva y, acto seguido, analiza las demás gradas del test de proporcionalidad.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

Para la tarea de identificación del fin, la SCJN analiza la exposición de motivos y el proceso legislativo que conllevó a la adición del artículo 17-H del CFF. En este sentido, la SCJN señala hacer uso de la interpretación sistemática con el fin de determinar el significado del fin seguido por el precepto impugnado.

Asimismo, identifica tanto el fin inmediato como el mediato:

Fin inmediato: combatir el fraude fiscal por parte de contribuyentes fundamentado en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

Fin mediato: contribuir a los gastos públicos por *todos* los obligados.

De ahí que la SCJN encuentra que el fin inmediato (hecho) consiste en combatir el fraude fiscal, fundamentado en un principio constitucional consagrado en el texto constitucional (concretamente el artículo 31, fracción IV, constitucional), que establece el fin mediato de *contribuir al gasto público* de manera proporcional y equitativa (norma). Es aquí donde la SCJN realiza la labor de subsumir el fin inmediato al fin mediato, topándose con un fin explícito en el texto constitucional.

Respecto del fin mediato que consiste en contribuir al gasto público, hace referencia a una tesis aislada, la cual indica que se estima como un fin legítimo, mediante una interpretación sistemática de los artículos 3, 16, 25 y la fracción IV del 31, de la Constitución, "que la legislación fiscal combata la manipulación impositiva efectuada por los causantes por medio de prácticas evasoras, así como la realización de posibles fraudes o actos ilícitos en perjuicio del fisco federal, mejorando el control fiscal y asegurando la efectiva recaudación del impuesto".

De esta manera, la SCJN consideró que, para alcanzar el fin mediato de que todos contribuyan al gasto público es necesario asegurar el fin inmediato, es decir, combatir el fraude fiscal.

Establecimiento del carácter legítimo del fin:

Sobre este punto, para la determinación del carácter legítimo de la medida legislativa, la SCJN se enfoca en una interpretación sistemática de diversos artículos de la Constitución (artículos 3, 16, 25 y fracción IV del 31) y en el precepto constitucional expreso (artículo 31, fracción IV).

La SCJN no hace mención expresa a la naturaleza del fin mediato, pero éste aparece como un principio constitucional.

Amparo en revisión 237/2014

Descripción del caso

En este asunto, la SCJN resolvió la constitucionalidad de los artículos establecidos en la Ley General de Salud (LGS) que contienen la prohibición absoluta del uso personal de marihuana.

Para ello, el máximo tribunal usó el test de proporcionalidad para determinar si existía una justificación constitucional para que dicha medida limite el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De este modo, la SCJN determinó, en primer lugar, si la medida legislativa persigue una finalidad constitucionalmente válida, para después detonar el análisis de los demás subprincipios que integran este test (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido).

La SCJN consideró que el primer paso que exige la grada de finalidad es identificar los fines que persigue la medida y, posteriormente, determinar si dicha finalidad resulta constitucionalmente válida. El máximo tribunal sostiene que "las intervenciones basadas en *fines perfeccionistas* no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud". Además, indica que para poder identificar el fin que persigue el legislador se puede atender a los "documentos que informan el proceso legislativo de las disposiciones analizadas o bien a la interpretación de las propias normas combatidas".

Para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada de la LGS, en este caso, la SCJN analizó los procesos de reformas referentes a las disposiciones combatidas que conforman el "sistema de prohibiciones administrativas".

De manera similar, hizo hincapié en la exposición de motivos de la última reforma al artículo 245 de la LGS, donde se indicó que el consumo y comercialización de drogas, además de representar un problema de salud público serio a nivel internacional y aumentar las actividades ilícitas que enriquecen a los grupos criminales, provoca un impacto en la salud pública porque aumenta los padecimientos, trastornos y muertes a consecuencia de su uso adictivo, teniendo consecuencias en "el ámbito social, económico y político".

Además, la SCJN especificó que la LGS tiene como objetivo reglamentar el derecho a la protección de la salud en los términos del artículo 4o. de la Constitución, lo cual comprende, en materia de salubridad general, tanto la *prevención del consumo* de estupefacientes y psicotrópicos como la creación de un programa contra la farmacodependencia.

Después de realizar dicho análisis, la SCJN concluye que la finalidad que busca la prohibición absoluta del consumo de marihuana y demás actividades correlativas, establecida en la LGS, es la protección de la "salud" y el "orden público".

Lo anterior, afirma la propia Corte, bajo una interpretación sistemática de dicha ley, así como de los distintos procesos de reforma, se puede observar que "el legislador tuvo la intención de procurar la salud de los *consumidores* de drogas y proteger a la *sociedad*" de las afectaciones que ocasiona el consumo de drogas, sosteniendo que "esta actividad tiene efectos nocivos tanto para el consumidor como para la sociedad en general".

De esta manera, la SCJN concluyó que las disposiciones impugnadas de la LGS persiguen dos finales constitucionalmente válidas:

1) la *protección de la salud,* considerando que la misma es una finalidad legítima por ser un derecho fundamental reconocido por el artículo 4o. de la CPEUM, derecho que tiene una dimensión tanto individual como pública o social; y

2) la *protección del orden público,* la cual se trata de un principio constitucional que se encuentra íntimamente relacionado con la protección de la salud pública y que, a pesar de su complejidad para definirlo, se trata de "un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general" y que implica la "persecución de objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o políticas públicas". Por ende, la protección del "conglomerado social" es un interés que se encuentra justificado por la ley fundamental.

Resulta interesante que, después de considerar ambos fines como legítimos, la SCJN descarta como legítimo "la prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral". Toda vez que, en palabras de la SCJN, la ley fundamental "no impone un ideal de excelencia humana". En consecuencia, la SCJN considera que las supuestas afectaciones al desempeño social relacionadas con el consumo de la marihuana no son razones válidas desde el punto de vista constitucional para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Hecho esto y ante la determinación de los fines que persigue la medida y su carácter legítimo, la SCJN se avoca a realizar los exámenes restantes que exige el test de proporcionalidad.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

Para la identificación del fin, la SCJN realiza una interpretación sistemática y hace un análisis de los procesos de reforma y la exposición de motivos de la LGS que incluyeron los artículos impugnados.

En este caso, a diferencia del anterior, la SCJN no identifica el fin mediato e inmediato.

No obstante, la SCJN reconoce la existencia de un fin explícito (la protección del derecho a la salud, el cual se encuentra contenido en el ar-

tículo 4o. constitucional) y de un fin implícito (el orden público). Resulta relevante detenerse en el hecho de que la SCJN descarta como fin legítimo el "evitar la autodegración moral" o alcanzar "la excelencia humana" dado que no puede circunscribirse a un principio constitucional.

Establecimiento del carácter legítimo del fin:

Para la determinación de la legitimidad de los fines que persigue el "sistema de prohibiciones administrativas" contenido en la LGS, la SCJN reconoce que la finalidad de proteger el "derecho a la salud" encuentra su legitimidad al tratarse de un derecho fundamental consagrado en el artículo 4o. de la Constitución; mientras que la SCJN sostiene que la finalidad consistente en la protección del "orden público" es un interés que se encuentra justificado por la ley fundamental.

Amparo directo en revisión 6889/2016

Descripción del caso

En este caso, la Primera Sala de la SCJN revisó la constitucionalidad de las fracciones II y IV del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial bajo un test de proporcionalidad.

La SCJN sostuvo que dicha disposición persigue una finalidad legítima dado que "al establecer que las denominaciones genéricas o descriptivas de los bienes o servicios no serán registrables como marca, protege los derechos de los titulares de la marca, así como de los consumidores, a la vez que impide prácticas de competencia desleal".

El Máximo Tribunal destacó que las marcas forman parte del derecho a la propiedad intelectual y, si bien en la ley fundamental no se encuentra un artículo expreso, las mismas cuentan con protección constitucional a partir de diversas disposiciones, como el artículo 28, párrafo noveno, de la Constitución, que indica que no "constituyen monopolio los privilegios

que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

En este sentido, la SCJN sostuvo que dicho artículo "atiende a que la protección de una marca no crea de ningún modo un monopolio, sino que otorga el uso exclusivo de un signo distintivo para que los consumidores puedan ejercer sus libertades comerciales".

Además, destacó que la Primera Sala se ha pronunciado de manera previa a la protección de los intereses de los consumidores, la cual se encuentra fundamentada en el artículo 28, párrafo tercero de la Constitución a fin de reducir las asimetrías en las relaciones de consumo. Asimismo, destacó que la fracción III del artículo 2o. de la Ley de la Propiedad Industrial establece como objeto "impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores". Mientras que diversos artículos de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) reconocen el derecho de los consumidores a la información clara y adecuada sobre bienes y servicios, esto comprende, en palabras de la Corte, la marca de los mismos, a fin de evitar "error o confusión en los consumidores".

Dicho lo anterior, la Corte considera necesario analizar la idoneidad de la medida, así como la necesidad y la "razonabilidad" de la medida.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

Sobre la identificación del fin que persigue la medida legislativa, la SCJN parece identificar distintos fines: la protección de los intereses de los consumidores, la protección de los titulares de las marcas y el impedir prácticas de competencia desleal; no obstante, sólo argumenta sobre la identificación de los dos primeros.

En este caso, queda manifiesto que no se establecen con claridad los fines que perseguirá la medida y si tales fines pueden ser distinguidos entre mediatos e inmediatos o si en realidad todos son fines mediatos, pues la Corte intercambia de manera constante los fines e, inclusive, en la grada de idoneidad pareciera que el fin que toma en consideración es la protección de los derechos de los consumidores; mientras que, en la grada de necesidad considera como fin de la norma impugnada "prevenir actos que atenten contra la propiedad industrial y la competencia desleal". Por si fuera poco, prescinde del análisis de proporcionalidad en sentido estricto (o "razonabilidad" en sus términos), lo cual vuelve imposible conocer qué fin se hubiera tomado en consideración en dicha grada.

Aquí la Corte no hace referencia al tipo de interpretación utilizada para determinar el significado del fin, aunque afirma que los fines (protección del interés del consumidor y protección de las marcas) se derivan del texto constitucional (artículo 28, párrafos tercero y noveno), así como de las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad Industrial (fracción III del artículo 2).

Respecto al fin consistente en la protección de las marcas, éste parece ser un fin implícito de diversas disposiciones constitucionales, como el artículo 28, párrafo noveno de la Constitución; mientras que la protección de los consumidores es un fin constitucional expreso fundamentado en el artículo 28, párrafo tercero de la Constitución.

En otro punto, la Corte sostuvo que el artículo impugnado "atiende a que la protección de una marca no crea de ningún modo un monopolio, sino que otorga el uso exclusivo de un signo distintivo para que los consumidores puedan ejercer sus libertades comerciales". Esto pareciera indicar que la protección de la marca termina otorgando protección a los intereses de los consumidores, por lo cual, no está claro si con esta afirmación la SCJN indica que la protección de las marcas puede ser visto como un fin inmediato que conlleva a la persecución de un fin mediato consistente en la protección de los consumidores.

Establecimiento de su carácter legítimo

Sobre la legitimidad del fin o fines perseguidos por el legislador, en este caso concreto, la SCJN solamente refiere que la disposición impugnada persigue una finalidad legítima dado que "al establecer que las denominaciones genéricas o descriptivas de los bienes o servicios no serán registrables como marca, protege los derechos de los titulares de la marca, así como de los consumidores, a la vez que impide prácticas de competencia desleal". Lo anterior, con base en que los mismos encuentran fundamento en el texto constitucional (artículo 28, párrafos tercero y noveno).

Amparo en revisión 181/2011

Descripción del caso

En este caso, la SCJN analizó la constitucionalidad del artículo 163 Bis del Código Penal para el Distrito Federal por considerar que la pena establecida para el delito de secuestro express es desproporcional para el derecho fundamental a la libertad ambulatoria. Aquí resulta interesante que la SCJN consideró que la determinación de los fines que persigue la medida sujeta a control constitucional, así como la de su legitimidad, son una premisa necesaria para realizar el test de proporcionalidad, pero no forman parte del mismo.

La SCJN estimó necesario identificar el fin que se busca promover con la determinación de la pena, distinguiendo entre fines inmediatos y mediatos, afirmando que los primeros "son aquellos estados de cosas cuya satisfacción debe alcanzarse por virtud de algún principio constitucional", mientras que los segundos "se identifican con los principios constitucionales protegidos por el tipo penal".

En este sentido, el máximo tribunal consideró que el artículo 163 bis del Código Penal del Distrito Federal tiene como fin inmediato "la prevención general de las conductas constitutivas del delito de secuestro express"

y como fin mediato "la protección del derecho fundamental a la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad", los cuales son considerados bienes jurídicos protegidos por este tipo penal de conformidad con el amparo directo en revisión 1987/2006.

Una vez identificado el fin mediato e inmediato que persigue el artículo impugnado, la SCJN se avocó a determinar la legitimidad del fin perseguido por la medida. En este punto, el Máximo Tribunal afirma que:

> (L)a finalidad perseguida por el legislador al incrementar la pena para el delito de secuestro express es una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional, toda vez que está encaminada de modo inmediato a instrumentar una política criminal que busca prevenir la realización de determinadas conductas y de forma mediata está dirigida a proteger principalmente la libertad ambulatoria de las personas. (Sentencia recaída al Amparo en Revisión 181/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de abril de 2011).

Dicho esto, la SCJN analiza el test de proporcionalidad, es decir, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

La SCJN identifica los fines mediatos e inmediatos de la medida legislativa, concluyendo que el artículo 163 Bis del Código Penal del Distrito Federal persigue como fin inmediato "la prevención general de las conductas constitutivas del delito de secuestro express" [*sic*] y como fin mediato "la protección del derecho fundamental a la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad". No especifica qué tipo de interpretación realiza para determinar el significado del fin, ni tampoco hace referencia a si se trata de fines implícitos o explícitos.

Determinación del carácter legítimo del fin:

Se observa que la SCJN, en este caso, no abundó sobre el razonamiento que llevó a la determinación acerca de la legitimidad del fin que persigue la medida. La SCJN simplemente consideró como legítimo el fin perseguido por la medida legislativa, dado que la misma está encaminada a lograr el fin inmediato consistente en instrumentar una política criminal que busca prevenir la realización de determinadas conductas y alcanzar el fin mediato de protección de la libertad ambulatoria de las personas.

Respecto de la naturaleza del fin, tanto la protección del patrimonio como la de la libertad ambulatoria consisten en bienes jurídicos.

Amparo directo en revisión 1399/2011

Descripción del caso

En este caso, la SCJN nuevamente analizó la constitucionalidad de la penalidad prevista en el artículo 163 Bis del Código Penal para el Distrito Federal mediante un test de proporcionalidad.

Esto, con el objetivo de determinar si la norma cuestionada intervenía de manera injustificada sobre el derecho fundamental a la libertad. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, aquí se considera el subprincipio de finalidad legítima como parte del examen de idoneidad, entendido como aquel que implica "determinar si la interferencia al derecho fundamental que se restringe persigue un fin constitucionalmente legítimo y si esa medida afectiva, restrictiva o limitativa, es idónea para la finalidad buscada".

La SCJN analizó el dictamen de reforma del artículo impugnado en el cual se establece el agravamiento de las penas en materia de secuestro en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el secuestro express. Para empezar, la Corte hace referencia a la prohibición constitucional establecida en el artículo 22. De ahí, la SCJN indica que esta prohibición cons-

titucional no contempla la pena restrictiva de la libertad, aunado a que el artículo 18, primer párrafo, de la Constitución admite de manera explícita, para determinados delitos, la pena de prisión.

Ante ello, la SCJN concluye que la intervención al derecho fundamental en cuestión (la libertad) prevista en la norma impugnada del Código Penal para el Distrito Federal persigue un fin constitucionalmente legítimo.

Con base en este razonamiento, la SCJN transita a analizar la idoneidad de la medida (puesto que asume que la finalidad y la idoneidad comprenden una sola grada), preguntándose si la pena de 20 a 40 años de prisión resulta una medida idónea para la finalidad *de limitar la libertad,* afirmando que sí, toda vez que "la cárcel, en ocasiones es el único medio con el que cuenta el legislador para desaprobar los actos antisociales cometidos por individuos que con franco desprecio hacia sus semejantes, atentan gravemente contra bienes jurídicos tutelados de alta estirpe".

Enseguida, la SCJN hace referencia a la "potestad constitucional" del legislador para determinar la política criminal y establecer las penas que considere convenientes para proteger el bien jurídico tutelado. Siendo que dicha potestad no significa una autorización al legislador para "obrar caprichosamente", sino que debe perseguir fines legítimos.

Por último, la SCJN sostiene que la norma impugnada consistente en una pena de 20 a 40 años no contraviene el artículo 22 constitucional. Dicho esto, la SCJN finalmente afirma que la pena sobre el delito de secuestro express busca proteger la libertad de las personas y su patrimonio, a la vez que pretende "desalentar la comisión de ese delito, ya que a su decir su frecuencia se ha vuelto excesiva".

Establecida la legitimidad del fin y la idoneidad de la medida, la SCJN continua con el análisis de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

La SCJN, en este caso concreto, no especifica el tipo de interpretación que realiza, tampoco determina el fin mediato e inmediato, a diferencia del caso anterior, ni queda claro si se trata de un fin explícito o implícito en la Constitución.

Sin embargo, sí manifiesta que analizó el dictamen de reforma del artículo impugnado, aunque realmente no termina por indicar qué fin persigue la norma en cuestión, sino hasta el momento en que introduce la idoneidad, sosteniendo que la pena sobre el delito de secuestro express busca proteger la libertad. Asimismo, al final de este examen agrega dos finalidades más: la protección del patrimonio y desalentar la comisión de dicho delito, sobre los cuales no se determina su legitimidad.

Determinación del carácter legítimo del fin

Para empezar, la Corte hace referencia a la prohibición constitucional establecida en el artículo 22, pero para analizar si la medida seleccionada por el legislador se encuentra prohibida, no respecto al fin consistente en proteger la libertad. De ahí, la SCJN indica que esta prohibición constitucional no contempla la pena restrictiva de la libertad; sumando que, el artículo 18, primer párrafo, de la Constitución admite de manera expresa, para determinados delitos, la pena de prisión.

La SCJN, al analizar la validez constitucional del fin que persigue la medida (que consiste en incrementar la pena del delito de secuestro express) hace referencia a la "potestad constitucional" del legislador para determinar la política criminal y establecer las penas que considere convenientes.

En otras palabras, la SCJN da valor a la libertad legislativa y ante la ausencia de prohibiciones constitucionales claras sobre la medida legislativa asume que la misma tiene cabida constitucional.

Respecto a la naturaleza de los fines, la Corte expresa que la medida busca la protección de un derecho fundamental (libertad) y se puede observar que los demás consisten en un bien jurídico (protección del patrimonio) y un interés público (desalentar la comisión de un delito).

E. Conclusiones

El presente trabajo se concentró en el primer paso que exige la proporcionalidad, es decir, el subprincipio de finalidad legítima, buscando explorar tres aspectos: *1)* la justificación de su exigencia; *2)* algunas cuestiones teóricas relacionadas con la tarea de identificación del fin y la determinación de su carácter legítimo; y *3)* el aspecto práctico, es decir, cómo la SCJN ha utilizado esta grada mediante el análisis de cinco sentencias meramente representativas.

Sobre el primer propósito, entre los hallazgos encontrados es posible mencionar que, más allá de si la exigencia de determinación del fin y su aspecto legítimo se considera como un subprincipio propio o como un aspecto que se encuentra inmerso en el análisis de idoneidad de la medida, la identificación de la finalidad que persigue la medida legislativa y su legitimidad es un paso *forzoso* para el análisis de los demás subprincipios que integran el test de proporcionalidad en sentido amplio. Asimismo, la exigencia de que la medida establecida por el legislador persiga una finalidad legítima encuentra su fundamento en el mandato de optimización de los derechos fundamentales y la relatividad de los mismos. Por último, la importancia de la grada de finalidad radica también en que la identificación del fin resulta para detonar el análisis de las demás gradas que exige el test de proporcionalidad, determinando, incluso, la materia y resultado de esta herramienta metodológica de interpretación.

En cuanto al segundo objetivo, se encontró que a menos de que se esté en presencia de fines explícitos, la identificación de los fines que persigue el legislador requiere de un enorme ejercicio interpretativo. Por otra parte, la relevancia entre identificar los fines mediatos e inmediatos radica

en su relación con la grada de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Además, para el análisis de la legitimidad del fin, se concluye que el mismo sólo será considerado ilegítimo si se encuentra prohibido de manera implícita o expresa por la Constitución en sentido definitivo. En caso de que el fin se encuentre prohibido *prima facie,* opera la presunción de constitucionalidad de la ley hasta que, mediante la ponderación se determine su verdadero carácter.

Por último, a partir del análisis de las cinco sentencias de la SCJN es posible extraer varias conclusiones:

1) Como ocurre con el propio test de proporcionalidad, en el subprincipio de finalidad legítima se presentan muy diversas variaciones. En ocasiones, el máximo tribunal constitucional concibió a la grada de finalidad legítima como un subprincipio específico del test de proporcionalidad, en otro caso, la SCJN determinó que el mismo forma parte del examen de idoneidad y, en otro más, se encontró que dicho tribunal sostuvo que la finalidad legítima era un presupuesto del test de proporcionalidad.

2) Por otra parte, no existe un consenso sobre la necesidad de realizar la distinción entre fines mediatos e inmediatos, ya que, en algunos casos se determinó tales fines y en otros se prescindió de su identificación.

3) También llama la atención que la SCJN no siempre identifica con precisión qué fin persigue la medida, ni expone de manera clara la argumentación realizada, ya sea al momento de identificar los fines que persigue el legislador o bien al momento de determinar su carácter legítimo.

Este trabajo fue apenas una mirada breve a algunas cuestiones relacionadas con el subprincipio de finalidad, todavía queda pendiente una gran cantidad de tareas que consisten en profundizar sobre la utilidad de hacer la distinción entre los fines mediatos e inmediatos; sobre los beneficios de preferir la "teoría subjetiva", la "teoría objetiva" o el "test combinado" al

momento de determinar la validez constitucional del fin; así como un estudio enfocado en el ejercicio de interpretación para la identificación del fin que persigue el legislador, entre otras cuestiones relevantes. Asimismo, sería interesante realizar un estudio más exhaustivo sobre la manera en que la SCJN identifica el fin y su legitimidad. Por lo pronto, a la luz de los resultados de este trabajo, es posible concluir que la SCJN identifica los fines y fija su validez constitucional bajo muy variables consideraciones, pues en el máximo tribunal constitucional todavía no existe consenso sobre qué lugar debe ocupar la exigencia de identificar el fin y su legitimidad.

Fuentes

Barak, A. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones, trad. de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores.

Barreto Nova, O. G. (2019). Breve nota teórica sobre la cláusula restrictiva de los derechos fundamentales en México. México: Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Disponible en gob.mx/cec/blog-cec/breve-nota-teorica-sobre-la-clausula-restrictiva-de-los-derechos-fundamentales-en-mexico.

Bernal Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2005). Tribunal constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: una respuesta a Gloria Lopera. En Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 74, pp. 417-443.

Cárdenas Gracia, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 139, pp. 65-100.

Clérico, M. L. (2010). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Eudeba: Buenos Aires.

Díez Gargari, R. (2012), Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 26, pp. 66-106.

Sánchez Gil, R. (2017). Estudio preliminar. En M. Klatt y M. Meister, La proporcionalidad como principio constitucional universal (pp. XI-LVII). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Sentencia recaída al Amparo directo en revisión 6889/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 28 de junio de 2017.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 181/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de abril de 2011.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de noviembre de 2015.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 1399/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, 24 de agosto de 2011.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 302/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 13 de julio de 2016.

Tesis [A]: 1a. CCLXIII/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 902, Reg. digital 2013143.

Tesis [A]: 1a. CXVIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 263, Reg. digital 174410.

Tesis [J]: 2a./J. 10/2019, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 838, Reg. digital 2019276.

La estructura de la finalidad legítima

Víctor Jesús Castañeda Rojo

Sumario: A. Introducción; B. Ideas principales de Ibarra; C. Reflexiones en torno a las ideas planteadas por Ibarra, I. Una suerte de confusión entre la identificación de los fines y su legitimidad, II. ¿El test de proporcionalidad es una herramienta interpretativa o un método para resolver conflictos?, III. La legitimidad del fin, IV. La identificación del fin, V. La ubicación de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad.

Las siguientes líneas buscan expresar las ideas principales planteadas por Frida Ibarra Olguín en el texto "La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", para después reflexionar acerca de algunos puntos en particular: el esquema expuesto al abordar la identificación de los fines y su legitimidad; ciertas concepciones posibles sobre la legitimidad; la discrepancia percibida entre Aharon Barak y Ronald Dworkin respecto a la intención; y, el punto quizá más relevante, el requisito de coherencia al estructurar el test de proporcionalidad.

A. Introducción

En un texto presentado recientemente en el Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, Martin Borowski (2021) relata de forma sucinta la experiencia alemana en relación con esta herramienta metodológica. Desde 1960, el principio ya era estudiado a cabalidad en la doctrina alemana. Una experiencia diversa se ha tenido en México. Como recuenta

Frida Ibarra, en 2004 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad y en años recientes se ha desarrollado y discutido más a fondo. No es el propósito de este trabajo detallar la historia comparada del test de proporcionalidad en Alemania y en México, tan sólo se busca resaltar la importancia de textos como el de Ibarra para mejorar la comprensión del test en nuestro país.

La primera parte de este breve escrito se enfoca en analizar a grandes rasgos las ideas planteadas por Ibarra. En el desarrollo de su presentación, sigue en diversas ocasiones a Aharon Barak, Laura Clérico, Carlos Bernal Pulido y Rubén Sánchez Gil. Retoma aspectos teóricos de cada uno y conforma un marco conceptual, para después emplearlo a la luz de casos prácticos. En la segunda parte, haré algunas reflexiones de parte de la conformación de la obra de Ibarra: la legitimidad del fin, su identificación y la estructuración del test de proporcionalidad en lo que a la finalidad legítima concierne.

B. Ideas principales de Ibarra

En términos generales, son tres los temas abordados. El primero se configura por dos consideraciones: el porqué se debe tener una etapa de finalidad legítima (su justificación), y la composición de la grada del test. Segundo, la teoría desarrollada acerca de la identificación del fin y su carácter legítimo. Tercero, una breve e interesante ejemplificación a partir de sentencias de cómo ha utilizado el test de proporcionalidad la SCJN.

Ibarra, en sus primeras líneas, comenta brevemente acerca del significado del test de proporcionalidad: una herramienta de interpretación utilizada para resolver conflictos entre principios. A pesar de haberse incorporado en México desde hace unos años, persiste la confusión en cuanto a su composición y aún hay dudas acerca de si es una metodología obligatoria para todos los jueces. Ella aborda en específico la grada de finalidad legítima.

¿La finalidad legítima debe ser considerada una grada independiente a la de idoneidad? En algunas concepciones, la idoneidad sí incluye la finalidad legítima; la primera cuestión es si la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo y la segunda es si la misma medida fomenta la obtención del principio. Barak, al contrario, entiende la finalidad como una grada independiente de la idoneidad.

Para Ibarra, lo importante es que se persiga un fin legítimo, más allá de dónde se ubique la idoneidad dentro de la proporcionalidad. No obstante, acepta la utilidad pedagógica de separar la finalidad de la idoneidad. El requerimiento de la finalidad legítima debe cumplirse porque los principios de derechos humanos deben realizarse con la mayor amplitud posible —son mandatos de optimización—, al mismo tiempo que muestra el carácter relativo de los derechos. Una razón más en conexión con la justificación se encuentra en la determinación del propio test, dependiente del resultado de la finalidad legítima, por lo cual es un paso forzoso.

Como parte de los aspectos teóricos, Ibarra expone diversos conceptos —divididos en el apartado de 1) identificación del fin y 2) legitimidad de la medida—, como la presencia de cláusulas restrictivas generales y específicas, así como los fines implícitos y explícitos. Expresa Ibarra, los fines deberán estar fundamentados en un principio constitucional de forma explícita o implícita. Para la determinación de los fines, lo que conlleva un ejercicio interpretativo, existen varios métodos; Ibarra se concentra en el teleológico tanto subjetivo como objetivo. Otros dos conceptos relevantes son el fin mediato y el fin inmediato. El primero se refiere al mundo del ser y es indispensable en la etapa de idoneidad; el segundo consiste en el propósito de la medida en sí.

En cuanto al tema de la legitimidad de los fines, Ibarra, que retoma ideas de Bernal Pulido; considera que el legislador puede buscar los fines no expresamente prohibidos. Las prohibiciones pueden ser explícitas, implícitas, así como *prima facie* o definitivas. En general, las prohibiciones

definitivas resuelven el asunto sin detonar el test de proporcionalidad, mientras que las prohibiciones *prima facie* sí son ponderadas pero hasta la etapa de proporcionalidad en sentido estricto.

Entre los fines válidos se encuentran otros principios, conforme a Bernal Pulido. Para Barak, los intereses públicos sólo pueden limitar un derecho humano cuando son especialmente cruciales. Aquí se regresa a los fines identificados, el subjetivo o el objetivo, pero se añade la pregunta de cuál de los dos debe ser sujeto al análisis de legitimidad. Para Barak, ambos fines deben ser legítimos.

Los conceptos hasta ahora empleados por Ibarra sirven de marco teórico para analizar cinco resoluciones de la SCJN. Se hará referencia sólo a dos. Primero, el amparo en revisión 302/2016, en el cual, en el contexto de un amparo en contra de un artículo del Código Fiscal se analiza el fin inmediato de la disposición y se utiliza la interpretación sistemática para su entendimiento, se trata de un fin explícito en el texto constitucional. En el amparo en revisión 237/2014, acerca del uso lúdico de la marihuana, la Corte determinó que en primer lugar debían analizarse los fines y su validez; se estableció que los fines perfeccionistas no están protegidos por la Constitución y se determinaron fines legítimos y explícitos como la protección a la salud y el orden público, los cuales son identificados a partir de los procesos de reforma a la ley y las exposiciones de motivos.

En general, Ibarra observa la falta de uniformidad en las resoluciones de la Corte. En ocasiones la finalidad legítima es vista como un subprincipio independiente, en otras se concibe como parte de la idoneidad o como un presupuesto del test. El marco teórico se presenta en la práctica de forma intermitente, en ocasiones se prescinde de la distinción entre fines mediatos e inmediatos, o no siempre se determina de forma clara el fin perseguido por la medida

Lo dicho con antelación constituye una mirada panorámica de las ideas de Ibarra. Ahora procuraré entrar más a detalle en algunos temas.

C. Reflexiones en torno a las ideas planteadas por Ibarra

I. Una suerte de confusión entre la identificación de los fines y su legitimidad

Ibarra (2021, pp. 182-193) aborda los aspectos teóricos relacionados con el subprincipio de finalidad legítima en la tercera sección, dividida en dos apartados generales. El primero es el de la identificación de los fines perseguidos por la medida legislativa y el segundo es el de la determinación del carácter legítimo de los fines.

No obstante, en apariencia, hay una especie de confusión en el desarrollo. A pesar de ser una cuestión formal, parece adecuado hacerla explícita. En el apartado A, referente a la identificación de los fines, se incluyen consideraciones relacionadas con la legitimidad de los mismos. La autora menciona: "Respecto al primer caso, las cláusulas generales que contienen fines explícitos permiten identificar qué fines pueden ser considerados legítimos para intervenir sobre un derecho fundamental […]" (Ibarra, 2021, p. 183). Dicho de otra manera, la cuestión acerca de las categorías de los fines pareciera pertenecer conceptualmente a la idea de la legitimidad de los mismos.

Conviene subrayar la inclusión de elementos de legitimidad en la identificación del fin, porque es relevante establecer su diferencia. Una tarea es la de saber qué fines persigue la medida o el acto sujeto a análisis constitucional. Otra es la de si es legítimo o no. Barak distingue entre el aspecto interpretativo, centrado en cómo se le da un significado al acto legislativo, y la pregunta acerca de la constitucionalidad. En el primer caso, se trata del significado; en el segundo, de la validez (Barak, 2012, p. 287). Ibarra concuerda con lo anterior, pero, al momento de presentar la identificación del fin, se mezclan elementos sobre la legitimidad.

II. ¿El test de proporcionalidad es una herramienta interpretativa o un método para resolver conflictos?

Ibarra expresa que el test tiene ambas cualidades; no es su preocupación principal, sólo lo presenta a modo de una identificación *grosso modo* del test. Tampoco será el tema central de este texto, tan sólo se quiere enfatizar que es posible concebir al test, en efecto, de ambas formas.

A primera vista, pareciera de hecho ser distinto interpretar y solucionar el conflicto. Si por interpretar se entiende encontrar o descubrir el significado de algo, y la solución de conflictos es comprendida como un método para resolver contradicciones entre normas, da la impresión de que son cosas distintas. No obstante, es posible afirmar, el principio de proporcionalidad puede ser concebido como un método para solucionar conflictos, y a la vez como un método de interpretación en un sentido más abstracto. Para plantear el conflicto entre dos normas se requiere interpretación, de lo contrario no es posible saber cuál es el contenido de las normas en contradicción. Pero al solucionar el conflicto, también se habrá descubierto qué dice el derecho. Dicho de otra forma: podría concebirse el principio de proporcionalidad como una manera de interpretar segmentos del sistema jurídico.

III. La legitimidad del fin

Al respecto de la legitimidad, quisiera comentar algunas posibles concepciones sobre su entendimiento. ¿Qué significa que un fin sea legítimo? Como un punto preliminar, para Borowski (2021, p. 242) el componente de legitimidad es un aspecto normativo que debe ser determinado en cada orden constitucional. Es un aspecto normativo en contraposición con el elemento empírico de la idoneidad, en el que el objetivo es determinar si la medida realizará en algún grado el principio.

Barak (2012, p. 245) distingue la legalidad de la legitimidad. El carácter apropiado —legítimo— de un propósito requiere inspeccionar su natu-

raleza y el grado de urgencia requerido por el mismo. Para Barak (2012, p. 251) los propósitos legítimos se desprenden de los valores de un estado democrático. La democracia, como él la entiende, es un fenómeno multifacético, con un aspecto formal vinculado con el papel del pueblo como soberano; así como un aspecto sustantivo conectado con principios como la separación de poderes, el Estado de derecho, la independencia judicial, los derechos humanos y otros valores básicos, a lo cual refiere como la moralidad interna de la democracia (Barak, 2012, p. 253). En concreto, sostiene que los derechos de otras personas constituyen propósitos legítimos (Barak, 2012, p. 255). Los intereses públicos, al contrario, sólo pueden ser legítimos cuando revisten una importancia especial.

Robert Alexy expone la distinción entre tipos de validez, la cual está vinculada de forma estrecha con la legitimidad. Habla del concepto sociológico de validez, referente a si una norma es obedecida, en caso de desobediencia se aplica una sanción (Alexy, 2013, p. 87). El concepto de validez estrictamente jurídico se refiere al establecimiento de normas conforme al ordenamiento; el de validez moral, a si una norma está justificada en términos morales (Alexy 2013, pp. 88-89).

De lo anterior se infiere que la legitimidad hace referencia no sólo a la validez estrictamente jurídica, sino también a la validez moral. En ese sentido podría ser entendida la frase de Barak acerca de la insuficiencia de la legalidad y su apelación al Estado democrático constitucional. Se debe recordar, además, que Alexy (2013, p. 126) incluye en el concepto de derecho todo aquello en lo que se apoya o debería apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, así como la fórmula Radbruch, que establece la invalidez de las normas extremadamente injustas (Alexy, 2013, p. 125).

Entonces, se puede hablar por lo menos de tres sentidos de legitimidad, cada uno más complejo que el anterior. El primero sería una cuestión formal respecto a la Constitución, una aplicación de la validez estrictamente

jurídica. Por lo tanto, si una norma ha sido creada conforme al ordenamiento independientemente de su contenido, se podría afirmar su validez, esto es, su legitimidad. Ni Barak ni Alexy parecen tener eso en mente. Ellos añaden una validez más sustantiva. Barak refiere la moralidad interna de la democracia reflejada en distintos valores. Entonces, si una norma quiere ser válida debe apegarse igualmente a los principios ya mencionados (derechos humanos, separación de poderes, etcétera). Alexy pareciera ir más lejos al incluir principios de moralidad. Las injusticias extremas reflejadas en normas aisladas no serían derecho en su esquema de validez. Al parecer, Barak se queda en el plano constitucional sustantivo y no da el paso a una validez sujeta a consideraciones estrictamente morales.

IV. La identificación del fin

Ibarra, de nuevo siguiendo a Bernal Pulido, plantea la distinción entre fines subjetivos y objetivos, tras afirmar que la identificación del fin es una cuestión interpretativa y reconocer la existencia de diversos métodos de interpretación (Ibarra 2021, p. 191). Barak distingue entre quienes interpretan una norma conforme a la intención original de sus creadores al momento de su configuración —propósito subjetivo— y quienes interpretan de acuerdo con el significado —propósito objetivo— al momento de la interpretación del juez (Barak 2012, pp. 287-288). A él le interesa primordialmente determinar cuál de los dos propósitos debe ser sujeto al test de la legitimidad, lo cual es un asunto propiamente constitucional. Por ahora, la única intención es contrastar algunos presupuestos de la identificación del fin subjetivo de Barak con las consideraciones de Ronald Dworkin acerca de la intención.

En el esquema de Barak, ambos propósitos, el subjetivo y el objetivo, deben ser legítimos. Esto es, para considerar una finalidad como legítima tanto el propósito intencionado por el legislador como el propósito objetivo interpretado por el juez deben satisfacer los requisitos de legitimidad. En defensa de su modelo combinado, Barak proporciona diversas razones, conectadas al mismo tiempo con la posibilidad de conocer la intención

del legislador. La primera crítica realizada al modelo de Barak consiste en la imposibilidad de un cuerpo colectivo, como una legislatura, de tener una intención, porque ésta sólo puede ser adscrita a individuos. La respuesta consiste en enfocarse en una intención agregada del legislativo. La intención agregada se traduce en las negociaciones llevadas a cabo por los miembros de la agrupación y el resultado reflejado (Barak, 2012, p. 300). Como segundo argumento relevante para este texto, se aduce que aun si se pudiera adscribir una intención a la legislación, su identificación sería casi imposible. Barak, como es de esperarse, difiere, pues responde que es posible capturar la intención legislativa mediante evidencia circunstancial y directa, por ejemplo, por medio de los efectos del acto en sí, del contexto histórico e incluso de testimonios de legisladores (Barak, 2012, p. 302).

Ante la pregunta de Barak sobre qué propósito debe prevalecer, si el subjetivo o el objetivo, ¿qué respondería Dworkin? Me parece que él rechazaría la idea de la intención del legislador. Denegaría de lleno la de la intención de los redactores, en el ámbito constitucional; rechaza la noción de la intención como un hecho psicológico complejo guardado por la historia, pues lo único que existe está a la espera de ser inventado (Dworkin, 2012, p. 60). En el caso del propósito de la medida legislativa, se trata de un nivel subconstitucional en términos de Barak, y aunque Dworkin estima que se ha acuñado un término especializado —distinto al de las convenciones lingüísticas— de la intención de los legisladores (referente a las declaraciones pronunciadas en un informe de la comisión de un proyecto de ley), mantiene la idea de la intención legislativa como un concepto interpretativo. Dicho de otra manera, Dworkin adoptaría una versión del propósito objetivo, a partir de su propia teoría de la interpretación constructiva.

V. La ubicación de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad

Uno de los primeros elementos considerados por Ibarra se relaciona con los componentes del test de proporcionalidad. Tal como lo menciona,

"se trata de la cuestión sobre si el subprincipio de finalidad debe ser un principio aparte o si debe encontrarse dentro de la grada de idoneidad" (Ibarra, 2021, p. 179). La respuesta a esta cuestión ha sido diversa en la teoría.

Un primer acercamiento expuesto por Ibarra consiste en la perspectiva alemana de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una presentación reciente de tal perspectiva es proporcionada por Borowski (2020, p. 4). Él reconoce que la idoneidad (*suitability)* es en ocasiones dividida en la legitimidad del propósito (lo cual es una cuestión normativa), y la idoneidad como cuestión empírica acerca de la racionalidad instrumental. Ello corresponde, expresa Borowski, sólo a una sistematización diversa de los mismos criterios. En particular, incluye la finalidad legítima en la idoneidad.

Sin embargo, pareciera que la tradición alemana no es unívoca. Para Alexy la legitimidad del propósito no forma parte de la idoneidad. Si por legitimidad se entiende validez, esto es, la cuestión de qué debe ser colocado dentro o fuera del ordenamiento jurídico, como previamente se ha comprendido, entonces la validez tratándose de los principios sería un problema poco frecuente (Alexy, 2014, p. 85); reconoce que puede haber conflictos entre principios cuando uno de ellos sea declarado inválido —situación que se presenta en los conflictos entre reglas, dentro de su teoría—, pero tal evento sería extraordinario, y menciona el ejemplo del principio de discriminación racial, el cual no tiene precedencia frente a otros principios. La finalidad legítima, para Alexy, constituye un presupuesto para los conflictos entre principios. Sánchez Gil (2017, p. XXI) refiere una idea similar cuando alude la expresión del Tribunal Constitucional español, del *prius* lógico.

Siguiendo con la exposición de Ibarra, Barak (2012, p. 246) incluye la finalidad legítima como una fase separada de la idoneidad, como una cuestión inicial (*threshold examination*).

Sánchez (2017, p. XXI) menciona que otros autores, como Fernando Silva García, añaden el criterio del conflicto constitucional entre dos principios. Para Sánchez, incluir estos componentes es una cuestión formal, que no cambia los componentes ni los conceptos, debido a que se encuentran en la formulación tradicional. También da cuenta de la perspectiva de Matthias Klatt y Moritz Meister, para quienes la legitimidad del fin, así como la legitimidad del medio, se consideran fases del examen de proporcionalidad, pero un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos.

Más adelante en el texto, como producto del análisis realizado a los casos prácticos, puede observarse que la SCJN tampoco ha tratado de forma unánime el tema de la finalidad legítima; en diversas resoluciones ha adoptado algunas de las posturas teóricas mencionadas. En ocasiones, la finalidad legítima se incluye en la idoneidad, en otro momento se le considera una etapa independiente y, a veces, como un presupuesto (Ibarra, 2021, p. 212)

Siguiendo a Bernal Pulido y a Sánchez Gil, la autora considera que la fase de la finalidad legítima es un paso forzoso y no un aspecto que pueda ser considerado "ajeno" o "externo" al instrumento metodológico de interpretación, más allá de si se incluye o no en la idoneidad o se le cree una grada aparte (Ibarra, 2021, pp. 181-182 y 211). Al mismo tiempo, considera útil desde el punto de vista pedagógico separar la finalidad legítima de la idoneidad, pues en esta fase la cuestión es distinta, consiste en determinar si los medios promueven la finalidad (Ibarra, 2021, p. 182).

Con lo dicho hasta ahora es clara la existencia de distintos entendimientos acerca de los componentes del test de proporcionalidad, en concreto, sobre la finalidad legítima. No hay consenso teórico, así como tampoco hay un acuerdo en su uso por la Corte, tal como lo hace ver el ensayo de Ibarra.

El debate anterior lleva a preguntar cómo se debe entonces entender la finalidad legítima. Se podría pensar, como en parte lo hace Borowski,

que es posible generar diversos entendimientos siempre y cuando se realicen las mismas preguntas. Se puede ir más lejos y pensar que es una cuestión trivial, o sin relevancia práctica, si la finalidad legítima se incluye en algún componente o si se le considera un criterio independiente. No obstante, es relevante que todas las formulaciones se sometan al criterio de consistencia interna. Esto es así porque quizá tomar muy a la ligera la forma en la que se estructura el test de proporcionalidad en cada una de sus gradas haga perder la atención sobre la coherencia entre los componentes.

De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización conforme a las posibilidades jurídicas y fácticas; no se aplican sin más, no son mandatos definitivos. Por esa razón el principio de proporcionalidad se deduce de los principios. "Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto" (Alexy, 2014, p. 92). Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se derivan de las posibilidades fácticas. Dicho brevemente, deben adoptarse medios para la mayor realización de los principios, lo cual incluye adoptar medidas menos lesivas.

Se dice lo anterior porque incluir la finalidad legítima como un componente más del test, como sugiere Barak, por ejemplo, puede llevar a inconsistencias con la propia definición de los principios y con el test de proporcionalidad. En el esquema de Alexy los dos primeros subprincipios, idoneidad y necesidad, se refieren a las posibilidades fácticas. Pero si se incluye la finalidad legítima como un componente más, anterior a la idoneidad, entonces se hacen consideraciones normativas incluso antes de la ponderación. Quizá para evitar esta tensión, Alexy ve la validez de los principios como un presupuesto del test de proporcionalidad.

No se pretende decir con lo anterior que la única forma consistente de entender el principio de proporcionalidad es la de Alexy. Bien podría modificarse la idea de principio, o bien podría aceptarse que los sub-

principios requieren igualmente consideraciones normativas. Lo importante es construir un cuerpo coherente de ideas y no caer en la tentación de configurar el test sin consideración de asunciones previas.

Otra forma de presentar una inconsistencia en el test, por integrar sus componentes de cualquier forma, es la siguiente. Supongamos que hemos incluido la finalidad legítima como un componente al mismo nivel que la idoneidad, la necesidad y la ponderación. La finalidad legítima consta de dos etapas. La primera, en identificar el fin, y la segunda, en la determinación de su legitimidad. Como se expresó, Ibarra, siguiendo a Clérico, comenta que en el caso de prohibiciones expresas con carácter definitivo no resulta necesario detonar el examen de proporcionalidad (Ibarra, 2021, p. 189). La inconsistencia resulta en que si se considera la finalidad legítima como parte del test de proporcionalidad y en la primera etapa ya se ha identificado el principio perseguido por la medida, entonces no tiene sentido decir que no debe detonarse el examen de proporcionalidad. No se pretende enfatizar con esto una cuestión verbal, sino conceptual.

Otro problema surge con las prohibiciones *prima facie*. En el análisis de Ibarra, como se mencionó, la determinación de la legitimidad en el caso de tales prohibiciones se pospone hasta la etapa de ponderación. Pero, si ese es el caso, entonces no se ha determinado la legitimidad del principio.

¿Entonces, de qué sirvió la etapa de legitimidad del principio? Si se trata de prohibiciones definitivas, según Ibarra, no se detona el test de proporcionalidad. Lo cual lleva a la inconsistencia de que el test ya se había iniciado desde el momento en el cual se identificó el fin. Si se trata de prohibiciones *prima facie*, entonces la legitimidad no se lleva a cabo en esa etapa.

Fuentes

Alexy, R. (2013), *El concepto y la validez del derecho*, Jorge M. Seña (trad.), 2a. ed., Barcelona, Gedisa.

_____ (2014), *Teoría de los derechos fundamentales,* Carlos Bernal Pulido (trad.), 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Barak, A. (2012), *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Doron Kalir (trad.), Nueva York, Cambridge University Press.

Borowski, M. (2020), "Necessity and balancing", texto presentado en el Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, 2 de marzo, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dworkin, R. (2012), *Una cuestión de principios*, Victoria Boschiroli (trad.), 1a. ed., Buenos Aires, Siglo XXI.

Ibarra O., F. (2020), *La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en edición para su publicación.

Sánchez, R. (2017), "Estudio preliminar", en Klatt, M. y Meister M., *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, Rubén Sánchez Gil (trad.), México, UNAM, pp. XI-LVII.

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.

Un modelo alternativo para la ponderación jurídica*

María Inés Pazos**

* Este trabajo fue realizado en el marco y con el apoyo del proyecto de investigación "Lógicas no clásicas y argumentación en ciencia", identificado como PAPIIT IN401619, de la UNAM.

Texto presentado en su versión original el 15 de junio 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.

** Agradezco los comentarios a los avances y versiones previas de este trabajo a los miembros del seminario de lógicas no monotónicas de la UNAM, entre ellos, los miembros del proyecto PAPIIT, en cuyo marco se desarrolla este trabajo, en particular a Raymundo Morado y a Froilán Hernández. Agradezco a Vicente López su ayuda en el mecanismo del cálculo de utilidades.

Sumario: A. Introducción; B. Principios jurídicos y optimización; C. Utilidad y satisfacción de principios; D. La decisión en el caso *Titanic*; E. Utilidad y decisión jurídica, un paso más allá de la ponderación; F. Conclusiones.

A. Introducción

La ponderación jurídica es uno de los temas más actuales y controvertidos en teoría jurídica, filosofía del derecho y derecho constitucional. Es aplicada en los tribunales tanto europeos como latinoamericanos.[1] Hay muchos temas vinculados a ella. El más general es el de la justificación de las decisiones judiciales sobre principios de rango constitucional que defienden derechos fundamentales, en el marco general de la argumentación jurídica. Este tema es dependiente, a su vez, de la vinculación normativa en la argumentación jurídica con el discurso jurídico, con el discurso práctico en general, y de manera más simple, con la justificación de las decisiones judiciales. Pero junto a esos problemas tan complejos y debatidos en filosofía del derecho podemos distinguir uno mucho más limitado, el de la optimización de bienes, en este caso, bienes jurídicos en colisión.

[1] Véanse Bindi (2016), Armenta (2019) y Covarrubias Cuevas (2014).

En general se ha estudiado la ponderación desde la óptica de la justificación de la decisión judicial, por lo general mostrando una preocupación por la objetividad. Aquí me ocuparé de una cuestión algo diferente, del concepto de optimización de principios en colisión y de la racionalidad de la operación de optimizar. No cuestiono, entonces, que en la ponderación jurídica haya implícito un deber de optimizar, ni me pregunto por su justificación. Creo que ese deber es relativamente fácil de justificar en la noción de principio como mandato de optimización sumado a la tesis de que hay derechos fundamentales resguardados constitucionalmente por medio de principios. Ésa sería una justificación mínima que debería completarse con una teoría más completa de la decisión judicial. Sin embargo, no tengo por objetivo en este trabajo discutir una teoría tal, ni una justificación completa de las decisiones en caso de colisión de principios. Sólo asumo algo, en general, aceptado: que en estos casos el razonamiento jurídico supone una operación de optimizar la protección de bienes o realización de fines consagrados en principios jurídicos. En ese contexto, analizo la operación de optimización.

Es necesario tener claros los conceptos relacionados de optimización y el de acción de optimizar. Llevamos a cabo acciones de esta clase en la vida ordinaria en contextos muy diferentes. Optimizar es maximizar los beneficios y minimizar los daños respecto de la consecución de algún fin o de la combinación de varios fines. Los fines podrían ser de cualquier naturaleza: descansar, ser felices, obtener conocimiento, ser buena persona, mejorar la economía nacional o reducir el calentamiento global.

Cuando los fines compiten, porque la persecución de uno restringe la de otro, entonces la optimización implica obtener el mayor beneficio y menor perjuicio en la realización conjunta de ambos fines. En la vida diaria pueden competir, por ejemplo, el fin de descansar más y el de trabajar más o el de vivir en un lugar tranquilo y el de residir cerca del trabajo.

A veces las elecciones son difíciles, ¿prefiero quedarme en México con mi pareja o aceptar un puesto en Alemania? ¿Invierto mis ahorros en una

fundación para la defensa de los animales no humanos o compro una cabaña en una zona rural, para descansar? En algún sentido, estas elecciones no son racionales, no lo son porque dependen de preferencias subjetivas. Pero hay un sentido en el que sí son racionales: lo son si, una vez que establecimos nuestras preferencias, éstas guardan entre sí algunas relaciones lógicas. Muchas veces la mejor decisión no es optar entre los dos bienes, por ejemplo, entre vacaciones o trabajo, México o Alemania, el bienestar de los animales o el mío. A veces ni siquiera es necesario preferir uno para tomar la decisión. Puedo equilibrar el trabajo con el descanso, invertir parte de mis ahorros en fundaciones para el bienestar animal y rentar una cabaña en las vacaciones. Estas observaciones que parecen tan obvias hacen la diferencia decisiva a la hora de proponer un modelo de optimización. Un modelo tal es el objeto de este trabajo.

Conforme con lo anterior, mi propuesta tiene un alcance limitado, no pretende ser una teoría completa de la decisión judicial sobre principios jurídicos en colisión, ni tampoco una en el área más limitada de la defensa de derechos fundamentales. Es una propuesta para determinar la racionalidad lógica de decisiones que tienen por fin optimizar bienes jurídicos de conformidad con dos principios constitucionales, en casos de colisión entre esos principios. No asumo que la optimización sea lo único que deba tomarse en cuenta cuando se aplican principios jurídicos en colisión. Sólo propongo una herramienta para la optimización. A esta herramienta y a la acción de aplicarla las llamo "ponderación jurídica" o, simplemente, "ponderación".

Como herramienta para la ponderación, el modelo que propongo es instrumental. Es, sostengo, una manera correcta de optimizar, una versión que mejora al modelo estándar. No pretende reemplazar a la razón práctica como herramienta para la toma de decisiones jurídicas. El razonamiento práctico incluye razonamiento instrumental, entre otros. Si está justificado promover fines protegidos por principios jurídicos, entonces debe buscarse medios adecuados para promover esos fines. Los medios pueden limitarse de distintas maneras, puede haber límites fácticos y

jurídicos, eventualmente podría argumentarse que hay también límites morales a la persecución de fines legales o constitucionales. El modelo no asume tipos específicos de límites.

Para que sea aplicable este mecanismo deben concurrir las siguientes condiciones. Debe haber dos principios constitucionales que defienden sendos derechos fundamentales. Esos principios han de ordenar optimizar algo, que es por ello considerado un bien jurídico (por ejemplo, la libertad personal, la educación, la salud, la igualdad, etc.). Debe haber, en un caso particular, una colisión entre esos dos principios; esto significa que la optimización de cualquiera de los dos bienes resulta comprometida si se optimiza el otro. Finalmente, debe haber un sujeto (podría ser una persona individual, un cuerpo colectivo, un órgano de gobierno, etc.) que toma una decisión en ese caso particular respecto de cómo aplicar esos dos principios. En un contexto como ese, propongo un mecanismo para la toma de esa decisión que indica qué opciones, entre las disponibles, son más racionales en términos de optimización, esto es, cuáles decisiones optimizan mejor los bienes protegidos por los principios.

La propuesta es puramente lógica. No pretende dar una respuesta jurídicamente correcta al caso, ni indicar la decisión moral más justa. Sólo responde a la pregunta de ¿qué significa optimizar los bienes involucrados en un caso de conflicto de principios? La acción que optimiza adecuadamente es considerada, en este contexto, la más racional. En tanto la optimización es una cuestión de grado, puede considerarse que hay, correlativamente, grados de racionalidad. Aunque no propongo una teoría de la razón práctica, sí asumo que, cuando un discurso práctico usa como parte de su argumentación la razón instrumental, debe satisfacer a este tipo de racionalidad, del mismo modo que si usa razonamientos deductivos, éstos tienen que ser válidos y si realiza una inducción, ésta debe ser correcta. La argumentación es una práctica que combina razonamientos de distinto tipo.

Este trabajo es paralelo al de Robert Alexy acerca de cómo llevar a cabo una ponderación de principios jurídicos definidos como mandatos de

optimización.[2] Aunque la suya es una propuesta más general, ofrecida como una teoría de la decisión judicial correcta para casos de este tipo. Mi único fin es dar una respuesta a la pregunta de cómo es racional optimizar, aunque considero que la optimización es una parte de lo que, en principio, debería tomar en cuenta el órgano decisor en casos de esta clase.

Cuestiones como si el juez tiene obligación de aplicar esos principios, si puede o debe incluir o excluir parámetros adicionales (como la justicia, la conveniencia política, la satisfacción personal del juez, etc.) no son incorporadas en el modelo, no porque sean irrelevantes para tomar una decisión judicial o evaluarla, sino porque este modelo no permite considerar esas sentencias más que desde el punto de vista mencionado: la racionalidad de la operación lógica de optimizar los bienes protegidos por dos principios en colisión. Esto es compatible con diferentes teorías de la decisión práctica y, en particular, es compatible con la de Alexy quien, para el caso de la ponderación, también propone explícitamente un modelo de optimización.

Mi propuesta es un mecanismo para la ponderación. La expresión "ponderación" (*balancing*) es usada de manera vaga y ambigua en el ámbito del derecho. Aquí lo uso en un sentido restringido, en el que ella es sólo una parte de la operación de decidir en casos de colisión de principios: la parte que concierne a la optimización.

Llamo "ponderación" a la operación que justifica racionalmente, desde el punto de vista de la razón instrumental, la elección de una acción cuyo fin es la optimización de dos bienes. Cuando esta operación la aplicamos a principios jurídicos en colisión la llamo "ponderación jurídica". Sugiero que este modelo de ponderación sea usado para realizar o evaluar decisiones judiciales en casos de conflictos de principios, en la medida en

[2] El método de Alexy para la ponderación aparece por primera vez en Alexy (2002) y posteriormente en otros trabajos. Uno de los más claros es Alexy (2003).

que esa decisión tenga por fin optimizar los bienes defendidos por los principios.

La importancia de esta propuesta no está en el ámbito de la teoría del discurso práctico en general ni en la teoría de la decisión judicial. No incursiona en esos ámbitos.

Es importante porque discute —y es una alternativa a— un modelo de optimización que se acepta de manera prácticamente uniforme. Se han hecho muchas críticas a la propuesta de Robert Alexy, que es el modelo estándar para la ponderación, pero ninguna la analiza en tanto mecanismo de optimización. Es criticada por razones vinculadas básicamente al establecimiento de sus premisas sustanciales, pero no en cuanto a si cumple la función que se propone, la de optimizar, ni en cuanto a cómo lo hace. En particular, no se analiza de cerca ni se presentan alternativas para el último paso de su examen de proporcionalidad: la fórmula del peso. Me parece por lo menos extraño que no haya alternativas teóricas en la filosofía y la teoría jurídica a la fórmula del peso, a pesar de que la jurisprudencia sí ha usado fórmulas diferentes. Es un vacío en el que la teoría jurídica necesita incursionar.

Es importante, en especial, porque abre la discusión sobre la estructura del tercer principio de proporcionalidad, único paso realmente cuestionable del examen de proporcionalidad de Alexy y núcleo de éste, y así invita a participar en este debate y a hacer otras propuestas.

Mi modelo funciona de la siguiente manera. Su resultado es la asignación de valor a un conjunto de decisiones respecto de la medida en que se optimizan dos bienes. La o las decisiones con más valor son consideradas las más racionales. La racionalidad aquí es, como dije, instrumental. La decisión es más racional en el sentido de que es el mejor instrumento para la optimización. No debe considerarse que la racionalidad a que me refiero involucre ningún otro parámetro de evaluación y, en particular, no implica ni corrección jurídica ni corrección moral (en ninguno de los

múltiples sentidos que pueden tener estas expresiones). Los razonamientos instrumentales son casi siempre parte de nuestros razonamientos prácticos, y en el caso de la ponderación (como cualquier razonamiento dirigido a fines), parte necesaria de la argumentación jurídica.

El valor de la acción es representado por lo que llamo "utilidad". La decisión que tiene (o genera) más utilidad es la que optimiza correctamente los bienes involucrados. La utilidad aquí no debe asociarse a beneficios económicos. Al contrario, como vimos, los beneficios involucrados lo son respecto de bienes jurídicos y de satisfacción de principios constitucionales.

No se asume que haya una única decisión mejor que todas las demás. La decisión es racional cuando se escoge o bien la mejor de todas o bien una entre varias del mismo valor. Las últimas son igualmente racionales.

La herramienta que voy a utilizar es una adaptación sencilla del cálculo de utilidades empleado en la teoría económica. Como no lo estoy aplicando a bienes de consumo sino a algo de naturaleza tan diversa como derechos fundamentales, es muy importante entender el significado en el cual se usan aquí los términos económicos tomados en préstamo.

El esquema de este trabajo es el siguiente. En la siguiente sección (B) establezco una relación conceptual entre principios jurídicos y optimización conforme a la cual ponderar es optimizar los bienes resguardados por principios en colisión. En la tercera (C), propongo un método basado en la utilidad para escoger la decisión más racional en el sentido de ser la que mejor cumple la tarea de ponderar, entendida la ponderación como se explica en la sección segunda (B). En la cuarta sección (D) aplico el método de ponderación presentado en la sección anterior (C) a un caso ya discutido en la literatura sobre ponderación jurídica, y muestro cómo el método que propongo es el más adecuado para cumplir con el fin de la optimización. En la sección tres señalo algunos límites de la ponderación en tanto método para tomar decisiones judiciales, en la medida en que

tales decisiones pueden requerir del uso de parámetros diferentes a los contenidos en los principios como mandatos de optimización. En particular señalo la posibilidad de que sea deseable considerar el valor de la equidad, el que podría llevar a decisiones con menos utilidad, aunque más justas. Es una sugerencia que no pretende proponer una teoría de la decisión judicial justa. Finalmente, presento algunas conclusiones.

B. Principios jurídicos y optimización

Optimizar es obtener algo en la mayor medida posible. Más precisamente, significa maximizar los beneficios y minimizar los perjuicios. Una acción optimiza un fin o un bien si nos aproxima a ese fin o bien. Ejemplos son el fin de ser rico o el de ser feliz. Nuestras acciones optimizan esos fines si nos acercan a ellos o consiguen que nos alejemos lo menos posible. La optimización es la manera racional de actuar respecto de fines que no pueden alcanzarse por completo, y respecto de los cuales es mejor aproximarse que no cambiar la situación y no cambiar la situación que alejarse. Hay grados de proximidad a fines de esta clase.

Los fines que deseamos optimizar a veces entran en colisión entre sí. Esto ocurre cuando, en circunstancias particulares, una acción en favor de uno de ellos reduce la posibilidad de aproximarse al otro. Por ejemplo, deseo (tengo el fin de) terminar este artículo esta noche, pero también el de descansar. Si realizo en la mayor medida posible el fin de acabar el artículo reduzco las posibilidades que tendría, si no me quedara escribiendo, de irme a dormir temprano. La colisión se produce porque, por la razón que sea, en este caso el problema fáctico de falta de tiempo, no se puede realizar una acción (o conjunto de acciones) que satisfaga ambos fines en la máxima medida posible. Si decido quedarme despierta en la noche para acabar el escrito, se reducirá mi tiempo de descanso. A la inversa, si me acuesto temprano para descansar bien, no podré terminar este trabajo.

Los principios jurídicos son definidos por Robert Alexy como mandatos de optimización.[3] Esto significa que ordenan aproximarse a cierto fin en la mayor medida posible o dirigirse hacia cierto estado de cosas ideal, lo que se denomina un "ideal regulativo". De este tipo son, por ejemplo, el principio de igualdad, de libertad de expresión o el que resguarda el derecho a la salud. Un principio jurídico ordena optimizar un cierto bien jurídico (algo valorado por el mismo sistema legal), como la igualdad, la libertad o la salud.[4] Como el tema de la ponderación se trabaja mayormente en relación con principios constitucionales, mi análisis se centrará también en esta clase de principios, aunque el método puede aplicarse también a otros. De manera que, cuando necesitemos ejemplos, nos remitiremos a conflictos entre principios constitucionales.

En ocasiones, respecto de un caso particular, los principios jurídicos que defienden derechos de individuos diferentes (en algunos casos podrían ser de un mismo individuo) entran en colisión. Consideremos un ejemplo usado por Robert Alexy, el caso *Titanic*.[5] Una revista de gran difusión alemana llamada *Titanic* describe a un oficial de reserva parapléjico primero como "asesino nato" y, en una edición posterior, como "tullido". El oficial demanda a la revista por lesionar su derecho a la personalidad.

---

[3] Ya desde de la versión en español (Alexy, 1985, p. 86), en su *Teoría de los derechos fundamentales*, donde estudia el tema de la ponderación sin proponer aún su conocido "Examen de proporcionalidad" que aparece en Alexy, 2002. La definición de principios como mandatos de optimización la mantiene en toda su obra y es razonable asumir que sus argumentos acerca de cómo aplicar principios se proponen, al menos en principio, llevar a cabo la tarea de optimizar.

[4] En el caso de Alexy, no necesariamente esos principios tienen que estar expresos en el sistema jurídico, puede verse el rol de los principios en el Derecho, por ejemplo, en (Alexy, 1985). Sin embargo, la teoría de la argumentación de Alexy no es precisamente una acerca de la aplicación de normas jurídicas, entendidas como la obediencia del juez a un mandato del sistema positivo. En su concepción, la argumentación jurídica es un discurso que tiene como base materiales autoritativos (como el derecho positivo), pero que incluye una teoría de la racionalidad o razonabilidad en el marco de una teoría del discurso jurídico, vista como un caso especial del discurso práctico general. Véase. p. ej.. Alexy (1978 y 2010). La propuesta sobre la ponderación de Alexy no se limita a un análisis de optimización en el sentido que yo estoy usando (lo que puede hacerse fuera de un contexto jurídico). Para él, la ponderación es el último paso de una decisión justificada en el marco del discurso jurídico. Pero su examen de proporcionalidad, aunque enmarcado en el discurso jurídico, sí tiene como fin la optimización, la cual entiende como el resultado de aplicarlo.

[5] Caso citado por Robert Alexy (2003, p. 435).

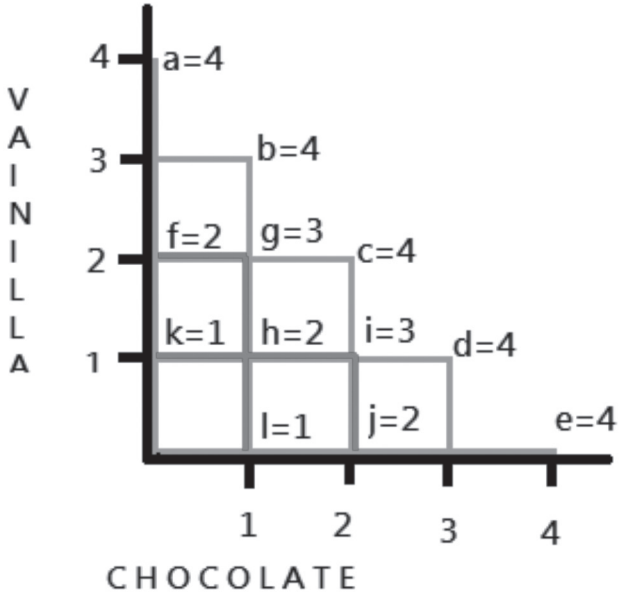
La revista se defiende apoyada en el derecho a la libertad de expresión, ambos derechos están protegidos por principios constitucionales. El Tribunal Constitucional alemán resolvió por medio de lo que llamó una "ponderación de caso específico". Este trabajo es una propuesta acerca de en qué podría consistir esa operación.

Asumo que tanto las máximas constitucionales involucradas son principios como que los principios son máximas de optimización. Si la decisión tiene por fin (o al menos como uno de ellos) obedecer o aplicar esos principios, entonces al menos parte de lo que se propone es optimizar los bienes que esos principios defienden. Propongo aquí un mecanismo para reconocer la acción más racional, específicamente, en cuanto a la realización de esa optimización.

Consideremos un caso ordinario de optimización en la vida cotidiana. Deseo tomar helado, cuanta más cantidad, mejor. Hay disponible de chocolate y de vainilla. Existe una restricción a la cantidad que puedo tomar, ya que no me sirven más de cuatro bolas de helado. Me preguntan entonces cómo quiero mi helado. ¿Cuáles son las opciones disponibles, es decir, las que puedo conseguir? Puedo tomar una bola de cualquiera de los dos sabores, una de un sabor y dos de la otra, dos de cada sabor, tres de un sabor y una del otro, o cuatro bolas de uno sólo de los dos sabores. Esto es, están a mi disposición todas las opciones que sumen como máximo cuatro bolas de helado. ¿Cuál es más racional? Si lo que deseo es tener el máximo posible, la acción más racional será la que me dé más, de entre las disponibles. ¿Más de qué? Más de aquello que deseo, lo que llamo un "bien". Al valor que tiene para mí una cantidad de bienes lo llamo "utilidad". Mi propósito es aumentar esa utilidad (no la cantidad de bienes, sino su valor, que no es entendido en sentido económico). Decimos también que las acciones tienen utilidad, el valor de su utilidad es el de su resultado porque consideramos el valor de la acción en tanto instrumentos para ese resultado. Así, la opción de escoger tres bolas de helado de vainilla tiene la utilidad de esas tres bolas de helado, esto es, del valor que tenga para mí obtenerlas.

No todas las opciones disponibles son igualmente racionales como instrumentos para aumentar la utilidad. Asumo para este ejemplo que cada bola de helado tiene para mí igual utilidad, es decir, las valoro lo mismo. Al valor de cada bola de helado le asigno, arbitrariamente, una medida de utilidad que aquí será 1. En estas condiciones, la elección de que me sirvan cuatro bolas de helado, en cualquiera de las combinaciones entre los dos sabores, tiene un valor de 4. Esto es así porque la utilidad de las bolas de vainilla y la de las bolas de helado pueden sumarse para obtener una utilidad de la cantidad total de helado. Veámoslo reflejado en el gráfico 1.

Gráfico 1



Fuente: elaboración propia.

Represento en este gráfico de doble eje las acciones de escoger entre las diferentes combinaciones de bolas de helado disponibles. Sólo hago figurar las opciones disponibles, es decir, las que suman un total de bolas de helado de hasta 4. El eje vertical *x* representa las cantidades de bolas de

helado de vainilla, mientras que el eje horizontal *y* registra las cantidades de bolas de helado de chocolate.

Las opciones (acciones) representadas en los puntos *a*, *b*, *c*, *d* y *e* son las que tienen más utilidad. Todas valen 4. Las demás opciones tienen menos valor, por ejemplo, *g, e, i* valen 3, mientras que *f* y *h* valen 2 y *k* y *l* valen 1. Las más racionales son las de mayor utilidad. Cuanto más se alejan del máximo son menos racionales. Escoger las acciones con más utilidad es optimizar el resultado de obtener, en la mayor medida posible, los bienes deseados. El fin es aumentar la utilidad.

Comparamos esta situación con la del caso *Titanic*. En él hay alguien, un tribunal, que tiene que dictar sentencia en una situación en la que son aplicables dos principios considerados mandatos de optimización, esto es, ordenan optimizar algo. El principio de libertad de expresión ordena optimizar el bien "libertad de expresión" mientras que el que protege el derecho a la personalidad ordena optimizar a éste. La optimización no se hace aquí obteniendo unidades de un producto, sino aceptando o rechazando la demanda de indemnización por afectación del derecho a la personalidad. Las acciones disponibles son decisiones judiciales posibles. El máximo que puede obtenerse respecto del derecho a la libertad de expresión equivale a rechazar por completo la demanda y no conceder ninguna indemnización al oficial retirado, tal vez incluir en la demanda el pago de costas a cargo del demandante. Respecto del bien "derecho a la personalidad", lo máximo que puede obtenerse es conceder al demandante el total de la indemnización que solicita. No es posible aceptar simultáneamente la demanda y rechazarla, por ello hay una colisión entre los dos principios. ¿Cómo pueden cumplirse los mandatos de optimización de los principios involucrados cuando la optimización de un principio limita la del otro? Mi propuesta es que se puede hacer del mismo modo que en el caso anterior. Lo que debemos hacer es optimizar la utilidad.

La utilidad consiste aquí en el valor de las acciones de optimizar cada uno de los bienes involucrados (libertad de expresión y derecho a la personalidad). No podemos dividir en unidades (como bolas de helado) la medida

en que estos bienes son optimizados, pero sí podemos decir que esto se puede hacer en una medida alta, moderada o leve.[6] Esta medición debe hacerse con relación a cada uno de los dos bienes involucrados. Por ejemplo, si el juez decide rechazar por completo la demanda, esto equivale a hacer lo más que puede para optimizar el bien "libertad de expresión". En este caso decimos que la utilidad de esta decisión respecto del bien "libertad de expresión" es alta y también que la decisión satisface el principio de libertad de expresión en una medida alta. Al mismo tiempo, cuando la decisión satisface por completo uno de los principios se ve obligada (debido a la colisión) a limitar la optimización del otro bien involucrado. A esto se lo ha llamado "intervenir" en el principio que defiende ese bien. Cuando se limita un principio, se reduce la satisfacción de éste. Por tanto, cuando se satisface por completo un principio en casos de conflicto se satisface sólo parcialmente el otro. La medida de satisfacción de los principios en conjunto constituye lo que llamamos utilidad de la decisión judicial.

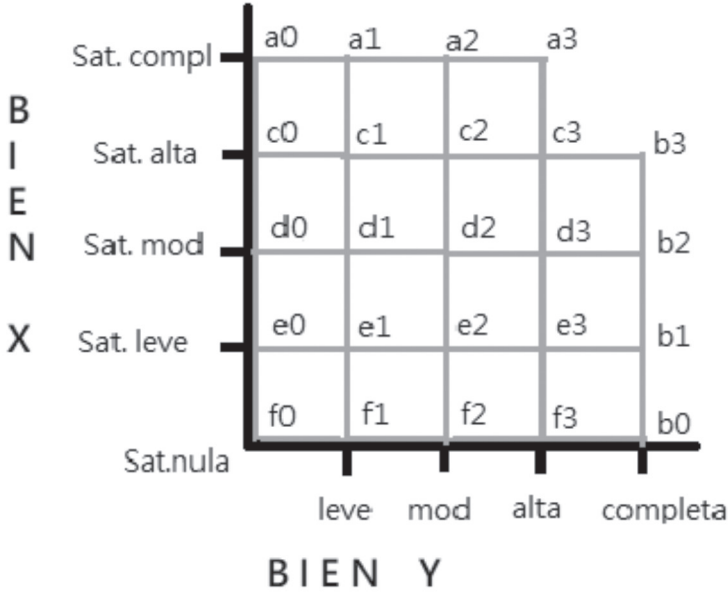
Como hemos dicho, un principio puede ser satisfecho en diferentes grados. Estos grados no pueden medirse con precisión, dado que no disponemos de un sistema de medición convencional para medir grados de satisfacción de principios jurídicos. Lo mejor que puede hacerse, y en este caso sigo a Robert Alexy, es usar una escala con pocos valores, que permitan cierta objetividad en la asignación. Siguiendo otra vez a Alexy, diremos que un principio puede ser limitado (intervenido) de manera seria, moderada o leve. Esto nos da, diferenciándonos de Alexy, una escala de al menos cuatro valores: Satisfacción máxima o completa de un principio (que consistiría en la ausencia de intervención), satisfacción moderada (intervención moderada) y satisfacción leve (intervención seria). Añado un cuarto valor, que es el correlato negativo de la satisfacción completa: la satisfacción nula o intervención completa. Alexy no considera esta posibilidad que consistiría en privar al sujeto del total del ejercicio del

[6] Sigo la propuesta de Alexy (2002, pp. 37 y ss.; 2003, pp. 440 y ss.).

derecho, al menos en el caso particular. En la práctica es probable que una intervención tan dramática no ocurra. Sin embargo, desde el punto de vista teórico es posible considerarlo.

En la literatura sobre ponderación usualmente se consideran disponibles dos decisiones judiciales: la que satisface en la mayor medida posible un principio p1 limitando parcialmente otro p2, y la que satisface al máximo p2 limitando a p1. Son modelos binarios de toma de decisión. Sin embargo, si consideramos el total de las decisiones que el juez podría tomar, éstas no tienen por qué reducirse a la opción prioritaria por un bien (por la aplicación de un principio) a costa del otro. Podría decidir satisfacer y limitar parcialmente ambos principios. Lo decisivo respecto de la racionalidad es la utilidad. En el gráfico 2 podemos ver cuáles son las decisiones lógicamente posibles en un caso cualquiera de colisión de principios, usando una escala de satisfacción que distinga grados: completo, alto, moderado, leve y nulo.

Gráfico 2



Fuente: elaboración propia.

Como se ve, hay una gran cantidad de decisiones lógicamente posibles. Se trata de un modelo múltiple. Por supuesto, no todas estarán disponibles para la toma de una decisión judicial. Algunas no serán fácticamente posibles, otras podrían estar legalmente prohibidas o no ser competencia del juez escogerlas. Pero es de capital importancia ver la amplitud lógica dentro de la cual habrán de buscarse las disponibles y, entre ellas, después, la o las mejores.

La variedad de decisiones posibles contrasta con las aproximaciones usuales a la ponderación, en las cuales sólo se considera a las decisiones del tipo a1, a2, a3 y b1, b2 y b3, eso es, las que satisfacen en el máximo posible un principio que se escoja como prioritario, limitando al otro. En las propuestas binarias se escoge la mejor de las decisiones disponibles de a1 a a3, la mejor de b1 a b3, y se opta entre esas dos mejores. Si, por ejemplo, en la etapa del examen de proporcionalidad[7] previas a la fórmula del peso, se eliminan a1 y a2 por un lado, y b1 y b3 por el otro (por ejemplo, a1 y b2 se descartan por no cumplir con el subprincipio de necesidad y b3 por ser fácticamente imposible), entonces llegan a la etapa final las decisiones a3 y b2.

La idea que subyace a estos enfoques es que la decisión se realiza escogiendo un principio en el caso particular hacia el cual se orienta la decisión. Si uno es prioritario entonces se debe defender ese, limitando el otro. Pero no hay nada en la naturaleza de los principios (en tanto mandatos de optimización) que obligue a priorizar uno de los dos en el caso particular. La optimización, vista como la búsqueda de la opción que aumente la satisfacción de los bienes jurídicos considerados, puede ser dada tanto por las decisiones que priorizan un principio como por las que satisfacen y limitan a ambos a la vez. La única alternativa excluida

[7] Alexy considera que la ponderación se realiza por medio del examen de proporcionalidad, que consiste en aplicar tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que se aplica mediante la fórmula del peso. Véase, p. ej., Alexy (2002) o Alexy (2003).

por principio (porque de lo contrario no habría colisión) es la satisfacción completa de ambos bienes.

A diferencia de los enfoques estandarizados, mi propuesta permite reconocer muchas alternativas lógicamente posibles, no sólo las que consisten en optar por aplicar un principio sobre el otro. No hay razones *a priori* para preferir un principio y excluir decisiones que, atendiendo parcialmente a ambos, puedan incluso tener más utilidad, es decir, satisfacer más a ambos, tomados conjuntamente.

Todavía no sabemos qué decisión es óptima. Para eso necesitamos calcular la utilidad. Lo que debe quedar claro es que lo que busca este modelo es la optimización de los bienes involucrados. Específicamente, la optimización de los bienes jurídicos protegidos por principios constitucionales.

C. Utilidad y satisfacción de principios

Como los principios son mandatos de optimización (por definición), entonces no podemos esperar la satisfacción plena de un principio en general, porque por su naturaleza tienen fines que suelen no completarse. Por ejemplo, un principio que defiende la igualdad de todos los habitantes de una nación se entiende que se cumple realizando acciones que aproximan a ella. No es requisito y de hecho es fácticamente imposible, obtener igualdad completa (en cualquiera de los sentidos de igualdad que se usan en ética o en filosofía política). Por eso no podemos afirmar, digamos, que una decisión que defiende la libertad de expresión de la revista *Titanic*, satisface por completo el principio de libertad de expresión. Sin embargo, en el caso particular de la demanda del oficial retirado contra la revista *Titanic*, sí hay un máximo que se puede lograr. Ese máximo es lo que la decisión judicial puede hacer, en ese caso particular, para optimizar el derecho subjetivo de la revista *Titanic* a su libertad de expresión. Es en este sentido restringido que, si el tribunal opta por rechazar la demanda contra la revista, satisface por completo el derecho a la libertad

de expresión y el principio de libertad de expresión, en el caso concreto. En este uso de "satisfacción", el de resguardar en el caso concreto el derecho subjetivo en la mayor medida posible, las decisiones a0 a a3 satisfacen completamente libertad de expresión y las decisiones b0 a b3 satisfacen por completo el derecho a la personalidad. En el caso concreto, las demás decisiones también satisfacen cada bien de manera moderada, leve y, en casos extremos, nula.

Consideremos ahora el valor o utilidad de esas decisiones. Podemos preguntarnos ¿valor según quién? La misma pregunta presupone que las asignaciones de valor son siempre subjetivas, es decir, relativas a un sujeto. Esto no es verdad. Las asignaciones de valor son relativas a un sistema de medición, pero esa medición puede ser tan objetiva como lo sea el sistema de medida. Es lo que sucede con la medición del peso, el volumen, la distancia, la temperatura, etc. Para el cálculo de satisfacción de principios no hay un sistema métrico; sin embargo, de ahí no se sigue directamente que la asignación sea en su totalidad subjetiva. Aún sin disponer de sistemas precisos, el entendimiento convencional de los conceptos compartidos nos permite estar de acuerdo en que, por ejemplo, el secuestro es una limitación seria del derecho a la libertad personal o a la autonomía, mientras que la obligación de usar cinturón de seguridad no lo es. El órgano decisor, por compartir el lenguaje y los conceptos asociados a él, puede hacer uso de esos conceptos compartidos y, en ese sentido, objetivos o, por lo menos, intersubjetivos.

Es discutible y ha sido motivo de muchos debates en el tema y críticas a la ponderación jurídica, la posibilidad de objetividad en la asignación de escalas de limitación de los principios jurídicos y otros elementos valorativos. Según quién tenga razón en este debate, la utilidad será puramente subjetiva (relativa a las preferencias del juez) o no. Gran parte de la literatura sobre ponderación se enfoca en analizar la posibilidad de asignar valores, en alguna medida, objetivos y muchos concluyen que no la hay. La conclusión depende en gran parte de qué tan exigente se sea en cuanto a la medida de objetividad. Una parte interesante de la discusión trata

la posibilidad de comparar los valores defendidos por los diferentes principios.[8]

En cualquier caso, la racionalidad de la decisión dirigida a optimizar la utilidad no depende de la objetividad de esas asignaciones de valor. La decisión es racional, en el sentido que uso aquí, cuando optimiza la utilidad respecto de una asignación de valores dada. No discutiré aquí de dónde surgen esos valores, sin están (explícitos o implícitos) en el sistema jurídico, si surgen de convenciones sociales, de valores morales o si, como Alexy cree, son asignaciones que pueden defenderse razonablemente en el marco del discurso jurídico. Son asuntos importantes de justificación externa (respecto del mecanismo de ponderación, que determina la racionalidad de una decisión apoyado en premisas acerca de esos valores). Que me ocupe aquí sólo del mecanismo de optimización significa, en términos de Alexy, que este es un trabajo acerca de la justificación interna del mecanismo de la ponderación.

La única restricción que propongo, y en esto sigo a Alexy, es usar una escala con pocos niveles entre los cuales hay distancias importantes de separación. Así, en medidas como limitación seria, moderada y leve es posible cierto consenso que no se lograría con una escala más precisa. Es más o menos obvio que clausurar una revista sería una afectación mucho más seria de la libertad de expresión que la concesión de indemnización demandada en el caso *Titanic*. Este tipo de escala de valores es en parte una intromisión en la justificación externa, porque da cuenta de la dificultad de asignar valores más precisos de manera razonable. Como veremos, aun usando una escala tan rudimentaria, el modelo mostrará distinciones finas. El mecanismo mostrará la posibilidad de acciones con valores in-

[8] Una discusión interesante sobre la posibilidad de la ponderación puede verse en Atienza-García Amado, 2012. También sobre racionalidad, enfocados en inconmensurabilidad y comparabilidad de principios o valores, pueden leerse Urbina, 2015 y Da Silva, 2011. Véase especialmente, Urbina (2017, pp. 39-74), en el que el autor dedica un capítulo al problema de la inconmensurabilidad en la ponderación.

termedios que, tal vez no habiendo sido consideradas en un principio, el decisor puede contemplar a lo largo del análisis.

Cuando la clasificación en un nivel sea dudosa, el resultado de la evaluación será igualmente dudoso. El mecanismo que propongo para ponderar depende de que sea posible asignar valores a los grados de satisfacción de los principios. Si no es posible hacerlo de forma objetiva, al menos la decisión de quien los asigna (el juez) será racional, si los usa de manera consistente y, conforme con esa asignación, escoge la decisión con más utilidad. Lo racional es la ponderación en el sentido de "mecanismo de optimización". Es racional porque, dado un sistema de preferencias (asignación de valor) que satisface ciertas reglas lógicas, muestra la o las decisiones preferibles en ese mismo sistema.

Tanto el mecanismo de ponderación de Alexy como este pueden verse como herramientas para ordenar preferencias sobre estados de cosas. En un interesante trabajo Lars Lindhal (2009) se propone determinar qué es lo que de hecho hace el examen de proporcionalidad de Alexy, y muestra que el resultado es dar un orden dentro del cual pueden ubicarse una cantidad de decisiones posibles, o los estados de cosas que son su resultado. En este orden se ponen de manifiesto relaciones de jerarquía y distancia entre las posiciones del orden. Resulta una especie de molde donde hay siete niveles según el valor de las decisiones, en el cual se pueden ubicar 27 decisiones. En los niveles superior e inferior hay una sola acción, tres en los niveles segundo y sexto, seis en el tercero y el quinto y siete en el nivel cuarto. Para cualquier caso de ponderación, habrá una cantidad total máxima de 27 decisiones posibles, entre las que estarán las dos sobre las que en última instancia deberá elegir el juez. El trabajo de Lindahl es muy esclarecedor.

Mi modelo hace lo mismo que el de Alexy, da herramientas para ordenar preferencias. Ordena decisiones posibles. Un orden de preferencia, para ser (internamente) racional, debe vincular a los elementos ordenados por una relación (llamada relación de preferencia estricta y que leeremos

"*x* es mejor que *y*"). Esta relación debe ser transitiva y asimétrica. Que sea transitiva significa que, si una opción *x* es mejor que *y*, y *y* mejor que *z*, entonces *x* es mejor que *z*. Que sea asimétrica significa que, si *x* es mejor que *y*, entonces es falso que *y* sea mejor que *z*. Diremos que una opción *x* es mejor que otra *z* si y sólo si la utilidad de *x* es mayor que la de *z*. Como la relación de ser mayor cumple las propiedades requeridas para la relación de preferencia, la utilidad proporciona un orden de preferencias racional.

Cualquier mecanismo de orden que atribuya valores numéricos satisface los tres principios, si entendemos "preferible" (relación de preferencia estricta) como tener mayor valor. Tanto el sistema de Alexy como el que aquí propongo cumplen con los principios de la lógica de la preferencia y son, en este sentido, racionales.

Veamos ahora cómo calcular la utilidad. El primer punto por considerar es el modo en que se incrementa la utilidad a medida que aumenta la satisfacción. En economía se utiliza a menudo el concepto de utilidad marginal decreciente. La utilidad marginal es el incremento de utilidad por cada unidad del producto o bien adicional. Así, por ejemplo, si para mí todas las manzanas me proporcionan la misma cantidad de utilidad, es decir, si el beneficio que obtengo de que me den una manzana es el mismo independientemente de cuántas manzanas tengo, entonces el incremento de la utilidad o utilidad marginal será constante. En una hipótesis así, si valoro con 1 el que me den una manzana, valoraré con 2 el que me den dos manzanas, con 3 el que me den tres manzanas, y así sucesivamente. Sin embargo, suele ocurrir que el valor subjetivo que damos a un bien cuando ya tenemos una cantidad de éste decrece cuando aumenta la cantidad que tenemos. Si no tengo ninguna manzana, la primera que obtenga me dará una cantidad de satisfacción mayor que la que obtendría si, teniendo ya dos docenas de manzanas, me regalaran una más. Lo mismo sucede, por ejemplo, con el dinero. La utilidad es subjetiva porque consiste en el valor que el sujeto le da a cada bien adicional, dado que ya tiene una cantidad de ese bien. En cambio, es un hecho

empírico que los sujetos tienden a darle menos valor a las unidades adicionales respecto de una variedad de bienes económicos. Si la utilidad marginal es decreciente respecto de un bien, entonces con cada bien adicional la utilidad aumenta, pero no de manera constante sino que aumenta cada vez menos. Incluso podría ocurrir que dejara de incrementarse y, al contrario, adquiriera un valor negativo. Cuál es la utilidad marginal, depende de cada caso. A pesar de ello, me interesa hacer notar que es frecuente que la utilidad marginal de un bien sea decreciente.

Veamos qué ocurre con la utilidad de una decisión judicial respecto de la medida de satisfacción de un bien jurídico. Ya dije que utilizaremos una escala para medir esa utilidad que tiene cinco niveles: satisfacción completa, alta, moderada, baja y nula. Pero ¿cuánta utilidad tiene cada nivel? ¿El incremento de la utilidad es constante o no? Aunque se puede contestar que esto depende de cada sujeto, que tal vez el oficial retirado del caso *Titanic* valora más su derecho a la personalidad que otros individuos y que, del mismo modo, las personas pueden tener diferentes preferencias respecto a la medida de libertad de expresión que desean poseer, creo que esa respuesta está mal enfocada. No se trata de cuánto valora cada individuo sus derechos sino de cuánto son valorados por el sistema de preferencias que se está usando. En el caso de una decisión judicial por lo general se asume que los operadores del derecho aplican o deben aplicar los valores del sistema normativo. Entonces, no se trata de cuánto valora el demandante su derecho a la personalidad, sino de cuánto valora el sistema jurídico el derecho subjetivo a la personalidad del demandante. Por supuesto que habrá problemas de interpretación de ese sistema de valores e incluso puede sostenerse que en ocasiones es tan vago que, la decisión del juez crea ese sistema de valores prácticamente por completo. Pero la subjetividad en ese caso no será diferente que la de cualquier otra decisión jurídica tomada en condiciones de vaguedad u otra deficiencia del derecho formulado. Como sucede a través de todo el derecho, habrá casos seguros, en los que la comunidad jurídica estaría de acuerdo, y otros dudosos.

En general puede plantearse la cuestión de si, en materia de derechos fundamentales, valoramos lo mismo la concesión de algún derecho en un contexto en que ese derecho está fuertemente limitado que en uno en el que es más extenso. Por ejemplo, supongamos que estamos bajo el alcance de un sistema jurídico que restringe de manera importante la libertad de expresión (está prohibido emitir opiniones sobre religión, sobre política, no hay libertad de reunión, ciertas ideologías están prohibidas, la educación es también controlada por el gobierno, no hay libertad de cátedra, sólo se enseña el creacionismo como teoría del origen de las especies, etc.). En una situación así, sería vista como una conquista importante una ley que permitiera, por ejemplo, enseñar en las escuelas la teoría evolucionista de Darwin. En cambio, en un contexto liberal amplio, una ley que permitiera expresamente realizar actos ofensivos contra símbolos patrios (como quemar la bandera nacional) no sería vista como una gran conquista, sino como una extensión mínima de una libertad preexistente.

Los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente son tan importantes que una limitación seria afecta más a los sujetos en compración con una limitación leve. Son algo de lo que tener poco nos daña mucho. Estas ideas, aunque muy generales, tienden a defender la tesis de que el valor de satisfacción de derechos fundamentales, tales como los protegidos por principios constitucionales, tiene utilidad marginal decreciente. Esto implica que el incremento de utilidad a lo largo de la escala debe ir reduciéndose a medida que la utilidad aumenta.

Para dar cuenta de lo anterior, asignamos valores de la siguiente manera.

Satisfacción completa=15 (limitación nula)
Satisfacción alta=14 (limitación baja)
Satisfacción moderada=12 (limitación moderada)
Satisfacción baja=8 (limitación seria)
Satisfacción nula=0 (limitación completa)

La utilidad de una decisión, por ejemplo, c3 (en el gráfico 2) se calcula sumando la utilidad correspondiente a cada uno de los dos bienes considerados.

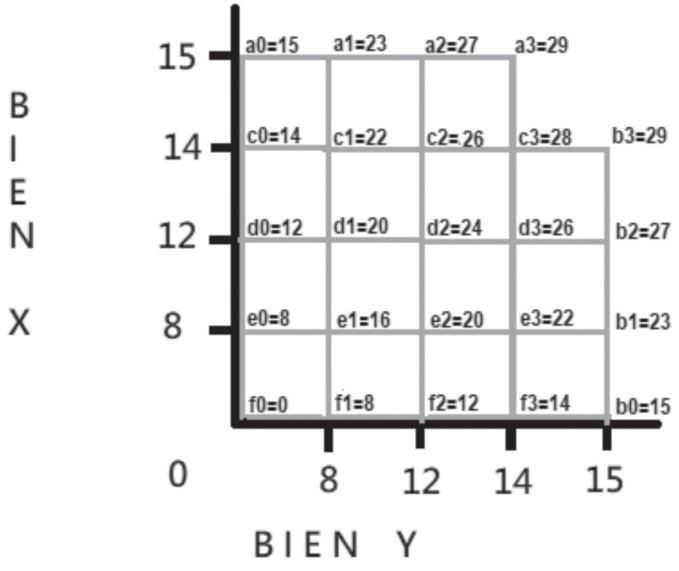
$$U(c3)= Sat(x,c3)+Sat(y,c3)=14+14=28$$

Es decir, la utilidad de la acción c3 es igual a la suma de la Satisfacción del bien *x* originada por c3 más la satisfacción del bien *y* proveniente de la misma acción.

El cálculo de utilidad nos permite asignar un valor a todas las acciones posibles. El juez no escogerá entre todas las lógicamente posibles, sino entre aquéllas que tenga realmente disponibles. La disponibilidad depende tanto de lo que tenga jurídicamente permitido[9] como de las posibilidades fácticas. Aun así, es posible que queden varias opciones a su disposición que tengan la misma utilidad. En este caso, esas opciones son idénticas en cuanto a la medida en que optimizan los dos bienes y así, en la medida en que cumplen con el mandato de los principios. Esto significa que, en cuanto a optimización, las decisiones son igualmente racionales. El gráfico 3 muestra todas las opciones lógicamente posibles y su utilidad.

[9] Alexy considera que la decisión jurídica tiene dos tipos de límites, fácticos, que intervienen en las dos primeras etapas del examen de proporcionalidad (subprincipios de idoneidad y necesidad) y jurídicos, que aparecen en la tercera etapa y están dados por la limitación mutua de los principios entre sí. Aquí estoy tomando en cuenta que puede haber más límites jurídicos, por ejemplo, podría haber una acción idónea pero prohibida, o una decisión para la cual, por la razón que fuese, el juez no tuviera competencia.

Gráfico 3



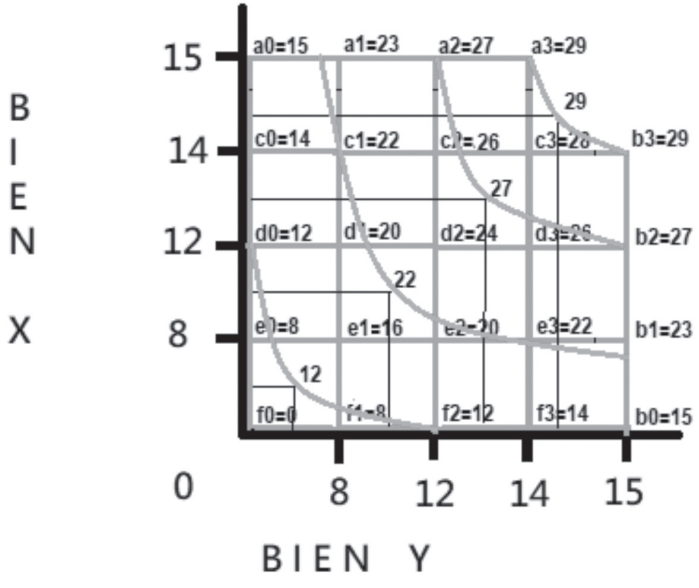
Fuente: elaboración propia.

Podemos ver que, dependiendo de cuáles opciones el juez tenga disponibles (un subconjunto de las lógicamente posibles), las decisiones que no surgen de escoger un principio sobre el otro sino de buscar un equilibrio entre la satisfacción de ambos, pueden ser alternativas viables. Por ejemplo, si el juez no tiene a su disposición ni a3 ni a4, que son las que tienen más utilidad, la siguiente acción más racional es c3, que es una decisión intermedia. Si tuviera que escoger entre las acciones a1 a a3 y b1 a b3 (como proponen las aproximaciones más frecuentes a la ponderación), su decisión tendría menos utilidad. La oportunidad de considerar lo que llamo decisiones intermedias (en el gráfico 3, las letras de la *c* a *la f)* permite a los operadores jurídicos cumplir mejor con el mandato de optimización.

Además, las decisiones que tienen la misma utilidad aparecen representadas sobre una línea. Las líneas que unen decisiones con la misma utilidad se llaman "curvas de indiferencia" (ver gráfico 4). Sobre estas líneas

se encuentran decisiones que en ocasiones dependen de niveles de satisfacción que están entre dos de los niveles a los que asignamos valor. Por ejemplo, en la mitad entre satisfacción moderada y leve. Un operador jurídico podría reconocer que cierta sentencia posible lesiona menos un derecho que otra que él mismo ha considerado que lo limita de manera moderada, pero más que una que lo hace de modo leve, y comparar la utilidad de esa decisión con otras disponibles. Un caso en el que podrían identificarse decisiones así sería uno en que el juez estuviese graduando el monto de una indemnización. Contar con un instrumento que permite identificar más acciones disponibles puede ser conveniente en el momento de dictar una sentencia. En el gráfico 4 se muestran algunas curvas de indiferencia y decisiones adicionales a las representadas a partir de los cinco niveles básicos de satisfacción. Como adelanté, este modelo, aunque parte de un menú limitado de cinco valores, permite detectar más opciones.

Gráfico 4



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, debemos considerar la posibilidad de que los bienes jurídicos amparados por los principios constitucionales no tengan el mismo valor. Eso sucedería si uno de los dos principios fuese más importante que el otro, es lo que Robert Alexy llama "peso abstracto". En el ejemplo del helado, significaría que me gusta más el helado de chocolate que el de vainilla o a la inversa.

Si colisionaran, digamos, el derecho a la vida con el derecho al trabajo, tal vez podría considerarse implícito en el mismo sistema normativo que el derecho a la vida es más importante. ¿Qué tanto más y cómo se refleja esta diferencia en la utilidad? Podemos asignar un valor relativo a un principio respecto del otro. Asumamos que el derecho a la vida tiene el doble de importancia que el derecho al trabajo, entonces al valor de optimizar el primer derecho en el caso concreto le asignaremos el doble de utilidad que a una satisfacción similar del segundo. Esto significa que la incidencia en la utilidad del valor de la satisfacción del derecho a la vida será del doble que la incidencia que tiene el valor de satisfacer el derecho al trabajo. Para representarlo, dados dos principios p1 y p2 que consagran los valores de los bienes *x* y *y* respectivamente, si p1 tiene el doble de importancia abstracta que p2, asumimos que los bienes resguardados por esos principios son, correspondientemente, doblemente valiosos.

$$U(a)= U(x,a)\cdot\tfrac{2}{3}+U(y,a)\cdot\tfrac{1}{3}$$

La utilidad de una acción a equivale a la utilidad de esa acción respecto de un bien *x*, multiplicado por dos tercios, que es la incidencia que tiene el resguardo de ese bien en la utilidad total, todo eso sumado a la utilidad de esa misma acción respecto del segundo bien, multiplicada por la incidencia de la utilidad de ese bien en la utilidad total.

En general

$$U(a)=U(x,a)\cdot\alpha+U(y,a)\cdot\beta, \text{ donde } \alpha+\beta=1$$

D. La decisión en el caso *Titanic*

La sentencia que dictó el Tribunal Constitucional alemán fue una suerte de decisión intermedia. Decidió por separado acerca de la indemnización por la expresión "asesino nato" y por "tullido". Veamos lo que ocurrió.

Ambos principios se consideraron igualmente importantes, con el mismo peso abstracto. En estas circunstancias el peso abstracto o importancia relativa de un principio respecto del otro no necesita incorporarse a la ecuación. Se sostuvo que, en caso de conceder la demanda amparando así el derecho a la personalidad, la intervención en la libertad de expresión era alta. Por su parte, se entendió que en caso de rechazar la demanda (amparando el derecho a la libertad de expresión), la intervención en el derecho a la personalidad al permitir a la revista (no sancionándola) el uso de la expresión "asesino nato" sería sólo moderada. Comparando las opciones, el tribunal escogió aquella que interviniera menos en algún derecho. Se rechazó la demanda respecto de la expresión "asesino nato". Al contrario, en el caso de la expresión "tullido" se aceptó la demanda, por considerar que esta expresión sí lesionaba seriamente el derecho a la personalidad. En estas condiciones las decisiones de aceptar y rechazar la demanda por "tullido" tenían el mismo valor, por lo que el tribunal tenía discreción para escoger cualquiera. Ésa fue la manera en que de hecho se resolvió.

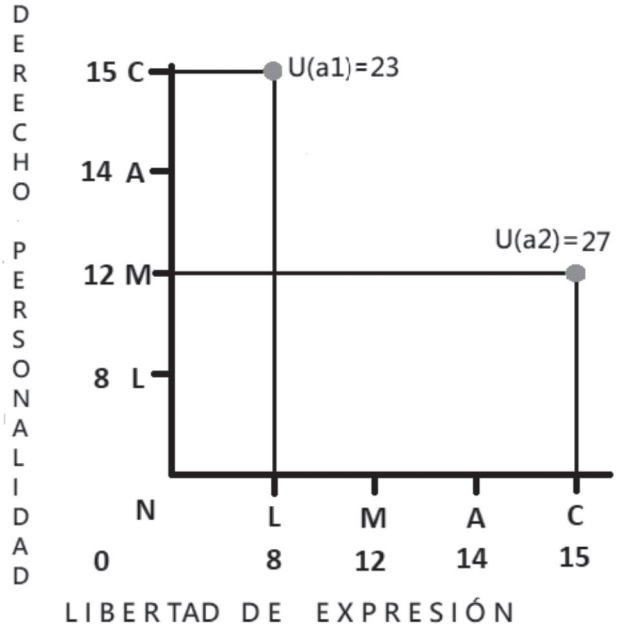
Así, respecto de la expresión "asesino nato". El tribunal consideró dos opciones

> a1: aceptar la demanda.
> U(a1)=Sat(LE,a1)+Sat(DP, a1) (La utilidad de la acción a1 es igual a la suma de la satisfacción del derecho a la libertad de expresión más la satisfacción del derecho a la personalidad por esa misma acción)
>
> U(a1)=8+15=23

a2: rechazar la demanda
U(a2)=Sat(LE, a2)+Sat(DP, a2) ´
U(a2)=15+12=27

La utilidad de a2 es mayor que la de a1. Por tanto, se debe rechazar la demanda. Esta manera de decidir está representada en el gráfico 5.

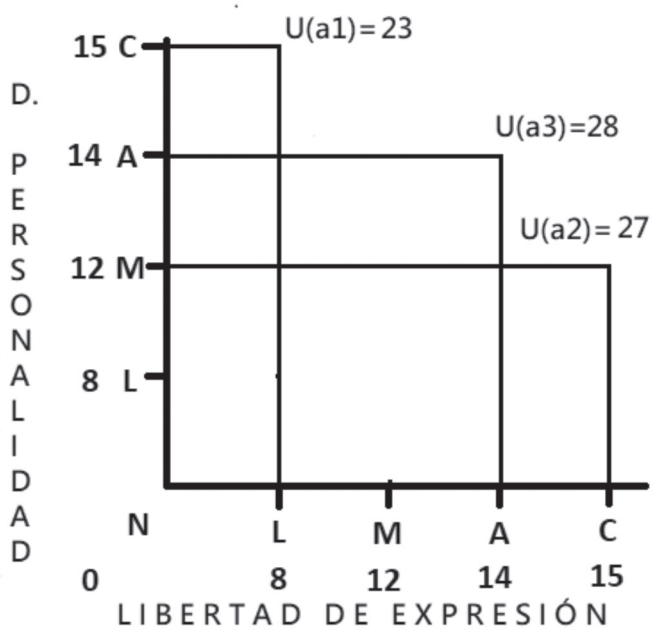
Gráfico 5



Fuente: elaboración propia.

Notemos que el tribunal partió de la necesidad de escoger uno entre los dos principios y protegerlo prioritariamente, limitando sólo el otro. Al partir de esa premisa, su decisión se mantuvo siempre en lo que llamamos las líneas *a* y *b*, ambas de satisfacción completa para alguno de los principios. Si hubiesen tomado en cuenta decisiones de satisfacción parcial de ambos principios, tal vez hubieran encontrado disponible una opción como a3 que vemos en el gráfico 6, en la cual se limitan sólo levemente ambos derechos involucrados.

Gráfico 6



Fuente: elaboración propia.

Eso pudo haberse hecho, por ejemplo, aceptando parcialmente la demanda. En realidad, eso fue lo que ocurrió. Al decidir por separado el reclamo por la expresión "asesino nato" y el reclamo por "tullido", el tribunal decidió, en parte, en favor de la libertad de expresión y, en parte, en favor del derecho a la personalidad. En esta ocasión en particular se pudo resolver el caso dividiéndolo en lo que podríamos considerar dos casos distintos, cada uno con sus decisiones posibles y sus asignaciones de utilidad. Pero esa operación no siempre está disponible. Cuando no lo está, si no se cuenta con una herramienta que permita calcular la utilidad de decisiones de satisfacción parcial, el decisor pierde la oportunidad, cuando está disponible en la práctica, de tomar la decisión que mejor optimiza los bienes jurídicos que se intenta proteger.

E. Utilidad y decisión jurídica, un paso más allá de la ponderación

Como anticipé, el modelo de ponderación que propongo, basado en utilidad, entendiendo utilidad por la medida en que se optimiza la obtención de ciertos bienes protegidos por principios en colisión, no pretende ser una teoría general de la decisión judicial en casos de principios en colisión. En este contexto ¿cuál es el rol de lo que llamo "ponderación"?

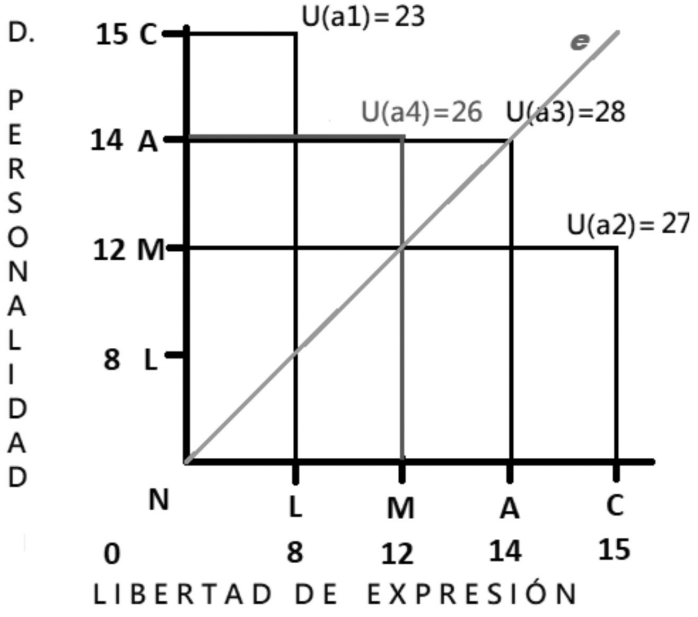
Provee un criterio de determinación o evaluación de decisiones posibles respecto de la optimización conjunta de dos bienes tales que la optimización de cada uno de ellos limita la del otro. Tanto si se intenta aplicar el derecho por considerarlo intrínsecamente obligatorio, cuanto si se pretende obedecerlo por razones morales, así como en cualquier otro caso en que se pretenda aplicar máximas de optimización en conflicto, se necesitará un criterio de ponderación como éste. Ponderar, en el sentido que propongo aquí, es al menos parte, aunque importante, de lo que las decisiones judiciales intentan hacer y también de lo que usualmente se asume que deben hacer.

Sin embargo, es posible que los jueces deseen o incluso que deban tomar en cuenta otros elementos. Uno de ellos que me parece especialmente importante es la equidad. Cuando se trata de defender derechos fundamentales parece ser al menos moralmente relevante no defender los derechos de unos individuos a costa de los de otros. Incluso podría haber una obligación jurídica de buscar la equidad en la decisión judicial, dependiendo esto del sistema positivo particular.

Las aproximaciones estándar a la ponderación jurídica sólo consideran, entre las decisiones disponibles, las que satisfacen por completo uno de los principios y limitan el otro. No tienen en cuenta las decisiones igualmente disponibles que buscan un equilibrio entre la limitación y satisfacción de los derechos de los distintos individuos afectados. Pero estas decisiones podrían ser más justas. Incluso una decisión con una utilidad menor podría ser más deseable si se tiene en cuenta la equidad.

Consideremos una decisión a4, que añadimos a las anteriores en el gráfico 7.

Gráfico 7



Fuente: elaboración propia.

Si no estuviera disponible a3, la siguiente decisión disponible con más utilidad que debería adoptarse conforme a la ponderación es a2. Pero tal vez si se tiene en cuenta la equidad, la mejor decisión sea a4, que tiene una utilidad un poco menor, pero es más equitativa entre los derechos de ambas partes. No es la decisión más racional si lo que se intenta es ponderar en el sentido restringido de optimizar la satisfacción de los derechos involucrados, pero tal vez sea la más justa. Las decisiones que se aproximan a la equidad son, gráficamente, las próximas a la línea *e* (línea de equidad) que une los puntos que representan las decisiones judiciales en que se resguarda los dos principios por igual. Si tuvieran diferente peso abstracto, la línea desplazaría hacia el más importante. La equidad consiste, como la entiendo aquí, en una distribución igualitaria de utilidad (no de

satisfacción) entre los sujetos de derecho amparados por los principios en colisión.

Podría intentarse una teoría de la decisión que combinara utilidad con equidad, pero la simple combinación sería algo *ad hoc*. Una teoría completa debe incluir todos los elementos que se considere que se deben tomar en cuenta en una teoría adecuada de la decisión judicial y combinarlos de manera coherente y adecuada. No es mi intención aquí avanzar en una teoría tal. Sólo me interesa mencionar que la optimización de los principios constitucionales puede no arrojar una decisión final, aun cuando esté justificada la obligación de optimizar conforme a los mandatos de los principios constitucionales en colisión.

F. Conclusiones

Presenté un método para la ponderación jurídica. Ésta se propone como una herramienta formal para escoger la decisión que mejor optimiza los bienes jurídicos defendidos por principios en pugna.

Explico un modelo basado en la utilidad para mostrar que la optimización puede darse por medio de una variedad de decisiones que incluyen no sólo la protección prioritaria de un bien a costa del otro, mediante la aplicación prioritaria de un principio en el caso particular, sino la posibilidad de buscar un equilibrio entre la satisfacción y limitación de los derechos en colisión. Se distingue del modelo estándar en la literatura (el de Robert Alexy) en que no obliga a la elección entre dos decisiones (operación que supone la elección de uno de los principios en pugna). Es un modelo múltiple porque presenta al decisor una gama amplia de decisiones, cada una con su grado de utilidad.

Este mecanismo permite escoger la o las decisiones más racionales en el sentido de señalar las mejores de ellas, en un orden de preferencia determinado por la utilidad. La decisión no debe tomarse entre todas las deci-

siones lógicamente posibles, sino entre las que integran el conjunto de las efectivamente disponibles para el juez. Esto reduce a unas pocas las opciones.

No propongo la ponderación como una herramienta completa para la elección final de la o las decisiones jurídicamente correctas. La decisión judicial necesita incluir otros elementos, además de la optimización prescrita por los principios jurídicos. Por ejemplo, el más obvio, aunque fácil de cumplir, es la justificación de la obligación de obedecer los principios. La ponderación es entonces una herramienta necesaria pero no suficiente para escoger o para juzgar las decisiones jurídicas en casos de colisión de principios. Sugerí que ciertas consideraciones de justicia, apoyadas en equidad, podrían ser relevantes y poner restricciones a la misma obligación de optimizar.

Este modelo es importante porque presenta una alternativa al examen estándar de ponderación, en particular, a la fórmula del peso de Alexy, la cual hasta ahora se ha aceptado o rechazado como un todo, sin análisis riguroso.

Al mismo tiempo, abro aquí la discusión sobre las herramientas formales para el análisis de la ponderación jurídica. Esto invita a que en la literatura se sugieran otros modelos. Alienta a revisar crítica y rigurosamente lo que se había dado por sentado, a mejorar lo existente y a desarrollar opciones nuevas.

Fuentes

Alexy, R. (1978). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp (Fráncort del Meno, 1978). [Traducción al español (2007) *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra Ed.]

Alexy, R. (1985). *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt. [Traducción al español (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid].

Alexy, R. (2002). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, *Revista Española de Derecho Constitucional* (22) 66:13-64.

Alexy, R. (2003). "On Balancing and Subsumption", *Ratio Juris* (164) 433-49.

Alexy, R. (2010). *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México.

Atienza, M. y García Amado, J. (2016). *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima, Bogotá.

Armenta Ariza, A. (2019). "El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional Colombiana", *Verba Iuris* (41)121-133.

Bindi, E. (2016). "Proportionality test in the 'Age of balancing'", UNED. *Revista de Derecho Político* (96) 291-330.

Covarrubias Cuevas, I., (2014). "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?» *Estudios Constitucionales* (12) 1: 163-137, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Chile.

Da Silva, V., (2011). "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* (31) 2: 273-301.

Lindahl, L., (2009). "On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing", *Liber Amicorum de José de Sousa Brito,* Coimbra: Almedina, vol. 1, pp. 355-376.

Urbina, F. (2015). "Inconmensurability and Balancing", *Oxford Journal of Legal Studies* (35) 3: 575-605.

Urbina, F. (2017). *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge.

Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales*

Jorge Silva Sampaio**

* Artículo publicado originalmente en inglés como J. S. Sampaio, "Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights" en Duarte y Silva Sampaio, *Proportionality in Law. An Analytical Perspective* (Springer, 2018, pp. 71-110). Traducido al español por: Gabriela Gutiérrez Dávila con autorización de Springer International Publishing.

Texto presentado en esta versión en español el 16 de marzo de 2021 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.

** Por la discusión, crítica y sugerencias realizadas en la conferencia de Proporcionalidad, se agradece a Luka Burazin y al resto de los participantes, así como a David Duarte, Pedro Moniz Lopes, Miguel Brito Bastos, Francisco Paes Marques, José Duarte Coimbra, Ana Escher Rieger, Tiago Rolo Martins y Rúben Ramião, asimismo, a Rita Melo y a Francisco Borges. Sin embargo, sólo el autor es responsable de los errores que se hayan tenido.

Sumario: A. Aspectos preliminares; B. Entre la ponderación y la proporcionalidad; I. Aspectos generales sobre las normas: algunas premisas conceptuales; II. La operación de ponderación: ponderación como norma residual para resolver conflictos normativos; III. La proporcionalidad como norma de regulación de la ponderación; C. La proporcionalidad en su estricto sentido y la operación de medición; I. Aspectos generales; II. El significado de la ponderación de la proporcionalidad y el problema de inconmensurabilidad; 1. La objeción de inconmensurabilidad; III. Midiendo la intensidad de las restricciones; IV. La fórmula del peso reinterpretada; 1. Ley del esfuerzo de compresión; 2. Mapeando los criterios para medir; D. Observaciones finales.

A. Aspectos preliminares

El principio de proporcionalidad es, quizá, el principio más exitoso dogmáticamente. Tal es la unanimidad respecto a su uso,[1] que ha sido señalado como la "llave y método de la dogmática del Derecho Constitucional",[2] y ahora existe un "firme consenso" sobre su "papel indispensable en la argumentación del derecho constitucional".[3]

Respecto al sistema legal portugués, la importancia de la regla de proporcionalidad puede ser vista, en primer lugar, en su consagración constitucional expresa y, es una verdadera referencia, por ejemplo, en la

[1] Para una visión general del uso del principio, véase Sweet y Mathews (200, pp. 73 y ss.). Dado el uso universal del principio, autores como Beatty consideran que éste es un principio constitucional que merece aceptación universal, lo cual se demuestra con su adopción en muchas jurisdicciones (véase Beatty 200, pp. 159 y ss.). Sin embargo, no es clara la proposición que establece que el principio de proporcionalidad es universal. De hecho, a pesar de ser normativamente muy importante, su existencia en cada sistema legal sigue siendo contingente.

[2] Véase Ossenbühl (1996, p. 40).

[3] Véase Klatt y Meister (2012a, p. 1).

jurisprudencia del Tribunal Constitucional.[4] Pero este fenómeno judicial no es local: una breve consulta de las decisiones de diferentes cortes constitucionales europeas (y muchas otras) son suficientes para estar de acuerdo con Klatt y Meister cuando afirman que este principio recae en el "centro del trabajo de las cortes".[5]

Su valor, sin embargo, como se tratará de explicar en este trabajo, va más allá de esto. En efecto, una parte considerable de los problemas legales que enfrentan los operadores son conflictos normativos. A nivel constitucional, principalmente en relación con los conflictos existentes entre las normas constitucionales, y dado que las normas de primer grado no son aplicables, la norma de proporcionalidad gana especial importancia: es precisamente a la luz de los efectos de esta norma que los operadores determinarán cuál norma constitucional prevalecerá en cada conflicto. Como la mayoría de los conflictos constitucionales son de este tipo, la relevancia de la proporcionalidad en los asuntos constitucionales es clara. Adicionalmente a todo esto, y considerando que la proporcionalidad de alguna forma indica cómo ponderar, también tiene un "efecto disciplinario y racionalizador en las decisiones judiciales".[6]

Independientemente de lo que se acaba de decir, se han hecho críticas al principio de proporcionalidad.[7] En este estudio se tiene particular

[4] Entre otros, véanse los fallos del Tribunal Constitucional portugués núm. 634/93, núm. 187/2001 y, el más reciente, núm. 632/2008.
[5] Similarmente, véase Klatt y Meister (2012a, p. 2).
[6] Véase Klatt y Meister (2012a, p. 8).
[7] Específicamente, es la legitimidad del principio la que ha sido ampliamente atacada: por ejemplo, autores como Böckenförde, Papier, Hoffmann-Riem o Maribel González Pascual, quienes consideran que la fuerza expansiva de los derechos fundamentales ha ido demasiado lejos, argumentan que se debería confiar en otro modelo interpretativo en el que el principio de proporcionalidad del propio Tribunal Constitucional puede perder peso (véanse Böckenförde, 2003, pp. 165 y ss.; Papier, 2005, pp. 81y ss.; Hoffmann-Riem, 2004, pp. 53 y ss.; o, más recientemente, González Pascual, pp. 2010: 155 y ss.). Para una lista de diversas críticas de la proporcionalidad, véase también Barak (2012, pp. 481 y ss.). Otros, como Tsakyrakis, han argumentado en la dirección opuesta que la proporcionalidad ha permitido un verdadero "asalto a los derechos fundamentales" (2009, pp. 468 y ss.). Contestando algunas de las críticas, véanse Müller (2012a, pp. 709 y ss.) y Klatt y Meister (2012a, pp. 687 y ss.). En cualquier caso, se debe señalar que los críticos más firmes de este principio no desean simplemente abandonarlo, sino más bien atenuar su impacto al reducir su uso práctico (véase Ossenbühl, 1996, p. 34).

interés en el subprincipio de proporcionalidad en su sentido estricto, el cual ha sido el principal objeto de los críticos de la proporcionalidad. Por ejemplo, Schlink considera que esta prueba de proporcionalidad carece de racionalidad, ya que determinar si el sacrificio de un derecho es mayor o menor en comparación con otras normas podría ser "decisionismo". Por tanto, debe limitarse al principio de proporcionalidad, considerando que es una cuestión de política, por lo que las consideraciones que deben hacerse en este contexto deben estar en manos de la "sociedad".[8]

Mientras que la mayoría de las críticas son simplemente rechazadas por ser lo que los autores consideran que la ley debería ser —y no lo que es—, las otras parecen relacionarse con una falta de comprensión del papel normativo de la proporcionalidad, lo cierto es que la operación realizada dentro de la proporcionalidad en su sentido estricto no está libre de incertidumbre o dificultades. De hecho, un gran margen de discrecionalidad se deja en manos de los aplicadores, como los jueces. Sin embargo, el recurso de la ponderación y la proporcionalidad, como lo veremos, es inevitable (por lo menos en la mayoría de los sistemas legales). Lo que debemos tratar de hacer es, dentro de lo normativamente posible, reducir la subjetividad declarada.

Este documento pretende precisamente contribuir a este propósito.

En este trabajo la meta es contribuir a la profundización y mejoramiento de lo que se entiende como prueba de proporcionalidad en su sentido estricto, especialmente respecto a la fórmula del peso de Alexy. En primer lugar, se elaborará un marco conceptual que permitirá una mejor comprensión de la norma de proporcionalidad. En segundo lugar, desde una perspectiva analítica, se explicará el entendimiento del autor sobre la estructura de la norma de proporcionalidad. En tercer lugar, se enfocará en el sentido estricto de la proporcionalidad, especialmente en la

[8] Véase Schlink (1984, p. 462); en una forma similar, véase Grimm (1991, p. 238).

fórmula del peso. En esta parte, sin embargo, se enmarcará este efecto de proporcionalidad a la luz de la filosofía de medición para explicar lo que realmente se hace dentro del alcance de este principio; después, se intentará reconstruir la metáfora de la fórmula del peso a la luz del *esfuerzo de compresión,* toda vez que parece ser un fenómeno más cercano y, hasta cierto punto, que describe mejor lo que se realiza dentro de este subprincipio. Finalmente, se mapearán criterios que proveen operadores legales con una mejor justificación de la medición de la intensidad de las restricciones hechas a la norma de derechos fundamentales.

Se entiende que lo que se propone aquí puede parecer algo esotérico para los críticos de la proporcionalidad e innecesario a la luz del éxito de la fórmula del peso para otros. Sin embargo, por un lado, como Wittgenstein una vez dijo, aunque en un contexto diferente, "¿por qué la filosofía en la era de los aviones y automóviles debe ser la misma que en la época en la que la gente viajaba en carreta o a pie?" Por el otro lado, a veces los avances en el conocimiento científico demandan soluciones más drásticas que la mera rehabilitación de conceptos existentes, aunque sean difíciles de aceptar. Como ejemplo, esto fue lo que hizo Hertz cuando sugirió una nueva forma de lidiar con el concepto desconcertante de la fuerza en la física newtoniana.

B. Entre la ponderación y la proporcionalidad

I. Aspectos generales sobre las normas: algunas premisas conceptuales

Se comenzará estableciendo algunas premisas que permitirán enmarcar conceptualmente lo que se dirá sobre la proporcionalidad. Primero, se empezará hablando sobre el concepto de norma[9] y si la condicionalidad es una propiedad necesaria de las normas. En segundo lugar, tam-

[9] Se usará el término *norma* como un concepto general que incluye dos subtipos de normas: reglas y principios.

bién se analizará si el fenómeno de derrotabilidad es una propiedad necesaria de las normas. Y, finalmente, se abordará la distinción entre reglas y principios.

Es posible definir a la *norma* como el significado de las *formulaciones de texto normativas,*[10] lo cual puede ser visto como un deber genérico.[11] Es decir, expresa cuáles acciones o estados de las cosas son *obligatorias, prohibidas o permitidas*[12] para un grupo indeterminado de destinatarios,[13] emitida por una "autoridad normativa" particular,[14] la cual es parte de un sistema legal particular.[15] Respecto a la estructura de la normas, brevemente hablando, se considera que una *norma completa* está compuesta simplemente por los siguientes tres elementos: 1) antecedente: las condiciones de aplicación de la norma[16], 2) modalidad deóntica: el sentido de ordenación de la norma[17] y 3) consecuencia: el efecto de la norma.[18] [19]

Respecto a la propiedad de *condicionalidad,* los efectos de una norma (su contenido normativo) depende de la existencia de —por lo menos— una condición. Por el contrario, estas son las condiciones mínimas que deben reunirse cuando hay *una oportunidad de alcanzar* el contenido de una norma.[20] Las condiciones de aplicación de una norma corresponden a su ámbito de aplicación (o antecedente). Por lo tanto, si la condicionalidad es una propiedad necesaria de las normas (lo cual se considera que

[10] Véanse Guastini (2014, p. 31), Pino (2014, p. 37) y Aarnio (1987, pp. 61 y ss.).
[11] Véase Duarte (2006, pp. 72 y ss.).
[12] Véanse Bulygin y Mendonca (2005, p. 15), Alexy (2010, pp. 15 y ss.) y Sieckmann (2015, p. 896).
[13] Véase Duarte (2012, p. 54).
[14] Véase Bulygin y Mendonca (2005, p. 15).
[15] Véase Sieckmann (2015, p. 905).
[16] Respecto al antecedente, se pueden identificar tres elementos necesarios: 1) la existencia de destinatarios, 2) contenido y 3) condiciones de aplicación. Para mayor información véanse von Wright (1963, pp. 72 y ss.) y Ross (1968, pp. 106 y ss.).
[17] Como es sabido, existen tres modalidades deónticas: 1) prohibición, 2) obligación y 3) permiso.
[18] Lo que significa que la existencia de estos tres elementos son condición necesaria y suficiente para la existencia de la norma.
[19] En este sentido, es posible argumentar que los siguientes aspectos son innecesarios para la individualización completa de la norma: 1) condiciones de validez, 2) condiciones de aplicabilidad y 3) condiciones negativas (derrotadores-vencedores). Véase Duarte (2012, pp. 39 y ss.).
[20] Véase Von Wright (1963, p. 73).

sí), entonces es posible afirmar que todas las normas tienen por lo menos una condición de aplicación y, por ende, todas las normas tienen un antecedente.[21] De lo anterior es posible establecer lógicamente la estructura de la norma "*si Portugal gana la Copa Mundial, es obligatorio para los croatas, españoles, argentinos, alemanes e italianos, pagar las cervezas*" de la siguiente manera: "*si* p *entonces obligatorio* e" o "p → Oe".[22]

En relación con la *derrotabilidad,* el interés en este fenómeno ha ido creciendo recientemente.[23] Aunque la derrotabilidad no apunta únicamente a un área específica (todo lo contrario), aquí solo se considerará como una propiedad (necesaria) de las normas —como la "sensibilidad" de la norma al "contexto fáctico y legal"—,[24] según el cual el cumplimiento de las condiciones de aplicación de una norma particular no significa *necesariamente* que esta norma será, considerando todas las cosas, aplicada al caso. Por el contrario, el cumplimiento de las condiciones de aplicación contenidas en el antecedente de la norma, aunque sea *condición necesaria* para su aplicación al caso, no es una *condición suficiente* por sí misma. Y eso ocurre por la simple razón de que puede haber otras normas que también son aplicables al mismo caso. La conclusión que debe extraerse de lo que se está exponiendo es que las normas son solo aplicables *prima facie,* considerando que la aplicación de cada norma es independiente de 1) la identificación de otras normas aplicables al caso, dado que las diversas normas aplicables pueden entrar en conflicto entre ellas y 2) la resolución del conflicto normativo identificado. Por tanto, siempre que exista más de una norma aplicable a un caso particular, la aplicación definitiva de estas normas depende del resultado del conflicto normativo; en este caso, solo la norma prevaleciente será aplicada y la otra será derrotada.

[21] Se debe hacer hincapié en que las *normas categóricas* no necesariamente tienen que corresponder a las *normas condicionales;* es decir, las normas categóricas también cuentan con condiciones de aplicación. Véase Martínez Zorrilla (2007, pp. 81 y ss.).
[22] En el que "p" es el antecedente (condición) y "e" es la consecuencia (efecto).
[23] Sobre derrotabilidad, véanse, entre otros, los artículos recientes en Ferrer Beltrán y Ratti (2012), Brozek (2012), Duarte (2009, pp. 161 y ss.) y Lopes (2016, pp. 160 y ss.).
[24] Véase Lopes (2017, pp. 284-285).

Para resumir: por un lado, dado que todas las normas tienen un antecedente, es posible identificar tres aspectos diferentes: 1) cumplimiento de las condiciones de aplicación de una norma, 2) aplicabilidad de una norma y 3) aplicación de una norma —la primera es una condición necesaria, pero no suficiente para la segunda, y la segunda también es una condición necesaria, pero no suficiente para la tercera.[25] Por otro lado, toda vez que todas las normas pueden entrar en conflicto normativo —independientemente de si son reglas o principios— todas las normas son aplicables *prima facie,* ya que si son derrotadas específicamente, no son aplicables (dadas las circunstancias) al caso.[26]

Aunque es posible distinguir entre "*socavar* la derrotabilidad", lo cual se refiere a qué norma prevalece sobre otra debido a una tercera norma prevaleciente, y "*refutar* la derrotabilidad", lo cual se refiere a qué norma puede prevalecer sobre otra en el contexto de un proceso de ponderación —el cual aplica precisamente en casos en los que ninguna otra regla normativa de resolución de conflictos resuelve la antinomia—,[27] "refutar la derrotabilidad" es de interés particular en el presente estudio.

Como se ha observado, la distinción entre reglas y principios es indiferente respecto a la derrotabilidad de las normas.[28] En realidad, incluso con respecto a la categoría de refutando la derrotabilidad, el hecho es que cualquiera de las normas referidas —reglas o principios— puede ser derrotada en un caso particular, dado que es posible identificar

[25] Sobre esto, aunque se refiere a reglas, véase Brozek (2004, pp. 98-99).
[26] Vale la pena señalar que se está utilizando el término *prima facie* para referirse a la propiedad de aplicabilidad (norma que, aunque pareciera ser aplicable, tomando en cuenta todas las cosas, podría terminar no siéndolo), mientras que se utilizará el término *pro tanto* para referirse a la idea que, en un conflicto, una norma puede pesar más (o tiene mayor resistencia a la compresión) que otra y, por lo tanto, prevalecer. Al final, la importancia de la distinción es establecida en diferentes momentos. Sobre la distinción de los dos conceptos, véase, por ejemplo, Hurley (1992, p. 261) y Kagan (1991, p. 17). Refiriéndose a los dos conceptos, véase también Alexy (2011, p. 18).
[27] Sobre esto, véanse Sartor (2012) y Brozek (2004, pp. 108 y ss.).
[28] Se asume que todas las normas (y, por tanto, también las reglas) son derrotables. En el sentido de que la distinción entre reglas y principios es indiferente a este efecto, véase Peczenik (2008, pp. 61 y ss.). En Portugal, véanse Duarte (2009, p. 173), Lopes (2017, pp. 283 y ss.) y Lopes (2016, pp. 226 y ss.).

casos en los que los criterios tradicionales para la resolución de conflictos normativos (superioridad, posterioridad y especialidad) son inaplicables, siendo necesario utilizar también la ponderación en estos casos.[29]

Para cerrar las premisas conceptuales, sigue siendo importante distinguir entre reglas y principios.[30] Dado que es imposible entrar a la discusión referida en este trabajo,[31] aquí se limitará a la suposición de que la distinción entre reglas y principios recae en la estructura de las normas, más específicamente, en su antecedente.[32] La idea que se debe conservar aquí es que los antecedentes de los principios, contrario a lo que sucede con las reglas, están dotados de *indeterminabilidad*[33] o, en términos cercanos (aunque no causales), de *generalidad*[34] en cuanto a la conducta o

[29] En este sentido, es suficiente recordar el ejemplo clásico del conflicto entre la regla que prohíbe detenerse frente a un cuartel militar, y la regla que obliga a la gente a detenerse cuando el semáforo está en rojo que está justo enfrente de un cuartel militar. Véase Lopes (2017, pp. 284 y ss.). Respecto a reglas de ponderación, véanse también Alchourrón (1991, pp. 423 y ss.) y Peczenik (2008, pp. 66-67).

[30] Como es bien sabido, desde que Dworkin argumentó sobre una diferenciación entre este tipo de normas (véase por ejemplo, Dworkin, 1997), se ha argumentado que es posible distinguir entre ellas en 1) una forma cualitativa (tesis fuerte) (entre otros, véanse Dworkin, 1997; Alexy, 2000, pp. 295 y ss.; Sieckmann, 2011a, pp. 28 y ss.; Martínez Zorrilla, 2007, pp. 81 y ss.), 2) una forma cuantitativa o por grado (tesis débil) (entre otros, véanse Raz, 1972, pp. 834 y ss.; MacCormick, 1994, pp. cap. VII; Hart, 2012, pp. 238 y ss.; Moreso, 2009, pp. 277; Pino, 2014, pp.110 y ss.) o incluso que 3) no hay criterio para la diferenciación (véanse Brozek, 2012, p. 224; Maranhão, 2012, pp. 79, 120 y ss.). Para distinguir entre reglas y principios como "fuertes" o "débiles", es posible identificar diversos criterios: 1) semántico: relacionado con el significado de las palabras usadas en la expresión respectiva (sobre esta característica, véase Pino, 2014, p. 108); 2) pragmático: vinculado al uso de las dos categorías en el discurso legal (véase Alexy, 2000, pp. 300 y ss.) y 3) sintáctico: relacionado con los elementos de la estructura normativa y sus relaciones lógicas (véanse, por ejemplo, Duarte, 2012, pp. 37 y ss.; Lopes, 2016, pp. 127 y ss.). Es precisamente, en el contexto de esta distinción, que suele considerarse que, entre otras cosas, los principios son más generales, vagos e indeterminados *prima facie* (dada la "franqueza" del antecedente respectivo) en comparación con las reglas, las cuales conectan consecuencias legales a condiciones de aplicación precisas; que la aplicación de principios depende de las consideraciones de "peso" e "importancia", mientras que dichas consideraciones serían irrelevantes en el caso de las reglas, ya que esto puede aplicar o no; que los principios serían normas derrotables mientras que las reglas, asumiendo que se cumplen los supuestos de aplicación, serán sujetas a una forma de aplicación categórica de todo o nada; o que los principios serían "mandatos de optimización" y, por tanto, diferentes a las reglas que imponen una regulación fija. Sobre esto, véase Pino (2014, pp. 107 y ss.).

[31] Para un análisis crítico, véase Lopes (2016, pp. 112 y ss.).

[32] En el presente trabajo no se discutirá sobre si la distinción es o no necesariamente fuerte o débil.

[33] Véase Duarte (2012, pp. 51 y ss.).

[34] Señalando el rasgo de generalidad (del antecedente) como el criterio distintivo de las reglas y principios y, por tanto, alcanzando una distinción *fuerte,* véanse Lopes (2016, pp. 127 y ss.) y Lopes

estado de cosas que constituyen el antecedente. Por el contrario, el antecedente de los principios tiene un conjunto ilimitado de condiciones de aplicación disyuntiva, lo que significa que el cumplimiento de cualquiera de las condiciones de aplicación genera los efectos de la norma respectiva, por ejemplo, cada condición es suficiente para desencadenar las consecuencias respectivas y proveer la solución *prima facie* del caso. Como es normal, las consecuencias no deberían ser separadas enteramente de la distinción: dado que las condiciones de aplicación de los principios son determinadas por la acción que constituye el contenido de la norma en cuestión, las características de indeterminabilidad o generalidad también tienen repercusiones en las consecuencias de los principios; es decir, de alguna forma, la indeterminabilidad *a priori* de la conducta establecida en la norma, la cual es provocada por su *inespecificidad,*[35] es manifestada idénticamente en las consecuencias de la norma. Por último, la generalidad sería una propiedad necesaria para la existencia de una norma de principio.[36 y 37]

(2017, pp. 280 y ss.). Destacando, entre otros, la generalidad y la propiedad de indeterminabilidad como un rasgo que suele estar más presente en los principios que en las reglas y, por tanto, alcanzando una distinción (de grado) *débil,* véase, por ejemplo, Pino (2014, pp. 112 y ss.).

[35] Sobre esta cuestión, aquí están las conductas altamente no-específicas que se pueden lograr en varias ocasiones a través de una variedad de conductas más específicas. Las oportunidades de lograr dichas conductas implican las oportunidades de llevar a cabo conductas aún más específicas. Como ejemplo, véanse Raz (1972, pp. 836 y ss.), Pino (2014, pp. 11 y ss.), Luzzati (2013, pp. 21 y ss. y 86 y ss.), Lopes (2016, pp. 127 y ss.) y Lopes (2017, pp. 285 y ss.).

[36] Naturalmente, como lo ha asumido Pedro Moniz Lopes, esta construcción implica criterios sólidos para distinguir entre las conductas específicas y las generales, lo que nos lleva a la filosofía de la acción. Una hipótesis, como lo argumenta Moniz Lopes, simplemente tiene que ver con "el saber si las proposiciones describen la categoría de la conducta (y la indiferencia implícita) o conductas cuya realización puede variar solo de acuerdo a diferentes propiedades, a saber, herramientas, objetivos o estilo" —considere la diferencia entre una conducta de fumador, la cual es específica (a menos que se individualice, por ejemplo, por estilos de fumar), y aquella de expresar una opinión (la cual puede ser realizada de acuerdo con un indeterminado conjunto de conductas más específicas, como escribir un libro para tocar una canción)—. Véase, por ejemplo, Lopes, 2017, pp. 285-286).

[37] Nótese que lo que se acaba de exponer también permite explicar la intuición acerca de que las regulaciones provistas por reglas o principios son diferentes: la regulación de conductas impuesta por principios es variable, lo que explica la naturaleza de "aplicación gradual" y "mandatos de optimización" usualmente adjuntos a los principios; mientras que para las reglas, las condiciones de aplicación que constituyen sus antecedentes son "determinadas" y "cerradas" (no permiten excepciones implícitas a su aplicación), de modo que la regulación provista por una regla cuando sea aplicable sea fija, explicando la naturaleza de la idea de "todo o nada", generalmente asignada a este tipo de normas. Véase Duarte (2012, p. 55).

II. La operación de ponderación: ponderación como norma residual para resolver conflictos normativos

Si más de una norma es aplicable para el mismo caso concreto, se puede estar frente a un conflicto normativo que tendrá que ser resuelto para proceder de las normas aplicables a la norma *aplicada* de *todas las cosas consideradas*. Respecto a los conflictos normativos, es importante empezar señalando que los sistemas legales son *inconsistentes,* dado que su tamaño y complejidad implica que están llenos de antinomias entre normas. Existen dos condiciones para un conflicto normativo: 1) la superposición (total o parcial) de los antecedentes de dos o más normas y 2) la incompatibilidad de las consecuencias de la norma conforme a la modalidad deóntica (por ejemplo, de acuerdo con N1, **Φ** está prohibido, mientras que según N2, es permitido).[38] Se pueden identificar tres tipos de conflictos: 1) total-total, 2) total-parcial y 3) parcial-parcial.[39] Para el presente estudio, principalmente enfocado a las normas constitucionales dada su estructura, se tiene interés principalmente en el tercer tipo de conflictos. En lo conflictos parcial-parcial existe una sobreposición entre el ámbito de aplicación de cada norma, es decir, una situación dada cumple al mismo tiempo una o más condiciones de ambas normas y existen otras condiciones en las dos normas que no se superponen. Así que, la norma N1 puede ser aplicable en algunos casos sin conflictuar con una norma N2, mientras que en otros casos N2 es aplicable sin chocar con N1.[40 y 41]

Naturalmente, los sistemas legales tienen formas de resolver conflictos normativos. Usualmente, se pueden encontrar normas de conflictos de

[38] Véase Duarte (2010, pp. 51 y ss.).
[39] Véase Ross (1959, pp. 158 y ss.).
[40] Véase Martínez Zorrilla (2010, pp. 145 y ss.).
[41] Por ejemplo, en un conflicto entre la norma de libertad de prensa y la norma del derecho al honor existe una superposición parcial-parcial; una acción de prensa es tanto una acción que subsume y activa la norma de libertad de prensa como también puede ser una acción de interferencia en la norma del derecho al honor.

primer grado (*metanormas*): 1) reglas de superioridad jerárquica, 2) reglas de posterioridad y 3) reglas de "especialidad".[42 y 43] También se debe destacar que estas normas de conflictos establecen relaciones prevalecientes entre las normas en conflicto sin permitir la aplicación de la norma derrotada.[44] Como ya se ha observado, los conflictos entre normas constitucionales —aunque no necesariamente— i) pertenecen al tercer tipo; ii) están compuestas de normas de principios y iii) las tres normas de conflicto mencionadas no aplican en la mayoría de los casos a este tipo de conflictos. Lo anterior es así, ya que las normas en cuestión (iii 1) tienen la misma jerarquía, (iii 2) fueron adoptadas en el mismo momento y, (iii 3) no están en una relación de especialidad. Es precisamente por los casos en los que ninguna otra norma de resolución de conflictos resuelve la antinomia que es necesario recurrir a la llamada *ponderación*.[45] Por lo tanto, se puede decir que la norma de las condiciones para la aplicación de la ponderación es doble: 1) la existencia de un conflicto normativo y 2) la imposibilidad de resolver el conflicto a través de otras normas de conflictos: por consiguiente, pareciera tener una naturaleza *residual*.[46 y 47] Por el otro lado, la ponderación simplemente significa que se le da *discreción* al aplicador para elegir entre las reglas en conflicto.[48] Para

[42] El famoso *lex superior derogat legi inferiori, lex posteriori derogat legi priori and lex specialis derogat legi generali.* Respecto a la regla de especialidad, véase, por ejemplo, Burazin (2014, pp. 167 y ss.).

[43] Aquí es importante mencionar dos aspectos (que no pueden ser, sin embargo, desarrollados): 1) los criterios expuestos también pueden chocar —trayendo soluciones contradictorias— en cuyo caso nos estamos enfrentando con conflictos de segundo grado que pueden, a su vez, requerir normas de conflicto de segundo grado *(metametanormas)* para que sean resueltos; 2) la interpretación puede también, aunque hasta cierto punto, ser utilizada para resolver conflictos normativos: la interpretación de acuerdo con la Constitución es un buen ejemplo de ello.

[44] Parece obvio que los efectos prevalecientes sobre la norma derrotada son diferentes dependiendo de la norma de resolución aplicada, lo cual va desde la eliminación de la norma derrotada del sistema legal (por lo menos en términos estáticos) hasta la derrota únicamente en el caso concreto, como suele suceder en la mayoría de los conflictos entre normas constitucionales.

[45] Véase Duarte (2009, pp. 168-169).

[46] Véase Chiassoni (2011, pp. 326).

[47] Lo cual significa *a priori* que, a diferencia de lo que es considerado usualmente por la doctrina (véase, entre otros, Alexy, 2010, pp. 66 y ss.), no todos los conflictos entre principios constitucionales se resuelven por ponderación (aunque muchos lo son) —piénsese, por ejemplo, en una revisión constitucional o situación en la que una norma constitucional es considerada "especial" en relación con otra—.

[48] Véase Duarte (2010, p. 61). Sin embargo, se puede argumentar sobre si esta discreción no podría ser reducida, al menos por los imperativos de coherencia a nivel de discurso.

evitar un escenario *non-liquet,* el aplicador está obligado a elegir una de las normas en conflicto que prevalecerá y que se aplique al caso.[49]

Pero existe aún otro asunto: ¿cómo se lleva a cabo la operación de la ponderación?[50] Como puede anticiparse intuitivamente, en la mayoría de los sistemas legales es posible encontrar *normas de regulación de la ponderación,*[51] como lo es la norma de proporcionalidad, que de alguna forma nos dice cómo ponderar.[52]

III. La proporcionalidad como norma de regulación de la ponderación

Como ya se señaló, la ponderación no es totalmente libre, ya que es una operación sujeta a reglas que determinan cómo debe llevarse a cabo.[53] La proporcionalidad es precisamente una norma que se centra en la norma de ponderación, es decir, la norma de proporcionalidad regula la forma de ponderación, dirigiendo esa operación y, en ese sentido, influyendo en el resultado que será logrado.

En relación con la estructura de la norma de proporcionalidad, es posible empezar señalando que puede ser traducida normativamente de la siguiente manera: 1) [el antecedente] *en todas las situaciones en las que*

---

[49] La ponderación pareciera ser subjetiva desde el sentido de *Guastini* y, por tanto, implica volver al momento de la ponderación en cada situación en la que dos normas chocaron en cierto caso, dado que las relaciones prevalecientes creadas son *movibles* y solo pueden ser utilizadas en dicho caso. Esto nos pone en una situación de "particularismo legal". Sin embargo, este particularismo puede ser mitigado. De hecho, se obtienen reglas de decisión de los resultados de la operación de ponderación. Estas reglas pueden ser utilizadas sin la necesidad de reabrir la ponderación para guiar la calificación deóntica en casos posteriores, en la eventualidad, de las propiedades *relevantes* del caso repitiéndolos (será, por supuesto, necesario identificar los criterios para determinar estas propiedades), lo cual sucede a menudo en la actividad judicial. Y esto significa que podemos evitar caer en un *particularismo radical.* Sobre el mismo tema, pero yendo más lejos, véase Moreso (2009, pp. 283-284). Véase también Martínez Zorrilla (2007, pp. 211 y ss. y 229 y ss.).

[50] Véase Martínez Zorrilla (2010, pp. 161 y ss.).

[51] Véase Duarte (2010, p. 59).

[52] Véase Martínez Zorrilla (2010, pp. 161 y ss.).

[53] La forma de realizarlo es contingente en las normas; puede variar obviamente de un sistema legal a otro.

existe la necesidad de elegir una norma que prevalezca y 2) *una relación medio-fin está involucrada,* [modalidad deóntica] el operador respectivo está *obligado* a [consecuencia] *elegir un medio que es* (1) *idóneo*, (2) *necesario* y (3) *proporcional en su sentido estricto.*[54]

Dicho esto, es importante analizar el antecedente y la consecuencia de la norma de proporcionalidad autónomamente, aunque sea de manera breve. Respecto al antecedente, en primer lugar, considerando la falta de especificidad de las condiciones de aplicación ("en todas las situaciones"), la norma de proporcionalidad es un principio. Además, como una de las condiciones de la aplicación es la necesidad de elegir una norma que prevalezca —que presupone la existencia de una situación de ponderación— esto significa que la proporcionalidad es aplicada cuando existe un tipo parcial-parcial de antinomia normativa. Sobre la condición que consiste en la relación medio-fin, como la consecuencia de la norma de proporcionalidad impone la obtención de un fin de una manera idónea, necesaria y ponderada, entonces, debe presuponer una relación entre el medio y el fin o fines previstos.[55] Es importante resaltar que la relación medio-fin puede ser encontrada en diversos campos, por ejemplo, en cuanto a la estructura del razonamiento en sí mismo.[56] Sin embargo, la aplicación de la proporcionalidad es limitada en aquellos casos en los que escoger una norma es necesario.[57]

En lo que concierne a los efectos de la proporcionalidad, la idoneidad se refiere a una prohibición de adoptar "medios que obstruyen la realización de, por lo menos, un principio sin promover algún principio o meta para

[54] Sobre idoneidad, necesidad y proporcionalidad en su sentido estricto, véanse, entre otros, Alexy (2010, pp. 66 y ss.), Alexy (2003a, pp. 131 y ss.), Clérico (2009, pp. 163 y ss.) y Bernal Pulido (2007, pp. 763 y ss.).
[55] Véase Duarte (2006, pp. 634-635).
[56] Véase, por ejemplo, Hughes y Esterline (2006, pp. 83 y ss.).
[57] Es importante señalar que la ponderación impuesta por la proporcionalidad es su estricto sentido sobre los medios, también presupone la necesidad de, por lo menos, dos normas o medios en conflicto. Es decir, pareciera que la idea de ponderar en este contexto necesariamente presupone una relación tripartita entre un medio, un fin y una norma o razón en conflicto, como sucede precisamente con las restricciones de las normas de los derechos fundamentales.

el que fueron adoptados"; la necesidad requiere, respecto a las normas en conflicto, "que de dos medios promovidos que son, hablando en general, igualmente idóneos, debe ser el elegido el que interfiere menos intensamente"; y la proporcionalidad en su sentido estricto requiere que "cuanto mayor sea el grado de insatisfacción de, o detrimento de, una [norma], mayor será la importancia de satisfacer la otra".[58]

Se deben considerar dos aspectos más respecto de los dos primeros efectos mencionados. Sobre la idoneidad, se debe señalar que, desde una perspectiva analítica, lo que realmente se está haciendo con esta prueba es observar si existe un conflicto entre dos normas constitucionales.[59] De hecho, la obligación de perseguir otro principio o fin como justificación para la restricción, simplemente significa que este paso es sobre todo usado para la identificación de un conflicto constitucional.[60] Si no existe antinomia, la medida que se pretende adoptar es inconstitucional, pues entra en conflicto con una norma constitucional que es jerárquicamente superior. Aún así, se determinará en qué medida el medio elegido satisface la norma respectiva[61] y esta información será útil en los siguientes pasos, como en el paso de la necesidad.[62]

Finalmente, respecto a la necesidad, uno determina dentro de esta prueba si existen otros medios que son de igual manera técnicamente idóneos para el fin respectivo y, si los hay, los medios son comparados tanto en la eficiencia con la que cumplen (satisfacen) su fin, como en la intensidad de la restricción que causan. También es importante resaltar que la información reunida en este texto puede ser usada en la ponderación final —para evaluar si una compresión causada por un medio es excesiva en

[58] Refiriéndose solo a principios, véase Alexy (2003a, pp. 135).
[59] Tomando en cuenta esto e indicando la irrelevancia de la idoneidad dentro del análisis de proporcionalidad, véase Martins (2016, pp. 450 y ss.).
[60] Su utilidad puede también observarse en relación con la operación subsuntiva que debe llevarse a cabo; no todos son casos fáciles en los que es inmediatamente posible determinar que un medio sirve para perseguir un fin.
[61] En cierta medida, se está evaluando el grado de eficiencia de los medios elegidos.
[62] Véase Clérico (2009, pp. 104 y ss.).

cierto caso, puede ser importante analizar los otros medios disponibles—. En cierta medida, el análisis permite evaluar precisamente la ponderación entre la norma que requiere satisfacción y la norma que está siendo restringida a la luz de un mandato de "arreglo práctico" *(praktische Konkordanz)* entre esas dos normas.

C. La proporcionalidad en su estricto sentido y la operación de medición

I. Aspectos generales

Dentro de la proporcionalidad en su sentido estricto, una ponderación es impuesta entre el grado de comprensión de una norma y el grado de satisfacción de la norma en conflicto. Como ya se mencionó, en el contexto de la resolución de una antinomia normativa entre dos normas constitucionales (N1 y N2) y, considerando una restricción particular en N1, es con esta prueba que se puede apreciar si una restricción debe ser rechazada, prevaleciendo N1 o, si la restricción debe ser permitida, prevaleciendo N2.

Sin embargo, y esto es importante, la proporcionalidad, en su sentido estricto, solo impone la ponderación del medio, pero no establece lo que es un medio ponderado ni da criterios para determinarlo. Por ello, se presupone la necesidad de determinar la ponderación o desequilibrio del medio elegido y, esto es lo que requiere la necesidad de una operación para medir la intensidad de la restricción impuesta a una norma particular de derechos fundamentales.

A continuación, se dará luz sobre el concepto de restricción y se analizará más de cerca la fórmula del peso y el problema de inconmensurabilidad. Después, se hará un pequeño recorrido a través de la filosofía de la medición, se presentará una reconstrucción de la fórmula del peso y se terminará este documento con una búsqueda de criterios para guiar al juzgador en la asignación de valores a la intensidad de la restricción impuesta a una norma de derechos fundamentales.

Contrario a lo que usualmente se argumenta, las normas de derechos fundamentales son normas como cualquier otras, aunque tienen una particularidad: son calificadas constitucionalmente como normas de derechos fundamentales.[63 y 64] Esto quiere decir que su característica distintiva es ser normas superiores: si entran en conflicto con normas inferiores, éstas prevalecerán (como ya se vio, dada la existencia de la regla de jerarquía). Desde una perspectiva estructural, éstas tienen todas las características de una norma, como se mencionó anteriormente.[65] Por ello, como en el caso de toda norma, las normas de derechos fundamentales también están compuestas de un antecedente, una modalidad deóntica y una consecuencia.

Ahora es importante dirigirse al concepto de *restricción*. De manera amplia, se puede definir a la restricción como una limitación a "los intereses protegidos constitucionalmente (libertades, estado de las cosas, posiciones legales ordinarias) y posiciones *prima facie* protegidas por los derechos constitucionales",[66] asumiendo que el derecho fundamental es una cosa y la limitación de ese mismo derecho es una cosa diferente.[67] Pero, de acuerdo con la convención científica que se adopta en este documento, es posible definir una restricción como el efecto de una norma o decisión (judicial o administrativa) que reduce el alcance de la aplicación de una norma particular de derechos fundamentales. Por el contrario, el restringir un derecho fundamental significa, simplemente, comprimir el antecedente de la norma respectiva.[68] Esto también muestra que las restricciones a las normas de derechos fundamentales son un tipo espe-

[63] No obstante, se puede decir que son *normas primarias* y asignan *situaciones legales de ventaja*. Véase Duarte (2006, pp. 728 y ss.).
[64] Algunos autores consideran que la naturaleza distintiva de los derechos fundamentales es su consagración dentro de las normas de principios. Sin embargo, la verdad es que también pueden existir normas de derechos fundamentales que son reglas o principios que pueden ser encontradas en leyes ordinarias. En el mejor de los casos, se puede argumentar que la mayoría de los derechos fundamentales son principios; es decir, la diferencia es meramente cuantitativa.
[65] En la misma forma, por ejemplo, Bernal Pulido (2007, pp. 83 y ss.).
[66] Véase Alexy (2010, p. 181).
[67] Esto es lo que argumenta la llamada "teoría externa" de restricciones. Sobre teorías externas e internas, véanse Borowski (2007, pp. 202 y ss.) y Borowski (2003, pp. 66 y ss.).
[68] Véase Duarte (2006, pp. 772 y ss.).

cial de derrotabilidad, puesto que una norma aplicable *prima facie* termina, *considerando todas las cosas,* no siendo aplicada al caso particular.

Como se ha visto, el antecedente de la norma está compuesto por un conjunto de condiciones de aplicación que definen las situaciones en las que las normas aplican concretamente. Una restricción significa que —aunque las condiciones de aplicación respectivas se cumplen— la norma de derechos fundamentales en juego no es aplicada al caso. Para ilustrar esto, la norma de libertad de prensa puede ser traducida como sigue: "*Si existe una oportunidad de expresión de la prensa* [c1 v c2 v cII], *entonces existe un permiso para hacerlo*". Si el Parlamento aprueba una ley por medio de la cual se prohíbe a la prensa reportar ataques terroristas, entonces se está frente a una compresión de las condiciones de aplicación de la norma constitucional en juego.

II. El significado de la ponderación de la proporcionalidad y el problema de inconmensurabilidad

Por la brevedad del presente estudio, solo es importante hacer una pequeña nota sobre la proporcionalidad en su sentido estricto (a menudo conocida también como ponderación o pesaje). En particular, esta consecuencia de la proporcionalidad tiene como resultado una imposición que, cuando se aplica a la norma (N1) con una justificación para satisfacer otra norma (N2), una restricción de N1 es ponderada a la luz de la satisfacción de N2. La "ley de ponderación" de Alexy apunta justo a esta dirección: "*Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción de, o detrimento de, un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer a la otra*".[69] Debe señalarse que esta ley no presenta o intenta presentar un "material rector" para resolver el conflicto, sino, más bien, introduce un "procedimiento de justificación de la decisión", presentándose como un verdadero "modelo de justificación".[70]

[69] Véase Alexy (2003b, pp. 436 y ss.).
[70] Haciendo posible, por lo tanto, racionalizar el pensamiento legal. Véase Clérico (2009, pp. 196-197).

En cualquier caso, ninguna de estas consideraciones da guía efectiva sobre cómo ponderar y es aquí donde la fórmula del peso puede ayudar.[71] Esta fórmula es un tipo de instrumento de medición con el cual uno lleva a cabo una operación de medición de la intensidad de la compresión impuesta a ciertas normas (como a los derechos fundamentales). Esta operación también presupone un análisis de las propiedades relevantes del caso para determinar la norma que debe prevalecer en un cierto caso. Usualmente, tres variables diferentes son consideradas para establecer la prevalencia entre las normas en conflicto: 1) el peso abstracto de las normas en colisión (W), 2) la intensidad de interferencia en esas normas (I) y 3) la fiabilidad de supuestos empíricos y normativos (F).[72] Por el bien de la comparación, tres tipos de intensidad pueden ser asignados a las variables enlistadas en relación con cada norma en conflicto: 1) leve, 2) moderada y 3) grave.[73] Aquí, el problema principal se refiere a la determinación y asignación de valores a estas variables —¿cuáles son los criterios?— En el presente trabajo solo se abordarán las primeras dos variables.

Respecto al peso abstracto, el cual implica la atribución de peso a cada una de las normas de los derechos fundamentales independientemente del caso concreto —y en esa medida exige que su importancia se determine en el contexto del sistema legal respectivo—, se debe hacer hincapié en su cuestionabilidad, ya que pareciera que implica una forma

[71] Sobre la fórmula del peso, véase Alexy (2003b, pp. 433 y ss.); y, por ejemplo, véanse también Sieckmann (2012, pp. 85 y ss.), Sieckmann (2011a, pp. 189 y ss.) y Bernal Pulido (2006, pp. 101 y ss.).

[72] La notación de la fórmula puede expresarse de la siguiente forma: $W_{N1/N}2C= (I1\ W1\ R1) / (I2\ W2\ R2)$. Mediante el uso de esta fórmula, se pretende esencialmente ilustrar la estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo matemático. '$W_{N1/N2}C$' representa el peso concreto de N1, es decir, el peso de N1 en las circunstancias concretas del caso en juego (C) en relación con N2, las normas en colisión. 'I_1'($I_{N1}C$) representa la intensidad de la interferencia (restricción) en N1 de acuerdo con el medio o la medida *M* cuya proporcionalidad debe ser considerada.

[73] Por un lado, esta escala puede ser compleja y, por el otro lado, es posible asignar valores numéricos a las intensidades (aunque eso sería innecesario): 1) leve – 1, 2) moderada – 2, 3) grave – 4. Véase Alexy (2003b, p. 445). También vale mencionar que la fiabilidad de los supuestos relacionados con el significado de cierta medida *M* para la no-realización de N1 y la realización de N2 en circunstancias del caso específico. A su vez, en el caso de fiabilidad, las intensidades y los valores respectivos a asignar son diferentes: 1) confiable - 1, 2) plausible - 0.5, 3) no evidentemente falso - 0.25. Sobre lo último, véase, por ejemplo, Klatt y Meister (2012a, pp. 111 y ss.).

(posiblemente axiológica) de jerarquía cuya base normativa es altamente dudosa, si no es que inexistente.[74] Sin embargo, este peso abstracto puede ser reinterpretado como "peso abstracto relativo": es el peso asignado a cada norma en conflicto.[75] Los criterios para determinar el peso relacional abstracto pueden ser los siguientes tres:[76] 1) la fuerza de los intereses que respaldan a cada una de las normas en conflicto, 2) otras normas que respaldan cada una de las normas en conflicto[77] y 3) la existencia de decisiones previas estableciendo relaciones de preferencia entre las normas en conflicto.[78]

Respecto a la intensidad de la interferencia, esta variable involucra determinar la intensidad de la compresión impuesta por un medio a una norma de derechos fundamentales y determinar la intensidad correlativa de la intensidad de la compresión en el derecho en conflicto, si el uso del medio no está permitido.

El resultado de la ecuación de la fórmula del peso da "el peso concreto" de las normas en conflicto.[79] Es un "peso relacional relativo", el cual naturalmente varía a la luz de las circunstancias relevantes que constituyen un caso particular.[80] El caso es resuelto de acuerdo con la solución es-

[74] Véase, por ejemplo, Moreso (2009, p. 312)
[75] Se puede preguntar si esta interpretación es suficiente para resolver el problema, pero esta pregunta no será abordada en este documento.
[76] Sieckmann menciona estos tres criterios para determinar un peso abstracto, aunque también puede sugerir que el peso abstracto es, de alguna forma, relativo, incluso si es diferente, y se conecta también con el peso relacional (véase Sieckmann 2012, pp. 100 y ss.). Sin embargo, el primer y tercer criterio pueden ser tratados como subcriterios del segundo, véase Clérico (2009, pp. 221-222).
[77] Puede implicar una combinación de normas de principios materiales o formales (en ese sentido, véase Clérico, 2009: 222 y ss.). Considere situaciones donde la instrumentalización humana también afecta el derecho a la vida y después piense en el ejemplo de la norma de libertad de expresión que está, en cierta forma, respaldada por el principio formal de democracia. Sobre el tratamiento de principios formales como un tipo de razón normativa que añade peso extra a los principios materiales en colisión, véase Borowski (201, pp. 19 y ss.).
[78] Si es posible concluir que un cierto derecho fundamental usualmente prevalece sobre otro, es posible decir que su peso relacional abstracto es superior. De hecho, Sieckmann considera que, basado en esta conclusión, puede ser posible evaluar la existencia de un peso abstracto mayor (véase Sieckmann, 2012, p. 97).
[79] Véase Alexy (2007, pp. 59-60).
[80] Sobre este concepto, aunque no en términos totalmente coincidentes, véase Sieckmann (2012, pp. 96-97).

tablecida por la norma que tiene el mayor peso asegurado/factual en la relación en conflicto respectiva y la modalidad deóntica del caso específico será determinada por la norma prevaleciente.[81] Por ejemplo, si N1 (dignidad humana) prohíbe la conducta **Φ** (dispararle a un avión) y N2 (derecho a la vida) permite la conducta **Φ**, entonces si N1 prevalece en las circunstancias *y* (aquellas que constituyen el caso bajo análisis) sobre N2, el resultado de la ponderación es traducida como sigue: *en las circunstancias* y*, está prohibido* **Φ** (Cy→Ph **Φ**).

1. La objeción de inconmensurabilidad

El uso del método de ponderación en el derecho público ha sido frecuente en los últimos 50 años[82] de una forma tan abrumadora que autores como Leiser han declarado satíricamente que el Estado de derecho ha sido reemplazado por el "Estado del Pesaje".[83] Sin embargo, se han hecho diversas críticas a este método, las cuales se pueden organizar en tres grupos:[84] a) la irracionalidad del pesaje dado: 1) la indeterminación conceptual, 2) la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los objetos que son pesados, 3) la imposibilidad de predecir los resultados del pesaje y 4) la relación entre las objeciones contra el pesaje; b) *teoría de principios, democracia* y *Estado de derecho*: 1) violación de los principios democráticos y 2) violación al Estado de derecho y c) la teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional: 1) la imposibilidad de encontrar parámetros constitucionales capaces de determinar objetivamente el uso del método, subjetivismo, intuicionismo y arbitrariedad,[85] 2) transferencia

[81] Si valores numéricos han sido asignados a las diferentes intensidades de cada variable, la restricción es permitida cuando el valor que resulta de la ecuación es mayor que 1 (si es igual a 1, sin embargo, hay un estancamiento, con Alexy considerando que en este caso la autoridad normativa tiene discrecionalidad). Véanse, por ejemplo, Alexy (2007, pp. 64-65) y Alexy (2010, pp. 394 y ss.).
[82] Su predominio apareció por la *Liith Ruling*. Véase Schlink (1976, pp. 17 y ss.).
[83] Véase Novais (2010, p. 640).
[84] Véase Bernal Pulido (2011, pp. 228 y ss.). Siguiendo a Jestaedt se pueden enlistar las debilidades (o ganarse críticas) de la ponderación como: 1) lógica circular de la justificación de los principios; 2) la resolución de conflictos más allá de la ponderación; 3) *problemas con "estándares del caso-específico*"; 4) "punto cero de la doctrina legal"; 5) "constitucionalización" del sistema legal; 6) la subsunción como una alternativa y, 7) la desaparición de la discreción legislativa. Véase Jestaedt (2012, pp. 159 y ss.).
[85] Véase Novais (2010, p. 640).

ilegítima de los poderes legislativos a los tribunales,[86] 3) disolución de los controles típicos del Estado de derecho 4) corrosión de la fuerza normativa de la constitución[87] y 5) nivelación e indiferenciación de los derechos fundamentales, tiranía de los valores y fórmula vacía. En breve, la ponderación en el campo de los derechos fundamentales ha recibido todo tipo de críticas.

En este estudio, sin embargo, no se abordarán todas estas críticas. Como se ha tratado de demostrar, el uso de la ponderación, aun si causa serios problemas, es *inevitable,* dado que no hay reglas para resolver ciertos conflictos normativos y los tribunales están obligados, por difícil que sea esa tarea, a resolver todos los conflictos de normas de derechos fundamentales presentados ante ellos. Y estas "áreas de ponderación" necesariamente significan discrecionalidad por parte de los tribunales —el verdadero problema reside en determinar los límites de esa discrecionalidad—.

La racionalidad de la ponderación también recae en el hecho de que "su estructura reconoce los límites de su propia racionalidad".[88] Aunque se está consciente de los problemas de esta metodología, se considera que la solución recae en el uso de estrategias razonables y prácticas para racionalizar los procedimientos de ponderación para reducir el intuicionismo que lo caracteriza y para tomar ventaja, tanta como sea posible, de su razonamiento flexible.[89] Como Assenbül lo propone, no es posible arrepentirse de las debilidades de un procedimiento que es inevitable, pero se debe buscar racionalizar progresivamente su uso.[90] Por lo tanto, se deben emitir juicios de ponderación sobre "estándares objetivos de racionalidad", por ejemplo, poniéndolos en fórmulas lógicas o matemáticas.[91]

---

[86] Entre otros, véanse Böckenförde (1992, pp. 159 y ss.), Poscher (2003, p. 83) y Jestaedt (2012, pp. 159 y ss.).
[87] Véanse, por ejemplo, Habermas (2010, pp. 326 y ss.), Scherzberg (1989, p. 176) y Stern (1994, pp. 501 y ss.).
[88] Véase Bernal Pulido (2011, pp. 234-235).
[89] Manteniéndose cerca de esta idea, véase Möller (2012a, p. 137).
[90] Véase Ossenbül (1998, p. 96).
[91] Véase Jansen (2011, p. 52). No obstante, se considera que recurrir a este tipo de fórmulas no significa necesariamente una racionalidad objetiva.

Sin embargo, es importante regresar un poco y cuestionarse lo que esta ponderación realmente significa: ¿cómo se pesan las normas de derechos fundamentales? Se ha estado hablando más o menos de la "ponderación" y del "pesaje" como conceptos interdefinibles, pero ¿son la misma cosa? Y, ¿es ésta la mejor descripción de la actividad de los tribunales en este contexto?

Ahora se echará un vistazo más profundo a la crítica sobre inconmensurabilidad antes mencionada —para algunos, la crítica más efectiva a la proporcionalidad—[92] por su importancia para el propósito de este artículo.

Este argumento sobre inconmensurabilidad impugna el supuesto de la existencia de una métrica común como base de la ponderación.[93] De hecho, la existencia de la inconmensurabilidad, en este caso, se refiere al hecho de que las constituciones no proporcionan una jerarquía entre los derechos fundamentales o una forma común de medir entre ellos.[94] Como lo argumenta Tsakyrakis, la metáfora de la ponderación "no menciona cómo varios intereses se pesarán y este silencio tiende a ocultar la imposibilidad de medir valores inconmensurables".[95] Como lo han señalado Klatt y Meister,[96] este argumento tiene dos variantes: 1) una apunta al hecho de que "nuestro universo moral incluye ideas que no son susceptibles de calificarse",[97] 2) la otra desafía la suposición de que los intereses son "finalmente reducibles a una métrica compartida" y que "una vez traducidos a este estándar común, pueden ser medidos uno contra el otro".[98]

Respecto a la primera variante de críticas, Klatt y Meister argumentan, por un lado, que "la ponderación funciona siempre y cuando sea posible

[92] Véase Tsakyrakis (2009, p. 471).
[93] Por ejemplo, véanse Aleinikoff (1987, pp.972 y ss.) y Zucca (2007, pp. 55 y ss.).
[94] Véase Raz (2001, p. 46).
[95] Véase Tsakyrakis (2009, p. 471).
[96] Véase Klatt y Meister (2012a, pp. 59 y ss.).
[97] Véase Tsakyrakis (2009, p. 471).
[98] Véase Tsakyrakis (2009, p. 475).

asignar pesos con la ayuda de la escala triádica de Alexy de 'leve, moderado y grave'. Es suficiente clasificar a los principios en colisión ordinalmente en lugar de cardinalmente"[99] y, por el otro lado, la imposibilidad de cuantificar no es razón para rechazar la capacidad del uso de estos principios, sino la razón determinante para el uso de la escala triádica.[100]

Se está de acuerdo con el primer argumento; es posible ponderar si se puede asignar pesos (u otras magnitudes) a las normas en conflicto con la ayuda de la escala triádica, pero esto pareciera que presupone la posibilidad de cuantificar o, por el contrario, medir. Con esto, el segundo argumento parece contraintuitivo; la imposibilidad de cuantificar es la razón para recurrir a la escala triádica. Pero ¿recurrir a la escala triádica —la cual es parte del instrumento para medir la intensidad de las restricciones a las normas— no implica necesariamente la posibilidad de cuantificar? O es posible (más o menos) cuantificar —incluso si surgen problemas en la justificación de los valores asignados— o no es posible cuantificar. Una cosa no surge lógicamente de la otra. Pareciera, por tanto, ser un *non sequitur.*

La segunda objeción de inconmensurabilidad es que presuntamente no existe una escala común para comparar diferentes normas. Una vez más, en palabras de Tsakyrakis, se está frente a "la imposibilidad de medir valores inconmensurables mediante la introducción de la imagen de una métrica común mecánica y cuantitativa".[101] El punto es que la comparación requiere la existencia de una escala común, la cual no existe. Sin embargo, es posible distinguir entre una versión fuerte y una débil de esta crítica; de acuerdo con la crítica débil,[102] incluso si no hay escala común para todos los principios, es posible establecer relaciones de preferencia

[99] Véanse Griffin (1997, p. 35) y Silva (2011, p. 283).
[100] En palabras de Alfonso da Silva: "Es exactamente en los casos que involucran valores o derechos inconmensurables (en el sentido fuerte) que, a fin de que estos sean decididos racionalmente, se requiere tanto la comparación como la ponderación". Véase Silva (2011, p. 282).
[101] Véase Tsakyrakis (2009, p. 475).
[102] Véase Waldron (1994, p. 816).

entre los principios mediante argumentos racionales. El problema pareciera recaer en el hecho de que los argumentos serían morales, pero la proporcionalidad es supuestamente neutral.[103] Pero no se ve el problema: de manera específica, respecto a la fórmula del peso, la asignación de los valores a la magnitud de la intensidad naturalmente depende de una teoría de la razón práctica, la cual básicamente consiste en la *justificación externa*.[104] Dicho lo anterior, no pareciera haber un problema en establecer una escala común.[105]

Alfonsa da Silva, aprovechando los desarrollos recientes de la teoría general de la razón práctica,[106] ha demostrado con lucidez que ni la inconmensurabilidad fuerte ni la débil excluyen a la ponderación, dado que se debe hacer una distinción entre inconmensurabilidad e incomparabilidad.[107] Esta distinción se basa en el tipo de escala que es usada en la ponderación. La ponderación requiere una clasificación ordinal, asegurando la comparabilidad y no depende de una clasificación cardinal, lo que garantizaría conmensurabilidad.[108]

En este trabajo se considera que las críticas a la inconmensurabilidad no pueden ser respondidas adecuadamente, y así superarse, si no se entiende completamente qué es lo que está en juego. La función de la ponderación y la proporcionalidad es resolver conflictos normativos, lo cual implica el establecimiento de relaciones de prevalencia entre normas. Sin embargo, no se debe olvidar que los conflictos normativos constitucionales tienen una característica específica que los distingue del resto: son causados por la restricción de una norma constitucional. La proporcionalidad, que regula la ponderación, por lo tanto, impondrá medir la intensidad de la restricción prevista por las autoridades normativas. Y, es

[103] Véase Tsakyrakis (2009, p. 475).
[104] Sobre este concepto, entre otros, véase Weóblewski (1971, pp. 409 y ss.).
[105] De manera similar, véase Klatt y Meister (2012a, p. 62).
[106] Véanse Chang (1998, pp. 1 y ss.) y Griffin (1997, pp. 35 y ss.).
[107] Véase Silva (2011, pp. 282).
[108] Véase Chang (1998, p. 1).

por el resultado de esta operación de medición que se sabe si el medio previsto es ponderado y, consecuentemente, alcanza la prevalencia de una u otra de las normas en conflicto.

Esto significa que se está lidiando con un fenómeno de medición ampliamente estudiado en la filosofía de la ciencia. En cualquier caso, es importante mencionar que la idea de medición en el contexto normativo presupone que las propiedades del objeto de medición —la norma— en realidad permiten la medición (en la que se puede, por ejemplo, recurrir al *fisicalismo*)[109] o, si esa hipótesis es rechazada, que la medición no es más que una metáfora. Sin embargo, si sólo es una metáfora, entonces no se convierte particularmente en menos importante, dado su poder para describir el fenómeno.[110] La respuesta a muchas de las críticas abordadas, particularmente respecto al papel de la proporcionalidad en este contexto, no prescinde de un estudio del problema filosófico de medición. Al contrario.

III. Midiendo la intensidad de las restricciones

La solución al problema de la inconmensurabilidad puede ser vislumbrado si se recuerda que, como Endicott enfatiza, "los tribunales a menudo tienen que lograr hazañas imposibles" como sucede en la ley extracontractual cuando los jueces deben, por ejemplo, determinar la compensación por daños civiles y determinar sanciones concretas".[111] Adicionalmente, el entendimiento analítico de la proporcionalidad en su sentido estricto, presuponiendo una *operación de medición* de la intensidad de las restricciones a las normas de derechos fundamentales, impone una incursión en la filosofía de la ciencia. Y, como se verá, se han

[109] El fisicalismo es la tesis que establece que todo es físico o, como algunos filósofos a veces lo expresan, que todo sobreviene de lo físico. Véase, por ejemplo, Stoljar (2016).
[110] Sin embargo, no se abordarán estas preguntas aquí.
[111] Véase Endicott (2014, pp. 323 y ss.). Sin embargo, en desacuerdo, véase Urbina (2017, pp. 73 y ss.).

presentado muy buenas razones en este campo para descartar la crítica de la inconmensurabilidad.

Ahora, se realizará un pequeño viaje a través de la filosofía de la medición, un campo de la filosofía de la ciencia. Con esto se pretende, por un lado, superar completamente la crítica de la inconmensurabilidad y, por el otro lado, hacer explícito un modelo abstracto de medición de la intensidad de las restricciones a las normas de derechos fundamentales, lo cual es esencial para determinar las normas aplicables en situaciones de conflictos constitucionales.

La medición es un fenómeno ubicuo estudiado en la filosofía de la ciencia y tiene una enorme importancia en la vida diaria de todos. Sin embargo, no existe consenso en la definición del concepto en términos de cuáles son las cosas medibles y bajo qué condiciones es posible la medición.[112] Respecto a los conflictos normativos y, más específicamente, los conflictos de normas de derechos fundamentales, también surge la pregunta de medición: ¿la medición tiene un papel en la determinación de las restricciones de los derechos fundamentales y, por tanto, en elegir la norma aplicable en un caso? Por el contrario, en este contexto es importante entender en qué medida las críticas sobre la inconmensurabilidad tienen sentido y si es posible medir la intensidad de las restricciones de la norma, entonces cómo puede hacerse esta medición.

Dentro de la filosofía de la medición, es posible identificar diversas teorías, como la matemática, la operacionalista y convencionalista, la realista, la teoría de la información y la basada en modelos.[113] Sin embargo, este estudio no tiene como objetivo analizar todas estas teorías (las cuales no se excluyen necesariamente unas a otras), sino que simplemente se busca comprender hasta qué punto pueden mostrar la posibilidad de medir la

[112] Véase Tal (2017).
[113] Sobre estas teorías, véanse, por ejemplo, Tal (2017), Chang y Cartwright (2014, pp. 411 y ss.) y Trout (2001, pp. 265 y ss.).

intensidad de las restricciones a las normas de derechos fundamentales y, además, cómo puede hacerse dicha medición.

Para empezar, en un sentido simple y amplio, se puede definir la *medición* como un método para asignar números a las magnitudes.[114] Por tanto, este procedimiento vincula un número a una cantidad para estimar la magnitud de esa cantidad. A su vez, la cantidad es típicamente una propiedad de una configuración física, tal como la longitud y el peso, y determina una función que aplica a un dominio o clase de objetos.[115] Asimismo, como lo menciona Helmholtz,[116] esta operación permitirá ordenar las respectivas magnitudes de las más pequeñas a las más grandes, como en el caso de la longitud.[117] Por el contrario, se puede determinar y expresar el valor de una cantidad siempre y cuando se puedan *describir* las relaciones cuantitativas entre dos o más objetos —por ejemplo, las relaciones cuantitativas pueden ser expresadas con "más grande que", "menos que" o "igual a", y estas relaciones permiten que se incluyan otras relaciones cuantitativas, como lo son "más lejos que", "más bajo que" o "tan pesado como". Es de particular relevancia para el presente trabajo el hecho de que incluso si se tienen criterios para medir, todavía se necesita un *instrumento* para medir.[118] Consecuentemente, un instrumento de medición es también esencial en el campo normativo, como parece ser la fórmula del peso.

Esta definición, sin embargo, plantea algunas preguntas: ¿qué asignaciones son adecuadas y bajo qué condiciones se pueden medir?[119] Por tanto, se puede preguntar también si solo los números son adecuados para expresar magnitudes, por ejemplo, ¿es posible medir magnitudes sin números?

---

[114] Véase Tal (2017).
[115] Véase Trout (2001, p. 265).
[116] Véase Von Helmholtz (1930, p. 17).
[117] Sobre la definición de medición, véase también Russell (1996, p. 176).
[118] Destacando la importancia de los instrumentos, véase Trout (2001, p. 265).
[119] Véase Tal (2017).

La distinción entre la medición *fundamental* y la *derivativa* puede ayudar a responder esa pregunta. De hecho, la aditividad no es una condición necesaria para la medición. Existen algunas magnitudes que permiten ordenar de lo más pequeño a lo más grande, pero cuyas proporciones y/o diferencias no pueden determinarse en la actualidad, excepto mediante sus relaciones con otras magnitudes fundamentalmente medibles[120] —éstas pueden ser medidas directamente ("medición derivada")—. Un buen ejemplo es la *temperatura,* la cual puede ser medida determinando el volumen del mercurio en un tubo.[121]

Finalmente, es importante tener en mente que, como Max Weber señaló, la medición tiene problemas especiales en relación con las ciencias sociales. A diferencia de lo que pasa en las ciencias físicas, su objetivo es ayudar a entender la conducta de los factores en los que estamos interesados —como la intensidad de las restricciones de la norma— la cual puede que no aparezca en leyes estrictas o sea medible de modo exacto. Aceptar esto —y su inevitabilidad— también significa que se debe aceptar que en las ciencias sociales las mediciones a menudo no son libres de valores, a pesar de hacer el mejor esfuerzo.[122] Del mismo modo, lo que es importante es crear procedimientos e instrumentos de medición que hagan posible reducir la subjetividad tanto como sea posible (por lo menos si no estamos lidiando con casos de discreción pura o total).

En segundo lugar, vale la pena mencionar las *escalas de medición.* Con base en Stevens es posible distinguir entre cuatro tipos de escalas:[123] 1) las escalas nominales representan objetos como parte de clases que no tienen un orden particular (por ejemplo, hombre y mujer); 2) las escalas ordi-

[120] Véase Tal (2017).
[121] Adicionalmente, aún si se consideran a las propiedades físicas como cantidades numéricas susceptibles de medición, la verdad es que existen innumerables conceptos físicos que se consideraban cualidades a las que no se les podía agregar un número. Por ejemplo, hasta el siglo XIV, la mayoría de los académicos consideraban la velocidad como una cualidad incuantificable. Véase Chang y Cartwright (2014, p. 414). Y no se debe olvidar que nuevos procedimientos de medición tienden a mejorar la precisión de los antiguos.
[122] Véase Chang y Cartwright (2014, pp. 416 y ss.).
[123] Véanse Stevens (1946, pp. 677-680) y Stevens (1951, pp. 1-49).

nales representan orden, pero no más estructura algebraica (por ejemplo, la escala de Mohs, sobre la dureza de los minerales, representa a estos últimos con números que van del 1 [más suave] al 10 [más duro], pero no existe significancia empírica a la igualdad entre intervalos o proporción de esos números); 3) las escalas de intervalos representan unidades igualmente espaciadas a lo largo de la escala sin un punto cero predefinido (por ejemplo, los grados Celsius y Fahrenheit que representan igualdad o desigualdad entre los intervalos de temperatura, pero no la proporción de temperatura, pues sus puntos cero son arbitrarios y, 4) las escalas de razón representan unidades igualmente espaciadas a lo largo de la escala con un verdadero punto cero (por ejemplo, las escalas representando masa en kilogramos, longitud en metros y duración en segundos).[124 y 125]

A pesar del éxito que obtuvo Stevens con su clasificación de las escalas, había una objeción importante que es relevante para el presente documento: ¿las operaciones de clasificación y ordenamiento merecen ser llamadas operaciones de "medición" y la representación de las magnitudes en escalas nominales y ordinales cuenta como medición?[126] Físicos, como Campbell, han argumentado que las operaciones de clasificación y ordenación no proveen una estructura suficientemente rica para garantizar el uso de números y, por tanto, no deben contar como operaciones de medición.[127]

Sin embargo, Stevens argumenta que cualquier asignación "consistente" y "no aleatoria" cuenta como medición en un sentido amplio. En casos útiles de investigación científica, la medición puede ser construida de

[124] Más tarde Stevens refinó su clasificación e hizo la distinción entre las escalas de intervalos lineales y logarítmicas y entre escalas de razón con y sin una unidad natural. Véase Stevens (1959, pp. 31 y ss.).
[125] El intervalo y la razón son "escalas cardinales".
[126] Véase Tal (2017).
[127] Véase Campbell (1940, p. 347). Respecto al ejemplo de la mensurabilidad de la sensación, se probó que las intensidades de la sensación pueden ser ordenadas consistentemente, pero la pregunta sigue siendo si el orden solo justifica el uso de relaciones numéricas, como sumas y razones, para expresar resultados empíricos.

modo un poco más estrecho como la asignación de un número que está basado en los resultados de operaciones emparejadas, como el acoplamiento de la temperatura con el volumen del mercurio o la coincidencia de sensaciones entre sí. Por tanto, las escalas de medición deben ser consideradas como "esquemas arbitrarios formales" y adoptadas de acuerdo con su "utilidad para describir datos empíricos". Por ejemplo, adoptar una escala de razón para medir la sensación del ruido, volumen y densidad de los sonidos conduce a la formulación de una relación lineal simple entre los reportes de los sujetos experimentales: ruido = volumen ? densidad. Dicha asignación de números a las sensaciones cuenta como una medición, ya que es consistente y no aleatoria, está basada en las operaciones de emparejamiento desempeñadas por los sujetos experimentales y captura regularidades en los resultados del experimento.

La proporcionalidad en sentido estricto y, más específicamente, la fórmula del peso de Alexy son buenos ejemplos de lo que se acaba de exponer. La fórmula del peso provee un procedimiento racional y no aleatorio en el que se asigna un valor a la intensidad de cierta restricción a la norma, con el objetivo de justificar externamente la actividad de ponderación judicial.[128] Por tanto, es un tipo especial de medición normativa.

Las cuentas de medición "basadas en modelos" son de especial importancia para este documento —en el que se intenta mostrar cómo puede ser medida la intensidad de las restricciones a las normas de derechos fundamentales— precisamente porque hacen posible el crear un modelo de medición aplicable a este caso especial de medición normativa.

[128] Con una perspectiva diferente, pero con una conclusión similar, Sartor argumenta "que los humanos tienen una capacidad intuitiva básica, y en gran parte innata —aunque mejorable con entrenamiento y experiencia— para el razonamiento cuantitativo no-simbólico. Esta capacidad incluye no solo evaluar y comparar magnitudes, sino también realizar con esas magnitudes operaciones matemáticas aproximadas: sumas, restas, proporciones, multiplicaciones y divisiones e incluso diferenciación e integración aproximadas. Asimismo, se acepta que esta capacidad está involucrada en la evaluación de los impactos en los valores". Y también establece —como se ha señalado, que no existe necesidad de la cuantificación numérica— que "para comprometerse en este tipo de razonamiento cuantitativo intuitivo y *analógico,* no se requiere traducir cantidades en números mediante la medición, la cual es una habilidad que solo los humanos poseen, y en muchos dominios solo después de una escolarización adecuada. Solo confiamos en nuestra apreciación intuitiva de las cantidades involucradas y sus relaciones". Véase Sartor (2013, pp. 1432).

De acuerdo con las cuentas basadas en modelos, la medición tiene como objetivo asignar valores a los parámetros que garanticen que el modelo satisface unas ciertas desideratas epistémicas, especialmente *coherencia* y *consistencia*.[129] La ventaja de estas cuentas se relaciona con el hecho de que, además de construir la escala, también es importante definir los parámetros de medición, el diseño y calibración del instrumento, muestreo y preparación de los objetos, detección de errores y evaluación de la incertidumbre, entre otros aspectos.[130]

Estas cuentas basadas en modelos involucran interacción entre un *objeto de interés* (el "sistema bajo medición"), un *instrumento* (el "sistema de medición") y un *ambiente,* que incluye a los sujetos de medición.[131] Aquí, el objeto de interés son las normas o los conflictos normativos, el instrumento es la operación presupuesta por la proporcionalidad en su sentido estricto para determinar si el medio es balanceado y el ambiente está compuesto por todas las propiedades del caso que importan. La medición procede representando estas interacciones con un conjunto de parámetros y asignando valores a un subconjunto de esos parámetros (conocidos como "mesurandos") basados en los resultados de las interacciones. En el modelo de medición normativo que se propone en este documento, dentro de las interacciones entre las normas en conflicto, se asignarán valores a la intensidad de la restricción sobre una norma, así como a la no-satisfacción de la norma en competencia. Es importante notar que, cuando los parámetros medidos son numéricos, estos son llamados "cantidades", aunque los mesurandos no necesitan ser cantidades. Y esto es precisamente lo que Alexy menciona acerca de su fórmula del peso.[132]

[129] Véase Tal (2017).
[130] Véase Frigerio et al. (2010, pp. 145-147).
[131] Otras interacciones secundarias pueden ser relevantes para determinar un resultado de medición, como la interacción entre el instrumento de medición y los estándares de referencia usadas para calibrarlo, y la cadena de comparaciones que rastrean el estándar de referencia hasta los estándares de medición primarios. Véase Mari (2003, p. 25).
[132] Véase, por ejemplo, Alexy (2010, pp. 401 y ss.).

Es posible establecer dos tipos de resultados de medición dentro de las cuentas basadas en modelos:[133] 1) las *indicaciones del instrumento* (o "lecturas") —propiedades del instrumento de medición en su etapa final después de que el proceso de medición esté completo (por ejemplo, los dígitos en una pantalla o las marcas en un cuestionario de opción múltiple)—. En este caso, estos son los valores asignados a la intensidad de una restricción a una norma de derechos fundamentales y la intensidad de la no-satisfacción de otra norma; y 2) los *resultados de medición* (o "resultado") —reclamos de conocimiento sobre los valores de una o más cantidades atribuidas al objeto que se está midiendo, y que están acompañados típicamente por una especificación de la unidad y escala de medición y un estimado de incertidumbre de medición (por ejemplo, un resultado de medición puede ser expresado con la oración "la masa del objeto **a** es 20 ± 1 gramos con una probabilidad de 68%). En el caso de la proporcionalidad, los resultados son la relación de prevalencia entre dos normas en conflicto en ese caso en específico, por el contrario, los resultados son la norma de decisión que resulta de la ponderación en concreto.

Para estas cuentas, las (mismas) indicaciones producidas por el mismo proceso de medición pueden ser usadas para establecer diferentes resultados de medición dependiendo de cómo es modelado el proceso de medición, (dependiendo) por ejemplo en el que se consideran las influencias ambientales.[134] En el caso legal, la complejidad de la gradación usada en la escala, así como la forma en que se evalúan las características del caso por el juez, también puede influir en el resultado deóntico. Y eso no plantea problemas siempre que la decisión esté justificada interna y externamente.

De manera similar, estos modelos también proporcionan el contexto necesario para evaluar resultados de medición, incluyendo exactitud, precisión,

[133] Véanse Comité Conjunto de Guías en Metrología (2012, pp. 2.9 y 4.1), Giordani y Mari (2012, pp. 2146) y Tal (2013, pp. 1159 y ss.).
[134] Véanse Tal (2017) y Mari (2003, p. 25).

error e incertidumbre.[135] Esto es extremadamente importante. Como se ha mencionado, la ponderación es inevitable, por lo que las críticas a ésta son generalmente inútiles. Y, por ello, es importante establecer un modelo normativo que no solo represente la actividad judicial tan bien como sea posible, sino que sirva para incrementar la transparencia y muestre que la elección sobre qué normas aplicar está justificada externamente —lo cual incrementa la exactitud y precisión de los resultados obtenidos—. Por lo tanto, este tipo de correcciones *a posteriori* puede ser proporcionada por el aspecto de *confiabilidad* epistémica (así como normativa) considerada por Alexy en su fórmula del peso, así como principios formales.[136] Esto significa que la confiabilidad es una variable que se distingue tanto del peso abstracto como de la intensidad de la restricción y, por tanto, debe ser considerada separadamente. De hecho, esto es algo que puede, en cierto punto, derivar del pensamiento de Alexy, ya que él habla de la "ley sustantiva para ponderar" y la "ley epistémica para ponderar" como cosas separadas.[137]

Finalmente, también es importante notar que, dentro del contexto de la "epistemología de la medición",[138] un tema que recientemente ha atraído atención filosófica considerable es la selección y mejora de los *estándares de medición*.[139] En cierto sentido, esto es lo que Alexy hizo con la creación de la ley de ponderación y la fórmula del peso, así como la inser-

[135] Véanse Boumans (2012, pp. 395 ss), Boumans (2007, pp. 231 ss) y Mario (2005, pp. 681 ss).
[136] En particular, los principios formales, como los democráticos, tienen el poder para "corregir" normativamente los resultados obtenidos, debilitándose así muchas de las críticas usualmente hechas a la proporcionalidad.
[137] Sin embargo, Robert Alexy trata por igual a las tres variables en la fórmula del peso y después multiplica los valores numéricos obtenidos entre cada variable. Esto parece indicar que la escala usada, contrario a lo que señala Alexy, es cardinal y no ordinal, lo que sería una contradicción metodológica (véase Šušnjar, 2010, pp. 206). No obstante, se puede utilizar, por ejemplo, una escala con dos variables y aún así, "comparar" y "ordenar" los valores obtenidos simplemente usando los valores "leve", "moderado" y "grave". Y, como Šušnjar reconoce, "las meras comparaciones son posibles, necesarias y suficientes para la aplicación de los derechos fundamentales y la ponderación". Véase Šušnjar (2010, pp. 225).
[138] Que es, en sentido amplio, el estudio de las relaciones entre la medición y el conocimiento. Véase Tal (2017).
[139] El término "estándares de medición" será usado como las reglas que regulan el "uso" de la fórmula de medición.

ción de nuevas variables en esta última.[140] Lo mismo se puede decir de autores como Sieckmann, Clérico, Bernal Pulido o Klatt, quienes han tratado de afinar la fórmula del peso mencionada. Y, en parte, ésta también es la meta en este documento.

Sin embargo, no se debe ser ingenuo: las olas de críticas se han hecho desde el primer momento en que Alexy presentó su fórmula del peso, ya sean relacionadas con la subjetividad de la fórmula o porque algunos la consideran engañosa, ya que su objetividad sólo era aparente. Sobre este asunto, es útil recordar a Thomas Kuhn, quien ha argumentado que las teorías científicas son aceptadas usualmente mucho antes de que estén disponibles los métodos cuantitativos que las pongan a prueba.[141]

No se pretende insinuar con esto que solo existe una forma de medir la intensidad de las restricciones a normas de derechos fundamentales. Por el contrario, al admitir un grado de "nominalismo" sobre la medición, también se puede admitir que hay diferentes formas de medir la intensidad de las restricciones, como existen, por ejemplo, diferentes formas de medir el tiempo.[142] Adicionalmente, la elección de un instrumento de medición en particular tiene ventajas y desventajas. Por lo tanto, es normal que, cuando se opta por una forma específica de medir, se sacrifiquen o alteren algunos aspectos del significado.[143] En cualquier caso, la no-medición no es una opción, considerando que está presupuesta por

[140] Del mismo modo, pero yendo más lejos, Sartor intenta reconstruir la lógica de la proporcionalidad de una forma extremadamente interesante, pero compleja en su documento antes citado "La Lógica de la Proporcionalidad: Razonando con Magnitudes No-Numéricas".

[141] Véase Kuhn (1961, p. 189). Un buen ejemplo es la Ley de Dalton (la cual señala que el peso de los elementos en un componente químico está relacionados entre ellos en proporciones de número enteros): cuando fue descubierta, entró en conflicto con las mediciones más conocidas, pero después corrigió y mejoró técnicas de medición. En consecuencia, como argumentó Kuhn, la función de la medición es aplicar la teoría con mayor alcance y precisión y, eventualmente, permite anomalías persistentes que precipitaron la siguiente crisis y revolución científica a la superficie. Adicionalmente, las mediciones solo pueden poner a prueba teorías en comparación con teorías alternativas. Como puede verse fácilmente, las críticas a la fórmula del peso rara vez fueron acompañadas por alternativas teóricas. Véase Kuhn (1961, p. 173).

[142] La distinción entre la hora solar y la hora del reloj es una buena ilustración de esto.

[143] De manera similar, véase Chang y Cartwright (2014, p. 416).

la imposición de la proporcionalidad y, además, los jueces tienen la autoridad y están obligados a decidir en todos los casos.

Existen muchos debates sobre la elección de la unidad y la escala de medición —como, por ejemplo, entre Fahrenheit y Celsius—. Respecto al caso de la proporcionalidad, se considera que el objetivo es encontrar el criterio para medir los impactos en las normas dentro del sistema legal respectivo. Por tanto, la forma de medir debe ser sensible a las características relevantes del caso y debe considerar los antecedentes normativos dados por el sistema legal respectivo.

Con esta examinación de la filosofía de la medición, se considera que se ha confirmado que muchas de las objeciones a la ponderación y la proporcionalidad, como el argumento de la inconmensurabilidad, ya se han resuelto. En un escenario donde la ponderación es inevitable, lo importante es crear modelos que permitan consistentemente a los operadores normativos medir las magnitudes en cuestión, a saber, la intensidad de las restricciones a las normas de derechos fundamentales. Contrario a las críticas de irracionalidad, estos modelos implican ganancias considerables en transparencia y fuerza argumentativa. Finalmente, como es imposible escapar de la ponderación, es imperativo estructurar el razonamiento legal que se llevará a cabo.

IV. La fórmula del peso reinterpretada

1. Ley del esfuerzo de compresión

Como se ha explicado, la teoría del peso es atacada usualmente por los críticos, pues supuestamente confirma algo que sería imposible: lograr un tipo de *objetividad absoluta*. Sin embargo, pareciera que es su mismo creador —Robert Alexy— quien señala que tal fórmula es una mera *metáfora.*[144] Este aspecto es extremadamente importante: mientras que

[144] En sus precisas palabras, una "analogía". Véase Alexy (2010, p. 410). Véase también y críticamente, Mendonca (2003, pp. 57 y ss.).

esto pareciera esquivar las críticas que se han mencionado, se debe analizar la pertinencia de usar esta metáfora particular.[145]

En pocas palabras, se puede definir metáfora como "un tropo o figura retórica, donde una 'figura retórica' es un uso *no literal* del lenguaje", en la que una cosa es representada por otra cosa. Este concepto también puede incluir ironía, metonimia, sinécdoque, hipérbole y litote.[146] Para ilustrar esto considere el siguiente ejemplo: "el hombre es un lobo". Cuando se piensa en un lobo normalmente se piensa en las propiedades de ser un depredador, viajar en manadas y ser feroz y despiadado. Estas propiedades son, por tanto, instrumentales para comprender la metáfora: muestran a la humanidad por medio del filtro de esas propiedades.[147]

Un aspecto importante de las metáforas es que son "herramientas cognitivas" poderosas: permiten entender mejor el mundo en el que vivimos.[148] Como lo señalado por autores como Thomas Kuhn[149] o Richard Boyd,[150] los modelos científicos —como parece serlo la "fórmula del peso" (o por lo menos debería ser)— son importantes en la medida en que incrementan el conocimiento científico del universo. En este caso, el interés de George Lakoff en las metáforas como herramientas cognitivas tiene que ver con la posibilidad de extender la aplicación inicial de los conceptos a nuevos ámbitos —por ejemplo, es posible usar metafóricamente conceptos físicos básicos como *arriba* y *encima*[151] en diferentes dominios, incluyendo los dominios social, emocional, científico e incluso matemático. Esta esquematización metafórica representa ciertas formas de hablar

[145] A diferencia de Mendonca, no se considera que el uso de una metáfora en este contexto es un "mero adorno expositorio". Él también argumenta que las metáforas solo parecieran ser necesarias en el lenguaje filosófico donde falta precisión, lo cual no sería el caso para la "ponderación de los derechos". Sin embargo, se está hablando de uno de los asuntos más controversiales en la teoría del derecho y del derecho constitucional, que en sí mismo indica lo contrario. Véase Mendonca (2003, pp. 61 y ss.).
[146] Por ejemplo, véase Reimer y Camp (2008, p. 845).
[147] Véase Reimer y Camp (2008, p. 850). Véase también Black (1955, pp. 273 y ss.).
[148] Véanse Reimer y Camp (2008, p. 850).
[149] Véase Kuhn (1993, pp. 533 y ss.).
[150] Véase Boyd (1993, pp. 481 y ss.).
[151] N. del T.: en inglés, *up* y *over,* respectivamente.

y actuar natural (por ejemplo, "Él se está moviendo en el mundo";[152] "Me siento bastante despierto hoy".[153] Y su importancia radica, como lo remarca Josef Stern,[154] en su papel en términos *demostrativos*.

Dicho de otro modo, las metáforas permiten entender temas abstractos o inherentemente no estructurados en términos de temas más concretos o, al menos, más estructurados.[155] Esto es precisamente lo que los lingüistas cognitivos enfatizan cuando mencionan que las metáforas facilitan el entendimiento de dominios conceptuales que son típicamente abstractos (por ejemplo, "vida", "teorías", "ideas") mediante expresiones que están relacionadas con dominios conceptuales más familiares que son típicamente más concretos (por ejemplo, "viaje", "edificios", "comida").[156] En una forma analítica, se puede describir una *metáfora conceptual* de esta manera: el dominio conceptual 1 *es* el dominio conceptual 2. Por tanto, una metáfora conceptual consiste en dos dominios conceptuales, en el que un dominio es entendido en términos del otro. Se puede decir que el dominio conceptual es "cualquier organización coherente de experiencia".[157] Como ejemplo, las personas organizan coherentemente el conocimiento sobre los viajes, lo cual les ayuda a entender la vida.

Mientras que es verdad que el funcionamiento de una metáfora no depende necesariamente de la similitud total entre los objetos comparados, se puede evaluar que la función que se quiere asignar a una metáfora específica es decisiva para saber si es la más apropiada. Si la meta es explicar un fenómeno de la mejor forma posible, entonces parece que la similitud entre los fenómenos comparados es esencial —sin esto, no existe metáfora—. De lo contrario, el poder explicativo que es el objetivo principal al usar una metáfora, por lo menos en un caso como éste, está perdido.

---

[152] N. del T.: en inglés, "He's moving *up* in the world".
[153] N. del T.: En inglés, "I'm feeling quite *up* today".
[154] Véase Stern (2000, pp. 77 y ss.).
[155] Véase Lakoff (1993, pp. 244-245).
[156] Véanse Lakoff y Johnson (2003) y Kövecses (2002).
[157] Véase Kövecses (2002, pp. 4).

En consecuencia, lo que se propone aquí es preguntarse si existe una mejor *cantidad* que la ponderación para representar y explicar el fenómeno de las restricciones y colisiones entre normas de derechos fundamentales.

El primer paso para lograr la ponderación de la proporcionalidad en su sentido estricto —dentro del contexto de un conflicto entre una norma restringida de derechos humanos y una norma constitucional que justifica esta restricción— es determinar la "cantidad" que permite la comparación entre esas normas.[158] La cantidad que es normalmente usada es el *peso,* como en el caso de la "fórmula del peso" de Alexy. Como se explicó arriba, esta fórmula es usada para medir la intensidad de la restricción impuesta a ciertas normas, en la que se analizan algunas propiedades concretas para determinar la respectiva magnitud de la cantidad y, por tanto, qué norma en conflicto debe prevalecer en el caso.

En la física, el peso es un vector de cantidad y puede ser definido como la fuerza aplicada a un objeto debido a la gravedad. Puesto de manera simplista, su magnitud es el producto de la masa *m* del objeto y la magnitud de la aceleración gravitacional local *g* ($P = mg$). Por lo tanto, el problema con la metáfora del peso está relacionado con el hecho de que las variables más importantes de la fórmula no tienen que ver con el peso. Si la metáfora pareciera ser buena en términos del peso abstracto, como el nombre lo indica, con respecto a medir la intensidad de la interferencia —lo cual es el aspecto más importante de la fórmula—,[159] así como medir la fiabilidad, al final no es claro cómo una comparación metafórica puede hacerse entre estos dos dominios conceptuales.

Además, el problema que surge al usar esta cantidad para explicar el fenómeno de un conflicto normativo y la prevalencia de uno sobre otro también parece provenir del hecho de que representa dos objetos de forma autónoma que, dependiendo de sus propiedades pueden ser dis-

[158] Bernal Pulido se refiere a la determinación de la "magnitud", pero se considera que está equivocado, ya que la magnitud es la medida de la cantidad. Véase Bernal Pulido (2007, p. 766).
[159] Como lo afirma Alexy.

tinguidos uno del otro —uno tendrá más o menos peso que el otro— y, sobre ese respecto, uno prevalecerá sobre el otro.

Sin embargo, en una situación de conflicto normativo, la resolución de la antinomia que se realiza de acuerdo con las propiedades del caso en cuestión, como es sabido, parece implicar la necesidad de una relación entre los objetos en conflicto.[160] De hecho, cuando se habla de conflictos constitucionales existe un elemento muy importante que pareciera no ser relevante para la metáfora del peso: la restricción de una de las normas en conflicto. Por supuesto, cuando se considera la fórmula del peso de Alexy, este aspecto en realidad es considerado porque la fórmula sirve precisamente para evaluar la admisibilidad (constitucional) de la restricción. La pregunta, sin embargo, está relacionada con su insuficiente representación pictórica en la metáfora usada. La fórmula del peso da una idea de dicha simplicidad que pareciera ser una mera balanza de brazos iguales donde se coloca una de las normas en colisión en un brazo y la otra norma en colisión en el otro brazo; la norma que pese más es la que prevalece. Pero la realidad normativa es mucho más compleja que esta imagen.[161]

En resumen, si la fórmula del peso solo estuviera compuesta por la variable del peso abstracto —la cual, como se ha señalado, es la que causa los mayores problemas dada la inexistencia de una jerarquía axiológica en las constituciones— la metáfora de las balanzas equilibradas[162] sería

[160] La colisión entre dos normas ocurre porque lo que es impuesto deónticamente por una norma es contrario a lo que es impuesto por la otra y, se puede describir esta colisión como dos vectores colisionando. Para esta imagen, véase Martins (2016, pp. 463 y ss.).

[161] Se considera que Sartor señala un punto similar cuando argumenta que "lo que está en cuestión en una evaluación de proporcionalidad con respecto a una decisión que afecta a dos valores y no es una comparación de los pesos, sino más bien una comparación del impacto de α en dichos valores" y, más adelante, que "[una] explicación más plausible puede proporcionarse por el hecho de que los impactos proporcionales siguieron siendo diferentes en los dos casos, los pesos permanecieron iguales, es decir, que α se vio afectada en el primer caso más de lo que se vio afectada en el segundo caso, o se vio afectada en el segundo caso más de lo que se vio afectada en el primer caso". Véase Sartor (2013, p. 1449).

[162] Incluso porque nos recuerda la representación de la justicia como una mujer que lleva una venda en los ojos, una espada y un juego de balanzas equilibradas.

perfecta. Sin embargo, como lo ha reconocido Alexy, la variable más importante de la fórmula del peso es la intensidad de la interferencia en cada norma en conflicto, una variable que va más allá de la idea de las balanzas equilibradas y, por tanto, el poder explicativo de la metáfora de la balanza se pierde en gran medida.

En vista de esto, si se puede encontrar una mejor metáfora —por ejemplo, una cantidad que represente mejor el fenómeno de las restricciones y los respectivos conflictos normativos que se intentan explicar— y solo en este caso, pareciera que la metáfora del peso y, en consecuencia, la fórmula del peso, deberían ser abandonadas y reemplazadas por una nueva metáfora que represente y explique mejor la operación en cuestión.

Como se explicó anteriormente, una restricción de una norma de derechos fundamentales significa una reducción del ámbito de aplicación de esa norma; adicionalmente, se presenta un conflicto constitucional si esa restricción es deónticamente impuesta por otra norma constitucional. Entonces, lo que parece suceder es que un objeto (la norma constitucional restringida) es *comprimida* por la aplicación de una *fuerza de compresión* (la restricción) impulsada por un segundo objeto (la norma constitucional a satisfacer). En esta imagen, los conceptos de *compresión* y *esfuerzo de compresión* parecen ser buenos candidatos para reemplazar los de la fórmula del peso.

La *compresión* puede ser definida como la aplicación de fuerzas internas equilibradas en diferentes puntos de un material o estructura, es decir, fuerzas sin suma neta o torque neto aplicados para reducir su tamaño en una o más direcciones.[163] A su vez, el *esfuerzo de compresión* es la capacidad de un material o estructura de soportar cargas que tienden a reducir su tamaño. Por el contrario, el esfuerzo de compresión resiste a la compresión (siendo empujados juntos).[164]

[163] Véase Beer *et al*. (2006).
[164] Véase Beer *et al*. (2006).

Respecto a sus efectos, los objetos o materiales bajo compresión sufrirán alguna deformación (aunque sea imperceptible) lo cual causa que las posiciones relativas promedio de sus átomos y moléculas cambien. La deformación puede ser 1) permanente o 2) revertida cuando las fuerzas de compresión desaparecen. En el último caso, la deformación genera fuerzas de reacción que se oponen a las de compresión y, eventualmente, puede equilibrarlas. Además, es importante resaltar que algunos materiales pueden fracturarse si son presionados al límite de su esfuerzo de compresión; es posible que otros se deformen irreversiblemente, así que una cantidad dada de deformación puede considerarse como el límite para la carga de compresión. Adicionalmente a todo esto, no se debe olvidar que la capacidad de resistencia varía entre los materiales, las condiciones de almacenamiento y la temperatura.[165]

En resumen, la compresión tiene muchas implicaciones sobre la resistencia de los materiales en la física e ingeniería dado el estrés y la tensión que produce.

Son enormes las semejanzas a las restricciones a las normas constitucionales. Las restricciones a las normas significan precisamente la compresión de su ámbito de aplicación. Una restricción normativa, en principio, implicará una deformación permanente de la norma constitucional, ya que significa que existen diversas situaciones en las que esa norma ya no es aplicable; si por alguna razón la restricción desaparece —por ejemplo, si la norma restrictiva es revocada—, el ámbito de aplicación de la norma regresa a la normalidad, como si lo que siguiera fuera el fenómeno de elasticidad. Por el otro lado, una restricción individual significa una restricción inmediata reversible, ya que después de la restricción de ese caso individual, la norma volverá a ser aplicable en una situación similar. El esfuerzo de compresión dibuja el punto hasta el cual la norma puede ser restringida constitucionalmente. Además, el esfuerzo de compresión de las normas también puede variar de una norma a otra (lo cual corresponde a lo que Alexy llama peso abstracto), y también es influen-

[165] Respecto a la elasticidad, véase Sadd (2014, p. 365).

ciado por las condiciones concretas del caso donde sucede la compresión normativa. Por tanto, lo que se necesita medir es si se ha excedido el límite proporcionado por el esfuerzo de compresión. Ésta es la función de la fórmula en cuestión, así que se le llamará "fórmula del esfuerzo de compresión".

Se debe aclarar un aspecto. Como se ha dicho, la proporcionalidad, en su sentido estricto, presupone una especie de "modelo de medición" para determinar si los medios están balanceados, mientras que la "fórmula del esfuerzo de compresión" es uno de los componentes en el modelo de medición (es decir, no se debe confundir con el modelo de medición en sí mismo). La fórmula requiere análisis de dos variables: 1) el esfuerzo de compresión relacional abstracto y 2) la intensidad de la compresión restrictiva. Sin embargo, la *exactitud* y la *precisión* de la medición de los resultados de las restricciones normativas requieren un análisis de la fiabilidad de las premisas empíricas y normativas del caso. Por el contrario, dentro del modelo de medición presentado aquí, la consideración de la fiabilidad aparece como una forma de *corregir* (constitucionalmente) los resultados de medición alcanzados —por ejemplo, si está involucrada una situación de incertidumbre epistémica, su consideración por el tribunal puede implicar que se permita la medición buscada por el legislador.

A la luz de todo lo que se ha dicho, es posible establecer una doble ley aplicable a la ponderación en este contexto:

"Ley del esfuerzo de compresión": 1) "cuanto más intensa sea la compresión sobre una norma de derechos fundamentales, más fuertes serán las razones para comprimir y para aplicar la norma a ser satisfecha"; 2) "cuanto más grande sea el esfuerzo de compresión de una norma restringida, más grandes serán las razones subyacentes a la norma que se debe satisfacer".[166]

[166] Laura Clérico expone una ley similar, pero imponiendo un crecimiento sobre proporcional en las razones para satisfacer la norma que justifica las restricciones. Véase Clérico (2009, p. 282).

La notación de la fórmula del esfuerzo de compresión puede expresarse de la siguiente forma: $CS_{N1/N2}C = \frac{S1/I}{S2/2}$. La meta de utilizar esta fórmula es esencialmente para ilustrar la estructura de la ponderación con la ayuda de un modelo que utiliza una escala ordinal y, por tanto, no se asignarán valores numéricos a las variables, sino meros valores, como lo son "leve", "moderado" y "grave. '$CS_{N1/N2}C$' representa los resultados de la relación de compresión entre las normas en conflicto, es decir, la resistencia de N1 a la compresión en las circunstancias concretas del caso en juego (C) en relación con N2, la norma en colisión. 'S1' y 'S2' representan la resistencia abstracta de N1 en su relación con N2 y viceversa. 'I_1' ($I_{N1}C$) representa la intensidad de la compresión sobre N1 de acuerdo con los medios o la medida *M*, la cual proporcionalmente debe ser considerada y 'I_2' representa la intensidad de la compresión sobre N_2 (en este caso, a través de la no-satisfacción) si *M* no es permitida. Finalmente, para ajustar la media, el juez también debe evaluar la fiabilidad por separado.[167]

Considerando que el modelo de Alexy no da criterios para la determinación de las propiedades relevantes del caso, Martínez Zorrilla[168] decide reemplazar ese modelo por el presentado por Susan Hurley,[169] el cual pareciera ser el sustituto perfecto para la proporcionalidad.[170] El motivo principal es la posibilidad de extender las razones de las decisiones particulares a otros casos, lo cual no podría ser posible con la proporcionalidad desde el punto de vista particularista de Alexy.[171]

Sin embargo, las dos perspectivas no son necesariamente contradictorias. Por el contrario, aquí están involucrados tres aspectos diferentes: uno está relacionado con la determinación de las propiedades relevantes del

[167] No se profundizará aquí la forma en que estas variables deben estar conectadas.
[168] Véase Martínez Zorrilla (2007, pp. 252 y ss.).
[169] Véase Hurley (1992, pp. 255 y ss.).
[170] La afirmación de que se debería reemplazar o remover una norma existente en el sistema legal es al menos extraño —por supuesto, esa operación solo puede ser llevada a cabo por una autoridad competente—. A menos que se trate de una mera sustitución de la fórmula del peso por el esquema de análisis de las razones subyacentes. Véase Martínez Zorrilla (2007, p. 255).
[171] Para otras explicaciones universalistas similares y alternativas a las de ponderación, véanse Moreso (2009, pp. 285 y ss.) y Mendonca (2003, pp. 57 y ss.).

caso; el segundo está vinculado con la evaluación realizada por razones de proporcionalidad y, el tercero está relacionado con las reglas de decisión que resultan de la ponderación hecha. Naturalmente, como hace hincapié, por ejemplo, Laura Clérico, las reglas de decisión creadas servirán para resolver otros casos, ya sea por la aplicación de las normas de equidad o por certidumbre legal.[172] El problema siempre surge cuando están involucradas diversas propiedades nuevas relevantes, lo cual requiere una nueva ponderación de proporcionalidad a partir de la cual resultarán nuevas reglas de decisión. Además de esta situación, no se debe subestimar la naturaleza dinámica del sistema jurídico, el cual cambia, planteando constantemente nuevos problemas normativos. En pocas palabras, la ponderación realmente es ineludible.

2. Mapeando los criterios para medir

La ponderación llevada a cabo dentro de la proporcionalidad en su sentido estricto es una operación usada para medir la intensidad de la restricción de una norma y la importancia de aplicar la norma en conflicto a ese caso. En este contexto se requiere una comparación para determinar cuál norma prevalece y es aplicable al caso. Para este propósito es necesario elegir las cantidades que se medirán. Como se argumentó en el punto anterior, la cantidad "peso" debe ser reemplazada por el "esfuerzo de compresión", el cual representará la cantidad necesaria que será medida en la ponderación respectiva.

Sin embargo, como señala Martínez Zorrilla, tal vez el mayor problema de la proporcionalidad en su sentido estricto y, más específicamente, de la fórmula del peso, es que no se proporcionan criterios para medir la intensidad de la restricción que se llevará a cabo y la importancia de satisfacer la norma que justifica la restricción.[173]

---

[172] Ella habla de una "red de reglas de decisión". Véase Clérico (2009, pp. 180 y ss.).

[173] Véase Martínez Zorrilla (2007, pp. 349 y ss.). Por el contrario, como señala Sieckmann, el problema radica en el hecho de que para Alexy la precisión del resultado parece necesariamente derivarse de la determinación de los factores de ponderación.

Bernal Pulido[174] proporciona la única excepción de esta falta inexplicable, ya que, después de señalar que el grado de importancia de los principios en colisión depende de premisas analíticas-normativas y empíricas, ofrece algunos criterios: a) normativo - 2) el "significado" de las posiciones relevantes de los principios, desde el punto de vista del "concepto de persona" que deben presuponer los sistemas legales y políticos; i2) importancia de la posición legal en el caso, considerado desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes y; b) empírico: 1) eficiencia, 2) velocidad, 3) probabilidad, 4) alcance y 5) duración.[175] En cualquier caso, los supuestos criterios analíticos-normativos parecen confundirse con lo que Alexy llama el peso abstracto —por ejemplo, las reglas 60 (restricción a derechos fundamentales adicionales), 62 (el uso de otras normas como el núcleo esencial), 63 (el uso de otras normas como el principio democrático) y 64 (el uso de otras normas como la dignidad humana), así como la regla 61 (existencia de precedentes judiciales), son criterios normativos que pueden ayudar a encontrar el esfuerzo abstracto relacional de las normas de derechos fundamentales—. Por el otro lado, los criterios empíricos mencionados necesitan ser afinados, lo cual se intentará a continuación.

Antes de continuar, es importante responder la objeción presentada por Martínez Zorrilla,[176] quien dice que el problema nunca podría resolverse, ya que asignar una cierta magnitud a la intensidad de la restricción es un "juicio de valor". Si bien es cierto que el proceso de asignación implica subjetividad, no se debe ser ingenuo: los juicios de valor son inevitables en la mayoría de las operaciones legales. En cualquier caso,

[174] Véanse Bernal Pulido (2007, pp. 768 y ss.) y Bernal Pulido (2006, pp. 195 y ss.).

[175] Martínez Zorrilla considera que todos los criterios presentados por Bernal Pulido parecieran tener el mismo valor, lo cual es debatible (véase Martínez Zorrilla 2007, pp. 252 y ss.). Sin embargo, Bernal Pulido menciona que el valor depende del caso concreto y es considerado por el juez. Y pareciera razonable: por ejemplo, puede haber cinco razones en favor de una conclusión y 10 en contra, así como una "súper-razón" bajo la cual debe prevalecer una conclusión apoyada en pocas razones. Sin embargo, incluso estas súper-razones pueden ser ponderadas respecto a otras razones (véase Peczenik 2008, p. 67).

[176] Véase Martínez Zorrilla (2007, pp. 349 y ss.).

Alexy está en lo correcto cuando señala que todos los argumentos pueden ser usados en la argumentación legal, cuya fuerza dependerá concretamente de los argumentos utilizados;[177] de lo contrario, se podría decir que cuanto más fuertes son los argumentos, más fuerte es la justificación externa de la decisión tomada. Por el otro lado, los criterios avanzados también guiarán la medición de la intensidad de la restricción en cuestión y todo esto se hace usando como antecedente el modelo de medición correspondiente a la fórmula de resistencia tal como se ha construido en este documento.[178]

Después, se proporcionarán diversos criterios a partir de los cuales se pueden inferir reglas que los jueces pueden usar como criterios *prima facie* para medir la intensidad. Pero todavía se tiene que responder una pregunta importante: ¿cuál es o cuáles son los criterios normativos para identificar los criterios de medición? Primero, estos criterios deben ser encontrados dentro del sistema legal; si no existen, se está frente a una situación de mera discreción judicial. Estos criterios de medición pueden ser determinados en, al menos, tres formas: 1) son consuetudinarios,[179] 2) son impuestos por otras normas del sistema legal como la seguridad jurídica o la igualdad[180] y, finalmente, 3) están basados en "premisas razonables".[181]

---

[177] Véase Alexy (2010, pp. 146).

[178] Martínez Zorrilla considera que no se establecen criterios para determinar las propiedades relevantes del caso. Sin embargo, primero, esto solo parece ser un problema en casos duros; en la mayoría de los casos, identificar estas propiedades no pareciera ser muy difícil. En segundo lugar, el modelo coherentista de Susana Hurley, usado para reemplazar el modelo de proporcionalidad, no es convincente, ya que parece que no tiene solución para todas las nuevas situaciones para las cuales no hay casos paradigmáticos similares —los cuales son inmensos dada la complejidad de los sistemas legales y lo rápido que cambian—. Además, el modelo particularista presupuesto por la norma de proporcionalidad no excluye necesariamente a la determinación de las propiedades relevantes del caso o comparación con otros casos para la asignación de valores a la intensidad de las restricciones realizadas (de hecho, dichas comparaciones pueden ser impuestos normativamente por la igualdad o la seguridad jurídica).

[179] Con todas las dificultades de saber si la costumbre ya existe.

[180] Como sucede cuando los tribunales deciden casos en una forma particular y esas reglas de decisión imponen, *prima facie,* continuar decidiendo de la misma forma.

[181] De acuerdo con Peczenik, una premisa es razonable si y solo si se cumplen las siguientes condiciones: 1) la premisa no es falseada y 2) la hipótesis no es corroborada a tal grado que la premisa no se deriva lógicamente de un conjunto de premisas altamente coherente y, por lo tanto, es generalmente aceptable. Véase Peczenik (2008, pp. 96-97).

Ahora bien, se indicarán algunos criterios que los tribunales pueden usar para determinar la intensidad de la restricción y la importancia de aplicar —es decir, satisfacer— la norma que justifica la restricción. De hecho, si se consideran las diversas cantidades similares y físicas, se pueden identificar fácilmente diversos criterios para determinar la intensidad de la restricción. Más significativamente: i) área, ii) tiempo iii) eficiencia y iv) normalidad.[182]

> i) Área. Puede definirse como la cantidad que expresa el tamaño de una figura o forma bidimensional o, más sencillamente, el tamaño de su superficie. En el caso de una norma, el área se refiere al respectivo ámbito de aplicación (antecedente). Por tanto, este criterio indica que cuanto mayor sea el área antecedente de la norma constitucional restringida, más intensa parece ser la restricción —por ejemplo, respecto a la libertad de expresión, una regla restrictiva bajo la cual está prohibido escribir libros de cualquier tipo, sería más restrictiva que una regla que solo prohíbe escribir libros sobre figuras públicas—. La regla puede establecerse de la siguiente manera:
>
> (R1) "Cuanto mayor sea el área del antecedente de la norma restrictiva, mayor será la intensidad de la restricción."[183]
>
> ii) Tiempo. A pesar de no ser siempre preciso, es posible definir al tiempo como la cantidad física directamente asociada con la secuencia correcta, por orden de ocurrencia, de los eventos naturales. Sin embargo, existen por lo menos tres diferentes cantidades relacionadas con el tiempo: ii1) duración: el tiempo como la duración de un evento,[184] ii2) velocidad: ritmo de cambio de la posición de un

[182] El objetivo en este caso no es enlistar exhaustivamente los criterios, sino indicar ejemplos de aquellos que, en principio, parecieran ser los más relevantes.
[183] El criterio parece tener algunas similitudes con el criterio de Bernal Pulido establecido en la Regla 56 (respecto al ámbito de aplicación afectado) y la Regla 68 (número de posiciones legales afectadas). Véase Bernal Pulido (2007, pp. 771-772 y 782).
[184] Véase, por ejemplo, los casos de la Corte Constitucional portuguesa, en los que se admitieron medidas de austeridad sobre la base, *inter alia,* de que éstas se limitarían al periodo de crisis. Véase el Fallo núm. 413/2014.

objeto y ii3) frecuencia: el número de veces que algo sucede en un periodo. Pensado ahora en la relevancia del tiempo para las limitaciones normativas, la verdad es que esta cantidad es extremadamente importante para determinar la intensidad de la compresión y es normalmente referida —aunque no expresamente— por los tribunales. Concretamente, parece fácil implicar que cuanto más dure una restricción, más restrictiva será; cuanto más rápido se aplique una restricción, más restrictiva será; cuanto más frecuente sea la restricción, mayor será la intensidad de la restricción.[185] Por tanto, las siguientes tres reglas pueden ser presentadas:

(R2) "Cuanto más dure una restricción, más intensa será esa restricción."
(R3) "Cuanto más rápido se aplique una restricción, más restrictiva será la restricción."
(R4) "Cuanto más frecuente sea la restricción, mayor será la intensidad de la restricción."

iii) Eficiencia. En términos científicos, la eficiencia es una medida de la extensión según la cual un insumo es usado apropiadamente para una tarea o función prevista (el resultado). por tanto, se puede decir que cuanto más eficiente es el medio usado para restringir una norma, más intensa será la restricción. Además, cuanto más eficiente es el mismo medio para satisfacer la norma que justifica la restricción, más importante será la aplicación de esta norma al caso.[186] Por tanto, es posible establecer la siguiente regla:

(R5) "Cuanto más eficiente sea un medio usado para restringir una norma, más intensa será la restricción."

[185] Como lo ha señalado Bernal Pulido, este criterio parece relevante solo para determinar la importancia de la aplicación de la norma que justifica la restricción. Véase Bernal Pulido (2007, p. 783).
[186] De manera similar, véase Bernal Pulido (2007, pp. 780). Nótese que la eficiencia también es evaluada en la prueba de idoneidad. Sin embargo, como lo señalado, la información obtenida no está perdida y puede ser útil en una comparación entre la ponderación de los medios disponibles.

iv) Normalidad. Se refiere a la falta de desviación significativa del promedio de acuerdo con algunos criterios y es lo opuesto de anormalidad. En este contexto, es posible argumentar que cuanto más grande sea la normalidad de las cosas en cierto sistema, mayor será la intensidad de la restricción que se llevará a cabo. Por otra parte, cuanto más grande sea la anormalidad de las cosas en cierto sistema, más fuerte será la justificación para aplicar la norma que requiere la restricción deseada.[187] Por tanto, es posible establecer la siguiente regla:

(R6) "Cuanto más grande sea la normalidad de las cosas en cierto sistema, más fuerte será la justificación de aplicar la norma que requiere la restricción deseada."

Una vez que los criterios anteriores han sido identificados, esas cantidades pueden ser consideradas desde dos perspectivas diferentes para medir la intensidad de la restricción: 1) objetiva —desde la perspectiva de la norma restringida— y 2) subjetiva —desde la perspectiva de los destinatarios afectados por la norma de consecuencia—.[188]

Respecto de la primera perspectiva —la objetiva— lo que es considerado es simplemente la extensión a la cual una norma considerada de manera objetiva es restringida en un caso particular. Por el contrario, con independencia de lo que la restricción pueda significar para el individuo, lo que es tomado en consideración es simplemente la extensión a la cual la norma es restringida en un caso particular. Por tanto, sólo se está evaluando las consecuencias para los individuos concernientes, exclusi-

[187] Véase, por ejemplo, los casos de la Corte Constitucional Portuguesa, en los que se aceptaron medidas de austeridad sobre la base, *inter alia,* de que se estaba en una crisis financiera. Véase los Fallos núm. 399/2010, núm. 412/2012 o núm. 767/2013.

[188] Esto coincide con lo que Laura Clérico llama "prohibición de lo insoportable". Se puede argumentar sobre si es una condición separada del principio de proporcionalidad o si está abarcada por la proporcionalidad en su sentido estricto. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional Alemana, Clérico considera que es posible integrarla dentro de la tercera prueba de proporcionalidad (véase Clérico, 2009, pp. 217 y ss.). Otros, como Reis Novais en Portugal, la separan y la llaman "sensatez" (véase Novais, 2010, pp. 765 y ss.).

vamente, el efecto normativo de la restricción a una norma de derechos fundamentales.

La perspectiva subjetiva considera a los destinatarios de la norma de derechos fundamentales. Por tanto, dentro de esta perspectiva se mide la intensidad de la restricción, considerando las cantidades indicadas de acuerdo con las necesidades, intereses y planes de vida del individuo.[189] Naturalmente, desde un punto de vista particular, esta intolerancia debe ser comparada con la fuerza de la necesidad desde el punto de vista de los destinatarios de la norma a satisfacer.

Se concluirá con tres notas finales. Primero, como ya se estableció, los criterios avanzados son puramente *prima facie* y deben ser considerados a la luz de las propiedades relevantes de cada caso individual. Segundo, los criterios avanzados pueden entrar en conflicto entre ellos;[190] en este caso, si y solo si no existen criterios normativos para resolver la antinomia, el juez tendrá discreción para ponderarlos. Tercero, otra vez se debe tener en cuenta que el juez tiene un margen amplio de discreción sobre la medición. Por tanto, lo que se está tratando de crear es una especie de directriz de razonamiento para medir las restricciones y justificar los valores asignados a las intensidades. Aunque se reconoce que este criterio proveerá ganancias considerables en los razonamientos judiciales en términos de claridad, transparencia y consistencia[191] —y contribuye a la racionalización de la actividad judicial—,[192] no se tiene la ilusión de que es posible borrar el subjetivismo que involucra esta operación intelectual, ya que no puede ser eliminada. Por el contrario, no se está viendo aquí "la respuesta correcta" de Dworkin, porque en la mayoría de los casos —si no es que en todos— es imposible lograrlo.

---

[189] También refiriéndose a las necesidades, intereses y planes de vida de los individuos, aunque dentro de un marco de referencia diferente, véase Clérico (2009, p. 277). Naturalmente, las *necesidades* de la persona pueden ser más fuertes o débiles y/o más o menos urgentes (incluso en un contexto diferente). Véase Sieckmann (2012, p. 101).

[190] Simplemente argumentado que el juez tendrá que ponderar entre ellos, véase Bernal Pulido (2007, pp. 784-785).

[191] De manera similar, véase Bernal Pulido (2007, pp. 784-785).

[192] Considerando la contribución a la racionalización es precisamente una de las fortalezas de la tesis de ponderación de Alexy, véase Jestaedt (2012, p. 157).

D. Observaciones finales

En vez de sintetizar todas las proposiciones explicadas previamente, solo se hará hincapié en que el presente documento, empezando con el marco conceptual que explica el funcionamiento de la norma de proporcionalidad, se ha enfocado en la prueba de proporcionalidad en su sentido estricto y se ha tratado de explicar la operación de ponderación presupuesta a la luz de la filosofía de la medición. Más específicamente, se ha intentado exponer que el determinar la ponderación impuesta por la proporcionalidad, consiste en una operación de medición —aunque sea solo metafóricamente— y, por tanto, es muy útil aprovechar el conocimiento de la filosofía de la medición. Esto hace también posible superar de manera convincente la objeción de la inconmensurabilidad.

Considerando que la metáfora del peso no es la mejor representación del fenómeno de la restricción de las normas de los derechos fundamentales, se intentó reconstruir la fórmula del peso de Alexy a la luz de la magnitud del "esfuerzo de compresión", que parece tener mayor poder explicativo. Se debe notar que nada de esto es incompatible con modelos como aquellos propuestos por autores como Martínez Zorrilla. Finalmente, se identificó un conjunto de criterios y se explicó su fuente normativa y las conexiones entre ellos, los cuales proveen justificación legal para la medición precisa de las restricciones hechas a las normas de derechos fundamentales.

Fuentes

Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification.* Dordrecht: Springer.

Alchourrón, C. E. (1991). Conflicts of norms and revision of normative systems. *Law and Philosophy, 10*(4): 413-425.

Aleinikoff, T. A. (1987). Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal, 96*(5): 943-1005.

Alexy, R. (2000). On the Structure of legal principles. *Ratio Juris,* 13: 295 y ss.

_____ (2003a). Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris,* 16: 131 y ss.

_____ (2003b). On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris, 16*(4).

_____ (2007). Derechos constitucionales a protección. En R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

_____ (2010). *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press.

_____ (2011). Deber ideal. En L. Clérico, J. Sieckmann y D. Oliver-Lalana (Coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy.* Granada: Comares.

Barak, A. (2012). *Proporcionality: Constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.

Beatty, D. M. (2004). *The ultimate rule of law*. Oxford: Oxford University Press.

Beer, F. P., E. R. Johnston y J. T. DeWolf (2006). *Mechanics of materials* (5a. ed.). Nueva York: McGraw-Hill Science.

Bernal Pulido, C. (2006). On Alexy's weight formula. En A. Menéndez, E. Eriksen (Coords.), *Arguing fundamentals rights*. Dordrecht: Springer.

_____ (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3a. ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2011). ¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España. En J. Sieckmann (Ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy.* Madrid: Comares.

Black, M. (1955). Metaphor. *Proceedings of the Aristotelian Society,* New Series, vol. 55 (1954-1955): 273-294.

Böckenförde, E. W. (1992). *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt: Suhrkamp.

_____(2003). Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik. *Der Staat, 42*(2): 165-192.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

_____ (2007). Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Legisprudence, 1*(2): 197-240.

_____ (2010). The Structure of formal principles - Robert Alexy's "Law of Combination". En M. Borowski (Ed.), On the nature of legal principles. Stuttgart: Steiner Verlag.

Boumans, M. (2007). Invariance and calibration. En M. Boumans (Ed.), *Measurement in economics: A handbook.* Londres: Academic.

_____ (2012). Measurement in economics. En U. Mäki (Ed.), Philosophy of economics. Oxford: Elsevier.

Boyd, R. (1993). Metaphor and theory change: What is "Metaphor" a metaphor for? En A. Ortony (Ed.), *Metaphor and thought* (2a. ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

Brozek, B. (2004). *Defeasibility of legal reasoning*. Cracovia.

_____ (2012). Reglas y principios legales: una teoría revisitada. *i-lex,* 17.

Bulygin, E., y D. Mendonca (2005). *Normas y sistemas normativos.* Madrid: Marcial Pons.

Burazin, L. (2014). Antinomies between implicit legal principles: A solution to the total-partial antinomy. En M. Jovanović y K. E. Himma (Eds.), *Courts, interpretation, and the rule of law* (pp. 167 y ss.). La Haya: Eleven.

Chang, R. (1998). Introduction. En R. Chang (Ed.), *Incommensurability, incomparability, and practical reason* (pp. 1-34). Cambridge: Harvard University Press.

Chang, H., y N. Cartwright (2014). Measurement. En M. Curd y S. Psillos (Eds.), *The Routledge companion to philosophy of science* (2a. ed.) (pp. 411 y ss.). Nueva York: Routledge.

Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica.* Madrid: Marcial Pons.

Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

Duarte, D. (2006). *A norma de legalidade procedimiental administrativa - a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade administrativa.* Coimbra: Almedina.

_____ (2009). Rebuting defeasibility as operative normative defeasibility. En José de Sousa Brito, *Liber Amicorum* (pp. 161-174). Coimbra: Almedina.

_____ (2010). Drawing up the boundaries of normative conflicts that lead to balances. En J. Sieckmann J (Ed.). *Legal reasoning: The methods of balancing* (pp. 51 y ss.). Stuttgart: Steiner Verlag.

_____ (2012). An experimental essay on its antecedent and its formulation. *i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale,* 16: 37-60.

Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.

Endicott, T. (2014). Proportionality and incommensurability. En G. Huscroft, B. W. Miller y G. Webber (Eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning.* (pp. 323 y ss.). Cambridge: Cambridge University Press.

Ferguson, A., C. S. Myers, R. J. Bartlett, H. Banister, F. C. Bartlett, W. Brown et al. (1940). *Quantitative estimates of sensory events.* The Advancement of Science. The Report of the British Association for the Advancement of Science, 2.

Ferrer Beltrán, J., y G. B. Ratti (Eds.) (2012). *The logic of legal requirements - Essays on defeasability.* Oxford: Oxford University Press.

Frigerio, A., A. Giordani y L. Mari (2010). Outline of a general model of measurement. *Synthese, 175*(2): 123-149.

Giordani, A., y L. Mari (2012). Measurement, models, and uncertainty. *IEEE Trans Instrum Meas, 61*(8): 2146 y ss.

González Pascual, M. (2010). El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos. Pamplona: Civitas.

Griffin, J. (1997). Incommensurability: what's the problem? En R. Chang (Ed.), *Incommensurability, incomparability, and practical reason* (pp. 35-51). Cambridge: Harvard University Press.

Grimm, D. (1991). *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt: Suhrkamp.

Guastini, R. (2014). Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez* (6a. ed.). Madrid: Trotta.

Hart, H. (2012). *The concept of law* (3a. ed.). Oxford: Oxford University Press.

Helmholtz, H. von (1930). *Counting and measuring*. Nueva Jersey: Van Nostrand.

Hoffmann-Riem, W. (2004). Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte? En M. Bäuerle et al. (Eds.) *Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, Festgabe zum 60. Geburtstag von Brun-Otto Bryde* (pp. 53 y ss.). Baden-Baden: Nomos.

Hughes, J., y A. Esterline (2006). Means-end relations and a measure of efficacy. *Journal of Logic, Language and Information, 15*(1/2): 83-108.

Hurley, S. (1992). *Naturals reasons: personality and polity*. Oxford: Oxford University Press.

Jansen, N. (2011). Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho. En J. Sieckmann (Ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.* Madrid: Comares.

Jestaedt, M. (2012). The doctrine of balancing: Its strengths and weaknesses. En M. Klatt (Ed.), *Institutionalized reason - the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press.

Kagan, S. (1991). *The limits of morality.* Oxford: Oxford University Press.

Klatt, M., y M. Meister (2012a). The constitutional structure of proportionality. Oxford. Oxford University Press.

Kövecses, Z. (2002). *Metaphor: A practical introduction*. Oxford: Oxford University Press.

Kuhn, T. S. (1961). The Function of Measurement in Modern Physical Science. *Isis, 52*(2): 161-193.

_____ (1993). Metaphor in science. En A. Ortony (Ed.), *Metaphor and thought* (2a. ed.) (pp. 533 y ss.). Cambridge: Cambridge University Press.

Lakoff, G. (1993). The contemporary theory of metaphor. En A. Ortony (Ed.), *Metaphor and thought* (2a. ed.) (pp. 202 y ss.). Cambridge: Cambridge University Press.

Lakoff, G., y M. Johnson (2003). *Metaphors we live by*. Chicago: University of Chicago Press.

Luzzati, C. (2013). *El principio de autoridad y la autoridad de los principios*. Madrid: Marcial Pons.

MacCormick, N. (1994). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.

Maranhão, J. (2012). *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo.* Madrid: Marcial Pons.

Mari, L. (2003). Epistemology of measurement. *Measurement, 34*(1): 17-30.

_____ (2005). Models of the measurement process. En P. Sydenman y R. Thorn (Eds.), *Handbook of measuring systems design,* vol 2. Chichester: Wiley-Blackwell.

Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa.* Madrid: Marcial Pons.

_____ (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid Marcial Pons.

Martins, T. R. (2016). A Configuração do Princípio da Proporcionalidade e a sua Aplicação na Ponderação de normas de Direitos Fundamentais: A Fórmula da Proporcionalidade. *Revista Jurídica AAFDL,* 30.

Mendonca, D. (2003). *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos.* Madrid: Tecnos.

Möller, K. (2012a). *The global model of constitutional rights.* Oxford: Oxford University Press.

Moniz Lopes, P. (2016). *Derrotabilidade normativa e normas administrativas* (tesis doctoral). Universidad de Lisboa, Facultad de Derecho, Lisboa.

_____ (2017). Implicazioni derivanti dalla genericità sulla (in)coerenza e (in)completezza dei sistemi giuridici. *Diritto & Questioni Pubbliche, 17*(1): 275-327.

Moreso, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.

Novais, J. R. (2010). *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2a. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

Ossenbühl, F. (1996). Abwägung im Verfassungsrecht. En W. Erbguth (Ed.), *Abwägung im Recht.* Colonia: Carl Heymanns.

_____ (1998). Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung. En *Symposium ausAnlass des 70. Geburtstagesvon Peter Lerche*. München: Beck.

Papier, H.-J. (2005). Aktuelle grundrechtsdogmatische Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. En K. Grupp y U. Hufeld U (Ed.), *Recht, Kultur, Finanzen. Festschrift für Reinhard Mußgnug zum 70. Geburtstag am 26. Oktober 2005* (pp. 81 ss.). Heidelberg: CF Müller.

Peczenik, A. (2008). *On law and reason*. Dordrecht: Springer.

Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Poscher, R. (2003). *Grundrechte als Abwehrrechte.* Tübingen: Mohr Siebeck.

Raz, J. (1972). Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal, 81*(5): 823-854.

_____ (2001). *Engaging reason*. Oxford: Oxford University Press.

Reimer, M., y E. Camp (2008). Metaphor. En E. Lepore y B. C. Smith (Eds.), *The Oxford handbook of philosophy of language*. Oxford: Oxford University Press.

Ross, A. (1959). *On law and justice*. Berkeley: University of California Press.

_____ (1968). *Directives and norms*. Nueva York: Humanities Press.

Russell, B. (1996). *The principles of mathematics,* 2a. ed. Nueva York: W.W. Norton & Company.

Sadd, M. H. (2014). *Elasticity: theory, applications, and numerics,* 3a. ed. Oxford: Académico.

Sartor, G. (2012). Defeasibility in legal reasoning. En J. Ferrer Beltrán y G. B. Ratti (Eds.). *The logic of legal requirements - Essays on defeasibility.* Oxford: Oxford University Press.

_____ (2013). The Logic of Proportionality: Reasoning with Non-numerical Magnitudes. *German Law Journal, 14*(8): 1419-1456.

Scherzberg, A. (1989). *Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität"*. Berlín: Duncker & Humblot.

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

_____ (1984). *Freiheit durch Eingriffsabwehr-Rekonstruktion der Klassischen Grundrechtsfunktion.* EuGRZ.

Sieckmann, J. (2011a). Concepciones de la ponderación: optimización y la "fórmula del peso" de Robert Alexy. En G. A. Beade y L. Clérico (Eds.), *Desafíos a la ponderación.* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

_____ (2012). *The logic of autonomy - Law, morality and autonomous reasoning*. Oxford: Oxford University Press.

_____ (2015). Norma Jurídica. En J. L. Fabra Zamora y V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho,* vol. II, cap. 24. México: IIJ-UNAM.

Silva, V. A. (2011). Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies, 31*(2): 273-301.

Stern, K. (1994). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* vol. III/1, München: C. H. Beck.

Stern, J. (2000). *Metaphor in context*. Cambridge: The MIT Press.

Stevens, S. S. (1946). On the theory of scales of measurement. *Science,* New Series, 103(2684): 677-680.

_____ (1951). Mathematics, measurement, psychophysics. En S. S. Stevens (Ed.), Handbook of experimental psychology. Nueva York: Wiley.

_____ (1959). Measurement, psychophysics and utility. En C. W. Churchman y P. Ratoosh (Eds.), *Measurement: Definitions and theories*. Nueva York Wiley.

Stoljar, D. (2016). Physicalism. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Disponible en https://plato.stanford.edu/entries/physicalism/

Šušnjar, D. (2010). *Proportionality, fundamental rights and balance of powers.* Leiden: Brill-Nijhoff.

Sweet, A. S., y J. Mathews (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law, 47*(1): 73-165.

Tal, E. (2013). Old and New Problems in Philosophy of Measurement. *Philos Compass, 8*(12): 1159-1173.

_____ (2017). Measurement in science. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Disponible en: «https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/measurement-science/)».

Trout, J. D. (2001). Measurement. En W. H. Newton-Smith (Ed.), *A companion to the philosophy of science.* Oxford: Wiley.

Tsakyrakis, S. (2009). Proportionality: An assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law, 7*(3): 468-493.

Urbina, F. J. A. (2017). *Critique of proportionality and balancing.* University Press, Cambridge: Cambridge.

Waldron, J. (1994). Fake incommensurability: A response to Professor Schauer. *Hastings Law Journal, 45*(4): 813 y ss.

Wright, G. H. von (1963). *Norm and action - A logic enquiry*. Londres: Routledge y Kegan Paul.

Wróblewski, J. (1971). Legal decision and its justification. *Logique et Analyse, 14*(53/54): 409-419.

Zucca, L. (2007). Constitutional dilemmas: Conflicts of fundamental legal rights in Europe and the USA. Oxford: Oxford University Press.

Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer*

Matthias Klatt

* Este trabajo es la traducción de la versión original del autor de "Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis", *Oxford Journal of Legal Studies* (en preparación), https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa051, publicado primeramente en línea en diciembre de 2020. Texto presentado el 25 de noviembre de 2019 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. Texto presentado el 25 de noviembre de 2019 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. El autor agradece muy cordialmente a Rubén Sánchez Gil por haber realizado esta traducción.

Sumario: A. Introducción; B. La ponderación según Schauer; I. Cuatro proposiciones; II. Dos escenarios de conflicto; III. Tesis de la restricción de Schauer; C. Exposición de la teoría de los principios; I. La relevancia limitada de la tesis de Schauer; II. Prevalencia y ponderación combinadas; III. La fórmula del peso; IV. Reconstrucción de las proposiciones de Schauer; 1. Primera proposición; 2. Segunda proposición; 3. Tercera proposición; 4. Cuarta proposición; D. La dimensión epistemológica; I. Primera interpretación; II. Segunda interpretación; III. Tercera interpretación; IV. Resultados; E. Conclusión.

A. Introducción

El último paso del análisis de proporcionalidad, la ponderación, es un muy controvertido método de razonamiento sobre los derechos. El triunfante éxito mundial del análisis de proporcionalidad lo ha convertido en uno de los elementos esenciales del derecho constitucional genérico (Klatt y Meister, 2012b, pp. 1-3). No obstante, quienes lo critican impugnan diversos aspectos relacionados particularmente con la última vertiente de la proporcionalidad. En contraste con estas impugnaciones, sostengo que la proporcionalidad es el mejor medio para estructurar los procesos de justificación del razonamiento sobre los derechos con el máximo grado posible de racionalidad (Klatt y Meister, 2012b, pp. 1-3; Klatt, 2019, pp. 159-196). Por buenas razones, la proporcionalidad es la técnica dominante de la adjudicación de derechos en el mundo.[1]

[1] Esto es reconocido entre otros por Kai Möller, quien incluye el análisis de proporcionalidad entre las cuatro características centrales de su modelo global de derechos constitucionales. Véase Möller (2012, pp. 2, 13-15).

Ahora Frederick Schauer formula nuevas críticas. Discute la ampliamente compartida visión (Alexy, 2017, pp. 31-47; Barak, 2010, pp. 1-16; Klatt y Meister, 2012a) que incluye la ponderación en el juicio de proporcionalidad. Esta visión, postula Schauer, crea "una falsa equivalencia" (Schauer, 2014, p. 174). Es falsa, según él, porque contradice la distinción entre derechos e intereses. Designo a lo anterior "tesis de la asimetría".

En este trabajo quiero controvertir la tesis asimétrica de Schauer. Más precisamente, invito a fijar la atención en su correcto entendimiento, el cual se aparta significativamente de la explicación de su autor. Primeramente, recapitularé la crítica de Schauer a la ponderación y desenredaré los diversos elementos de su tesis de la asimetría (apartado 2). Enseguida, usaré la explicación de la ponderación establecida por la teoría de los principios con el fin de analizar los méritos y las debilidades del argumento de Schauer (apartado 3). Finalmente, examinaré la dimensión epistemológica de la tesis (apartado 4), antes de concluir con un sumario de mis descubrimientos (apartado 5).

B. La ponderación según Schauer

Schauer describe la asimetría entre derechos e intereses mediante cuatro diferentes proposiciones (sección 2.1) y dos escenarios de conflicto (sección 2.2). Asimismo, complementa su tesis asimétrica con otra: la tesis de la restricción (sección 2.3).

I. Cuatro proposiciones

Las cuatro proposiciones de Schauer dicen así:

1. Un cierto grado de restricción de un derecho se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento de un interés público.

2. "Los derechos valen más que los intereses no protegidos como derechos (*non-rights-protected*)" (Schauer, 2014, p. 177).

3. "Pero cuando los derechos están en un lado de la ecuación, hay una presunción a favor del derecho o, lo que es más o menos lo mismo, una carga de la prueba impuesta a quienes restrinjan el derecho […]" (Schauer, 2014, p. 178).

4. Tanto los derechos de libertad como los de igualdad pueden restringirse, pero sólo cuando la razón para imponer una restricción es una "razón con fuerza especial" (Schauer, 2014, p. 176).

La asimetría entre derechos e intereses, así descrita, se opone a hacer equivalentes la proporcionalidad y la ponderación, porque esta ecuación "colapsa" e "ignora" estas diferencias cruciales (Schauer, 2014, p. 176).

Antes de atender a detalle el argumento de Schauer que defiende esta asimetría, es preciso hacer dos observaciones. Primero, he reformulado la primera proposición; en su forma original, dice "[U]n cierto grado de restricción en la libertad de expresión se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento del orden público" (Schauer, 2014, p. 176); mi versión es distinta de la original sólo en un aspecto: aquélla aprehende mejor el punto teórico que Schauer quiere plantear; su argumento principal no trata específicamente de la libertad de expresión sino más generalmente de los derechos e intereses. Segundo, la proposición (2) puede sonar como si Schauer asumiera un estatus kantiano o deontológico de los derechos en contraste con teorías consecuencialistas o utilitaristas; él enfatiza, sin embargo, que dicha proposición no tiene tales implicaciones, y que en vez de ello la idea de los derechos siendo más valiosos que los intereses no protegidos como derechos es neutral en cuanto a la teoría que justifica su más elevado valor (Schauer, 2014, p. 177).

II. Dos escenarios de conflicto

Para explicar las consecuencias de la asimetría entre los derechos y los intereses, Schauer distingue dos escenarios de conflicto. En el primero,

dos intereses compiten entre sí; en el segundo, un derecho compite con un interés. Desde una perspectiva analítica, quisiera añadir que existe un tercer escenario: un conflicto entre dos derechos; Schauer (2014, p. 177) reconoce la existencia de este tercer tipo, pero no lo considera más; esta omisión es una seria falla sobre la que volveré más adelante.

El ejemplo de Schauer para el primer conflicto es una autoridad creadora de políticas *(policy-maker)* que quiere decidir si aumenta el límite de velocidad en las autopistas. Dos intereses compiten aquí: por un lado, el de evitar muertes y lesiones viales; por el otro, el de evitar costos en términos de eficacia económica. Dicha autoridad ha de ponderar las eficacias relativas netas de varios límites de velocidad.

Por el bien del argumento, Schauer entonces supone —"contrariamente a los hechos" *(counterfactually)*, como dice— que hay un derecho no absoluto de conducir a mayor velocidad, mientras que el interés de permanecer libre de lesiones resulta un interés no protegido como derecho. En tales circunstancias, el derecho a conducir más velozmente aún puede ser limitado por el interés de evitar accidentes; esta posibilidad se sigue del hecho de que, por definición, un derecho no es infinitamente rígido. No obstante, y tal es el punto principal de Schauer, la fuerza del interés contrario tiene que ser más fuerte en el segundo escenario: sólo esta exigencia reflejaría la diferencia de que en él se trataría de un derecho a conducir más velozmente (escenario 2) y no sólo de un interés (escenario 1). La teoría tiene entonces que considerar que para superar un derecho, "[se requieren] pruebas más fuertes o argumentos más poderosos que en ausencia de un derecho" (Schauer, 2014, p. 175).

Este punto general, arguye Schauer, es aún más plausible en una variante del segundo tipo de conflicto. En esta variante, el derecho es ubicado en el otro lado de la escala. El interés de conducir a mayor velocidad es un mero interés, mientras que existe un derecho a estar libre de riesgos de tráfico. Schauer asevera que en esta variante

> una cierta medida de riesgo incrementado sería más dañina que cierta medida de decremento de la eficacia, y así los argumentos y pruebas necesarios para imponer este riesgo necesitarían ser más fuertes que los argumentos y la evidencia suficiente para imponer el riesgo en ausencia de un derecho a estar libre de ese riesgo [Schauer, 2014, p. 175].

De nuevo, esta variante se halla diseñada para demostrar la asimetría entre los derechos y los intereses.

III. Tesis de la restricción de Schauer

La explicación que Schauer da a esta asimetría lo conduce a un punto adicional: construye su ejemplo del límite de velocidad para justificar su afirmación de que la noción de ponderación es apropiada mayormente para el primer tipo de conflicto. La ponderación, sostiene, es un método apropiado sólo si están en juego dos intereses no protegidos como derechos; entrando a escena un derecho, cualquier uso de la ponderación es "engañoso". Si Schauer estuviera en lo correcto, la ponderación sería un método apropiado sólo para las autoridades que crean políticas y que expiden constituciones, las cuales sopesan intereses políticos que aún no gozan de algún estatus jurídico; sería inapropiado para todas las autoridades que operan en un marco jurídico, primordialmente para la Administración y los tribunales. Designo "tesis de la restricción" a esta posición sobre el limitado papel de la ponderación.

El argumento de Schauer, en pocas palabras, consiste en dos pasos: hay una asimetría esencial entre los derechos y los intereses (tesis de la asimetría), y la ponderación ignora esta asimetría, y por ende su empleo debe restringirse a resolver conflictos entre intereses no protegidos como derechos (tesis de la restricción).

En lo sucesivo, quisiera demostrar que la tesis de la asimetría es correcta, aunque en un sentido diferente al que refiere Schauer, y que la tesis de

la restricción es falsa. Justificaré ambos puntos con la ayuda de la exposición más elaborada de la ponderación, desarrollada por la teoría de los principios.

C. Exposición de la teoría de los principios

Schauer sólo menciona brevemente la razón más profunda para sus tesis asimétrica y restrictiva: "Los derechos varían en fuerza" (Schauer, 2014, p. 174). Esto es indudablemente cierto. Tal cuestión será el problema central que subyace a la siguiente reconstrucción del argumento de Schauer: llamaré la atención a la limitada relevancia de la tesis de Schauer (sección 3.1); enseguida, demostraré que el agudo antagonismo entre prevalencia (*trumping*) y ponderación, que subyace a la tesis de Schauer, pueden conciliarse en cierta medida (sección 3.2); estableceré algunos elementos fundamentales de la fórmula del peso (sección 3.3); subsecuentemente, emplearé dicha fórmula para reconstruir las cuatro proposiciones de Schauer (sección 3.4).

I. La relevancia limitada de la tesis de Schauer

Quiero hacer notar una particular limitación del ejemplo de Schauer sobre el límite de velocidad: depende de dos suposiciones explícitas. Éstas son: "no hay un derecho a la eficiencia económica ni un derecho a estar libre de los riesgos de conducir" (Schauer, 2014, p. 175), y que él "contrariamente a los hechos" supone que habría un derecho a manejar a alta velocidad, para enseguida argüir que

> el derecho a conducir a sesenta millas por hora, por su naturaleza no absoluta, estaría sujeto a limitación o superación, pero la fuerza de las pruebas o de los argumentos suficientes para superar el *interés* en hacerlo sería ese interés no entendido o protegido como un derecho [Schauer, 2014, p. 175] [cursivas añadidas].

Desde una perspectiva europea continental, este argumento causa perplejidad. En la mayoría de los regímenes de derechos, las dos mencionadas suposiciones de Schauer serían contrarias a los hechos. Para tomar el ejemplo de la Constitución alemana, el derecho general de libertad conforme al artículo 2.1 de la Ley Fundamental comprende el derecho a hacer o no hacer lo que a uno le plazca.[2] El ámbito del derecho general de libertad protege cuestiones tan ordinarias como un derecho *prima facie* a montar a caballo en los bosques públicos[3] o alimentar a las palomas en las plazas públicas;[4] asimismo, abarca un derecho *prima facie* a conducir a alta velocidad. En cuanto al derecho a estar libre de los riesgos de conducir, la autoridad creadora de políticas tiene una obligación positiva de controlar los riesgos severos a la salud y a la vida según el artículo 2.2 de la Ley Fundamental: dicha autoridad no es libre de optar por proteger la vida y la salud de las personas frente a severas lesiones automovilísticas, y los titulares de derechos pueden exigir que se implementen medidas protectoras, aun cuando ella disfrute de amplia discreción para seleccionar los medios para tal efecto.[5]

Muchos sistemas jurídicos intentan evitar lagunas de protección como las existentes en el ejemplo de Schauer: permiten amplios alcances a los derechos con el propósito de maximizar la protección que *prima facie* brindan;[6] igualmente tienen extensos, exhaustivos catálogos de derechos, que aseguran que éstos protegen todas las acciones y alternativamente, y ésta es la tercera opción, comprenden derechos generales a la libertad y a la igualdad, los cuales funcionan como derechos de carácter subsidiario y como respaldo en caso de que una conducta en particular

[2] El artículo 2.1 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania dispone: "Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad en tanto no vulnere los Derechos de otras ni contravenga el orden constitucional o la moral pública". *Cfr.* Alexy (2002a, pp. 223-259); véase también Rivers (2002, pp. xIi-xliv).
[3] BVerfGE 39, 1; e *ibid.* 88, 203.
[4] *Ibid.* 54, 143.
[5] *Cfr.* Klatt (2011, p. 681).
[6] Sobre las diversas ventajas de los amplios alcances y de la generosidad en la definición, véanse Klatt y Meister (2012a, pp. 700-702) y Meister (2011, pp. 58-127).

no caiga en el ámbito de algún derecho más especializado. En ninguno de estos escenarios se sostienen ambas suposiciones de este autor.

En consecuencia, la distinción de Schauer entre estos dos tipos de conflicto se desvanece. Casi todos los intereses caerán dentro del alcance protector de un derecho. Por ende, el primer conflicto (interés vs. interés) automáticamente se convertirá en uno del segundo tipo (derecho vs. interés). De este modo, colapsa la distinción entre los dos tipos de conflicto; tal es la razón para proponer que desde el comienzo la tesis asimétrica de Schauer sea de mínima relevancia.

II. Prevalencia y ponderación combinadas

Alguien que defienda el modelo de Schauer podría, sin embargo, conceder esta fusión; pero aun así insistiría en que, por lo menos del lado del interés estatal, hay una entidad no protegida como derecho. Precisamente, este escenario tiende a justificar la tesis de la asimetría en conjunto con la proposición (número 2) mencionada arriba; no obstante, esta réplica evade el punto por completo. Lo que en última instancia importa para una correcta imagen de la ponderación no es si algo cae en el ámbito de un derecho o en el de un interés público, sino el nivel de la jerarquía normativa en que las dos entidades jurídicas se localizan.[7]

La ponderación sólo es posible entre entidades que gozan del mismo estatus en la jerarquía de las normas. Si la posición jerárquica de dos entidades contendientes es diferente, tiene lugar un efecto de prevalencia alineado al antiguo principio *lex superior derogat legi inferiori*: la norma de mayor rango prevalecerá sobre la que tenga uno menor. Esta prevalencia sucede sin ponderación, y sin reparar en cuál de las dos es el derecho y cuál es el interés público.

[7] Sobre la jerarquía normativa, véase Klatt (2020, sección III.B).

Si negáramos tal prevalencia entre los diferentes niveles de la jerarquía normativa, entonces los críticos ciertamente tendrían razón: los derechos con estatus constitucional podrían ser superados incluso por intereses menores que carezcan de él.[8] En efecto, privaríamos a los derechos constitucionales de su fuerza normativa, una preocupación que subyace a la tesis de Schauer.

Sin embargo, la teoría de la ponderación no sostiene tal posición; en su lugar, reconoce este efecto de prevalencia. He designado a este efecto *primera ley de la prevalencia*: los derechos constitucionales siempre prevalecen sobre todos los demás intereses excepto los que como ellos gozan de estatus constitucional (Klatt y Meister, 2012b, pp. 23 y 27).[9] Los intereses que no disfrutan de esta posición son rigurosamente excluidos de cualquier ponderación con los derechos constitucionales. Dado que la teoría de la ponderación es capaz de incluir algunos efectos de prevalencia (Klatt y Meister, 2002b, pp. 26-29), es prematuro el total rechazo de Schauer (2014, p. 177)[10] a combinar la ponderación con la noción de los derechos como prevalentes.

No obstante, tenemos que reconocer que este efecto de prevalencia no es una condición muy demandante ni un filtro muy activo para resguardar a los derechos de ser ponderados contra intereses públicos. Nuestras constituciones modernas no incluyen una red de derechos carente de resquicios; en su lugar, también despliegan la misma abundancia del lado de intereses públicos: las constituciones protegen el bienestar social y la seguridad nacional tanto como la sostenibilidad y la democracia. Lo que importa en el presente contexto es que todos estos intereses públicos gozan asimismo de un estatus constitucional, así que ellos se ubican —en cuanto a su fuente jurídica— al mismo nivel jerárquico que los derechos constitucionales.

[8] *Cfr.* Klatt y Meister (2012a, p. 689). Véase también Klatt y Meister (2012b, p. 17).
[9] Véanse también Klatt y Meister (2012a, p. 690); Alexy (2002a, p. 185); Borowski (2007, p. 213).
[10] Véase también Afonso da Silva (2011, pp. 281-282).

Casi siempre les será posible a las autoridades alegar que el interés público que persiguen al restringir un derecho constitucional goza de estatus constitucional. Esto es *a fortiori* verdadero si distinguimos entre estatus constitucionales de primer y de segundo grados (Alexy, 2002a, p. 81).

Un principio tiene estatus constitucional de primer grado si su validez no depende de una decisión legislativa. Su estatus constitucional deriva directamente de la decisión del Constituyente de incluir este principio en la lista de principios constitucionales.

En contraste, un principio tiene estatus constitucional de segundo grado si su validez deriva de una decisión legislativa. Ésta podría emitir una norma de estatus ordinario que persiga un objetivo colectivo que no está en la lista de principios constitucionales de primer grado; aun así, al hacer esta emisión, la legislatura al mismo tiempo expide un principio constitucional de segundo grado que es capaz de limitar derechos constitucionales en cierta medida. El trasfondo de esta competencia de la legislatura para introducir principios constitucionales de segundo grado es el hecho de que en las democracias constitucionales ella tiene facultades para decidir por sí misma qué metas o fines colectivos perseguirá. Muchas disposiciones de derechos constitucionales dejan abierta la clase de posibles razones para limitar el derecho correspondiente; esta apertura resulta en un tipo particular de discrecionalidad estructural para la legislatura que se denomina "discrecionalidad de determinación de fines" (Alexy, 2002b, pp. 395-396). La legislatura puede elegir los fines que justifiquen las limitaciones a los derechos, y si los escoge mediante una expedición ordinaria, crea principios constitucionales de segundo grado; esta emisión es un ejercicio del Poder Legislativo para establecer límites a los derechos constitucionales al perseguir metas políticas en la forma de principios constitucionales de segundo grado. El resultado es un límite constitucionalmente mediato, el cual es un límite para cuya determinación la Constitución faculta a la legislatura (Alexy, 2002a, p. 189).

Para ilustrar lo anterior por vía de ejemplo: el Tribunal Constitucional Federal alemán ha aceptado la discrecionalidad de determinación de

fines de la legislatura para crear un principio constitucional para el "mantenimiento y apoyo de oficios manuales". Este principio protector no está listado en la Constitución *per se*, como un —llamémosle así— interés público no absoluto; no es uno de los "[intereses] públicos reconocidos con independencia de las políticas corrientes de la sociedad (como, por ejemplo, la salud pública)".[11] Se trata por ende de una meta que la legislatura no está obligada a perseguir.

No obstante, esta meta es candidata a ser un interés público relativo. Esta última categoría consiste en un interés por cuya persecución puede la legislatura optar legítimamente de acuerdo con las "metas y concepciones específicas de carácter económico, social y político" con la que esté trabajando.[12] Además, si así lo eligiera, con base en un principio constitucional de segundo grado la legislatura podría limitar derechos constitucionales, siempre que se satisfagan otros requisitos adicionales, primordialmente, el examen de proporcionalidad.

Podemos sumar estos principios constitucionales de segundo grado a los de primer grado. Así se vuelve entonces aún más plausible que casi siempre terminaremos en un escenario en el que el interés público contendiente se halla constitucionalmente protegido.

Con todo, Schauer podría responder que lo anterior no refuta su preocupación por que la teoría de la ponderación descuida la inigualable fuerza de los derechos. Él podría leer mucho de lo dicho arriba como una confirmación de su inquietud de que la asimetría entre los derechos y los intereses se combina al elevar los intereses públicos a un estatus constitucional. Con una respuesta a este tenor, Schauer se uniría a aquellos críticos establecidos que aseveran que los derechos en la ponderación y en el análisis de proporcionalidad "carecen de fuerza especial

[11] BVerfGE 13, 97 (107) (caso *Reglamento de la Actividad Artesanal*; sentencia disponible en http://bit.ly/2M18IMR).
[12] *Idem*.

como cartas de triunfo (*trump*)", y que son degradados a meras "florituras retóricas" (Beatty, 2004, p. 171).

Tsakyrakis ha sido quien más vigorosamente ha planteado este punto:

> [E]n […] la ponderación, no puede haber concepto alguno de derechos fundamentales que tenga prioridad sobre otras consideraciones. En la escala, los intereses protegidos por los derechos se encuentran ellos mismos a la par de cualquier otro interés que tengan los individuos o el Gobierno. De esta guisa, los intereses de la mayoría tienden a superar los de individuos y minorías [Tsakyrakis, 2009, p. 471].

Esta preocupación asimismo se halla tras el argumento de Schauer. Dada esta crítica, la teoría de la ponderación ha de demostrar qué tan factible es la cabal protección de los derechos incluso cuando se ponderan frente a otros valores constitucionales. La teoría de la ponderación tiene que establecer cómo puede dar cuenta de la razón primordial de Schauer de que "los derechos son más valiosos que los intereses no protegidos como derechos" (Schauer, 2014 p. 177). En lo sucesivo, quisiera demostrar precisamente este punto con la ayuda de la fórmula del peso.

III. La fórmula del peso

La estructura de la ponderación ha sido elaborada mediante una fórmula precisa, la llamada "fórmula del peso", que Alexy presentó por primera vez en su epílogo a la edición inglesa de su *Teoría de los derechos fundamentales* (Alexy, 2002b, pp. 408-410).[13] La forma básica de la fórmula del peso se expresa así:

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i}{PA_j \cdot I_j}$$

Fórmula 1: Fórmula del peso en su forma básica

[13] Véase también la versión posterior en Alexy (2007).

La fórmula expone una ponderación entre dos principios contendientes: P_i y P_j. La variable que denota el resultado del cociente $PC_{i,j}$, corresponde al peso concreto de P_i y de P_j. PA_i y PA_j representan los pesos abstractos de P_i y de P_j. El peso abstracto de un principio es el peso que tiene en relación con otros principios, pero independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Los pesos abstractos de los principios contendientes algunas veces difieren entre sí; es posible, por ejemplo, argüir que el derecho a la vida tiene un peso abstracto más alto que el derecho a la propiedad.[14]

Sin embargo, a menudo, son iguales los pesos abstractos de los derechos constitucionales contendientes. En tal caso, se cancelan y excluyen recíprocamente y no tienen influencia sobre $PC_{i,j}$. El cociente resultante de $PC_{i,j}$ dependerá solamente de I_i y de I_j, otorgando a estas variables particular importancia. I_i representa la intensidad de la interferencia con P_i; I_j representa la importancia de satisfacer el principio competidor P_j. I_i e I_j son por definición variables concretas, ya que tanto la intensidad de la interferencia con P_i como la importancia de satisfacer I_j siempre dependerán de las circunstancias del caso concreto. Esto hace que la ponderación de principios y su resultado sean sensibles al caso particular.

Siguiendo el juicio de muchos tribunales constitucionales, la teoría de los principios emplea una escala tríadica para las cuatro variables I_i, I_j, PA_i, y PA_j. Esta escala consiste en valores leve (l), medio o moderado (m), y grave (g). Estos valores pueden representarse por los números 2^0, 2^1, 2^2. Estos números encarnan una secuencia geométrica, no continua (Alexy, 2007, pp. 20-26).

Tres reglas rigen las consecuencias que derivan del resultado del cociente Klatt y Meister, 2012b, p. 13): primera, si $PC_{i,j}$ obtiene un valor mayor que 1, hay obligación de preferir P_i en este caso; segunda, si $PC_{i,j}$ obtiene

[14] *Cfr.* Klatt y Meister (2012b, p. 11).

un valor menor que 1, hay obligación de preferir P_j; y tercera, si $W_{i,j}$ obtiene el valor 1, se queda en tablas; en este último supuesto, la Constitución no exige preferir P_i o P_j; tanto preferir P_i como P_j son constitucionales. Es necesaria una metarregla que rija los casos de empate; muchos sistemas jurídicos permiten entonces la discrecionalidad estructural del legislador; éste podría decidir a favor de cualquiera de los dos principios. El tribunal constitucional que ejerza control no interferirá con esta decisión sin importar a cuál principio da preferencia el legislador. Metarreglas diferentes son posibles, por supuesto, dependiendo de cómo el sistema jurídico ubica las competencias para decidir y para controlar.

Para reflejar el impacto de la certeza —siempre en sentido epistémico—[15] sobre la ponderación, Alexy empleó desde un inicio más variables en su fórmula del peso (Alexy, 2002b, p. 419; 2003, pp. 789-790; 2007, pp. 24-25). C_i y C_j corresponden a la certeza de las premisas usadas en la ponderación, según ellas se relacionan con dos principios contendientes. Sin embargo, es necesario distinguir entre las premisas normativas y empíricas, y entre sus respectivas certezas: algo podría ser muy cierto por lo que respecta a los hechos empíricos, pero aun así muy incierto en la dimensión normativa, o viceversa. Desde una perspectiva sistemática, podemos combinar cualquier grado de incertidumbre empírica con cualquier grado de incertidumbre normativa. Para poder registrar tales diferencias, Schmidt y yo hemos sugerido desdoblar las variables C en C^e, que denotaría la certeza de las premisas empíricas, y C^n, que correspondería a la de las premisas normativas (Klatt y Schmidt, 2010, pp. 51-52; 2012, p. 91; 2016).[16] Esta modificación es visible en la fórmula 2:

[15] *Epistemic reliability*, y en ocasiones sólo *reliability*, en el original. Previo acuerdo con el autor, se sustituyen estos términos por el vocablo hispano "certeza" y la aclaración entre guiones del texto anotado. Con la referencia explícita o implícita al adjetivo "epistémico", el concepto de "certeza" aquí usado denota los grados de posibilidad y solidez del conocimiento de los hechos que constituyen premisas empíricas y normativas de la ponderación (N. del T.)

[16] Véanse también Klatt y Meister (2012b, p. 132); Bernal (2006, p. 109) y Badenhop (2010, pp. 366-367).

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i \cdot C_i^e \cdot C_i^n}{PA_j \cdot I_j \cdot C_j^e \cdot C_j^n}$$

Fórmula 2: Fórmula del peso con certezas empírica y normativa

Para las variables *C*, usamos la escala de certeza (Klatt y Schmidt, 2010, pp. 51-52; 2012, p. 91; 2016).[17] Sus grados son: cierto o confiable (*c*), medianamente cierto (*m*), e incierto (*i*); los números que pueden asignarse a todas estas variables de certeza son $c = 2^0$, $m = 2^{-1}$, $i = 2^{-2}$. Si la certeza es alta, los valores sustantivos en la fórmula del peso no serán afectados; en cambio, si es menos que cierta, esto reducirá el poder determinante de los valores sustantivos PA_x e I_x; una muy baja certeza debilitará significativamente los valores sustantivos. Por ejemplo: una afectación grave, pero altamente incierta ($PC_i = I_i$ x C_i = 4 x ¼ = 1), alcanzará el mismo resultado que una meramente leve, pero altamente cierta ($PC_i = I_i$ x C_i = 1 x 1 = 1).

IV. Reconstrucción de las proposiciones de Schauer

La fórmula del peso nos permite notar algunas ambigüedades en las proposiciones de Schauer y reconstruirlas analíticamente con mayor claridad.

1. Primera proposición

La primera proposición que caracteriza esta asimetría genera perplejidad a primera vista:

1. Un cierto grado de restricción de un derecho se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento de un interés público.

[17] Alexy aún mantiene su escala; *cfr.* Alexy (2014, pp. 511-524; 2018, p. 874).

¿Cómo un cierto grado de restricción de un derecho puede ser "más grave" que "el mismo grado" de decremento de un interés público? Esto parece ser inherentemente contradictorio. La afectación de un derecho sería "más grave" que la importancia del principio que la justificase, pero entonces ésta no podría ser del "mismo grado" que aquella afectación; alternativamente, la importancia del principio justificante tendría "el mismo grado" que la afectación del derecho. Sin embargo, entonces la última no podría ser "más grave" que el primero, a menos que Schauer quisiera sugerir que midamos los derechos y otros principios constitucionales con diferentes escalas. Usar dos diferentes escalas en efecto evitaría la inherente contradicción de la proposición (1); empero, ello también haría abandonar por completo la idea de ponderación, porque ésta presupone que la misma escala se aplica a cada lado de la balanza.

No obstante, la proposición de Schauer cobra sentido si incluimos la distinción de la teoría de los principios entre pesos concretos y abstractos.[18] Entendemos lo que Schauer designa como "un grado de restricción de un derecho" como el peso concreto de la afectación (I_i). Podemos incluso entender que lo que Schauer señala como "grado de decremento en un interés público" es la importancia concreta del interés público (I_j). Esto permite la siguiente reconstrucción: cierto grado de restricción de un derecho, *tomado junto con* un mayor peso abstracto de ese derecho, puede alcanzar una mayor "capacidad de defensa" (y en este sentido ser "más grave") que el mismo grado de decremento de un interés público *tomado junto con* un menor peso abstracto de aquel interés público.[19]

Supóngase que surge el siguiente conflicto: una afectación moderada ($I_i = m = 2$) ocurre con un derecho P_i que tiene un alto peso abstracto ($PA_i = g = 4$); del otro lado de la escala, hallamos un interés público P_j,

[18] Sobre el papel de los pesos abstractos en la ponderación, véase Klatt (2014, pp. 892-894).
[19] La expresión "capacidad de defensa" sólo se ha empleado hasta ahora para el producto de un peso concreto y el grado relevante de certeza. Véase Klatt y Meister (2012b, p. 118). Sin embargo, aquí propongo que también puede usarse para el producto de los pesos abstractos y concretos.

constitucionalmente protegido, con un peso abstracto medio ($PA_j = m = 2$), cuya satisfacción en el presente caso tiene una importancia moderada ($I_j = m = 2$). Si pasamos por alto cualquier potencial problema de certeza, entonces la ponderación funciona de la siguiente manera:

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i}{PA_j \cdot I_j} = \frac{g \cdot m}{m \cdot m} = \frac{4 \cdot 2}{2 \cdot 2} = \frac{8}{4} = 2$$

Fórmula 3: Fórmula del peso con capacidades de vulneración y de defensa

Esta reconstrucción ayuda con la ambigüedad en la proposición (1) de Schauer. Como ésta supone, I_i e I_j tienen "el mismo grado", es decir, *moderado*. Aun así, con la inclusión de diferentes pesos abstractos, que están a favor del derecho P_j, la capacidad de defensa de éste gana un valor mayor: su privación es "más grave", como sostiene la proposición. Para poner el mismo punto en términos abstractos: las nociones de "cierto grado" y "el mismo grado" en la proposición (1) se refieren a los pesos concretos de los principios contendientes; en contraste, la noción de "una privación más grave" se refiere a la capacidad de defensa del derecho. La última combina los pesos concreto y abstracto del derecho, y los compara con la capacidad de vulneración del interés público. Entendida de esta manera, la proposición (1) ya no resulta inherentemente contradictoria; y lo que es más importante, la teoría de la ponderación puede fácilmente acomodarla.

2. Segunda proposición

La diferencia entre los pesos abstracto y concreto, que falta en el argumento de Schauer, es asimismo clave para entender su proposición (2), la cual sostiene que "[l]os derechos valen más que los intereses no protegidos como derechos". Podemos reconstruir este aspecto de la supuesta asimetría asignando a todos los derechos mayores pesos abstractos que a otros principios constitucionales. Sin duda, este mecanismo no garantizaría que los derechos siempre prevalezcan sobre los intereses públicos

con que contiendan. En contraste con la ordenación serial de Rawls (1972, p. 43; 1993, p. 296), que admite un peso absoluto a aquellos ubicados en los primeros lugares, asignar pesos abstractos más elevados a los derechos les otorga un margen ganador en la ponderación. Este margen ganador bien puede ser igualado, o en efecto superado, por otras variables del principio contendiente. El mecanismo que sugiero aquí para entender la proposición (2) de Schauer establece una "prevalencia *prima facie*", en oposición a una "prevalencia definitiva". Todo ello se sigue de la segunda ley de la prevalencia: cuanto más alto sea el peso abstracto de un principio, más probablemente prevalecerá sobre principios contendientes (Klatt y Meister, 2012b, p. 29; 2012a, p. 690). Debemos notar en este punto que tanto la primera como la segunda ley de la prevalencia demuestran que el pretendido antagonismo entre la prevalencia y la ponderación no es estricto. El problema no es si la prevalencia o la ponderación dan correctamente cuenta del razonamiento de los derechos, sino más bien cuál es el papel apropiado para la prevalencia en la exposición de la ponderación (Klatt y Meister, 2012b, p. 28).

3. Tercera proposición

Pasando a la proposición (3) de Schauer, el mismo mecanismo que acabo de describir también puede ayudar a incorporar su "presunción a favor del derecho" (Schauer, 2014, p. 178). Podemos reconstruir tal presunción dando al derecho P_i se le asigna un peso abstracto más alto ($PA_i = g$) que a su contendiente interés público P_j ($PA_j = m$), y así entra a la ponderación con un margen ganador. Éste da cuenta precisamente de la "presunción a favor del derecho" de Schauer.

De todos modos, la tesis de la asimetría de ninguna manera ayuda a reconstruir el tercer escenario, el cual Schauer soslaya de modo general, es decir, el de un conflicto entre dos derechos. Tenemos que notar el contraste de los otros dos escenarios, en los cuales un interés público figura en al menos uno de los lados. El tercer escenario no satisface la premisa

de la proposición (3) de Schauer: los derechos no están sólo "en un lado de la ecuación" sino en ambos lados. La noción de la "presunción a favor del derecho" sobre intereses no protegidos como derechos es inaplicable aquí, a menos que se establezca un orden presuntivo dentro de la clase de los derechos. No obstante, esta consideración aparte, la presunción "a favor del derecho" de Schauer se mantendría para ambos lados y así se neutralizaría a sí misma. Tal neutralización es frecuente; ocurre siempre que el derecho constitucional permite efectos horizontales. Los derechos constitucionales se irradian a todas las áreas del derecho, como se sostuvo en la sentencia del famoso caso *Lüth* del Tribunal Constitucional Federal alemán.[20] Dado que tal es un escenario estándar, la tesis de la asimetría es de todas maneras de aplicabilidad algo limitada.[21]

4. Cuarta proposición

En la proposición (4) de su tesis asimétrica, Schauer demanda exigir una "razón con fuerza especial" para la restricción de los derechos tanto de libertad como de igualdad (Schauer, 2014, p. 176). El problema con esta proposición es el siguiente: Schauer no dice cómo exactamente podría determinarse si una razón tiene una fuerza "especial" de modo que justifique una limitación a un derecho. Tampoco brinda ayuda para determinar cuándo, alternativamente, una razón sólo tiene una fuerza "no especial" de manera que no logre justificar tal limitación. Quisiera plantear que, antes que aducir esta proposición contra la ponderación de derechos, ésta en realidad da respuesta al problema.

Sólo necesitamos interpretar la noción de "fuerza" de Schauer como referente al peso concreto de un principio, y su noción de "especial" a la relación entre los respectivos pesos concretos de los principios contendientes. Por ejemplo: un interés público de peso concreto medio tendrá

[20] Para más detalles sobre *Lüth* y el efecto de irradiación de los derechos constitucionales, véase Klatt (2019).
[21] Véase *supra*, sección 3.1.

la fuerza suficiente (y eso será en este sentido de fuerza "especial") para limitar un derecho de peso concreto leve; no tendrá, sin embargo, fuerza suficiente (y esto será sólo en este sentido de fuerza "no especial") para limitar un derecho con peso concreto grave. La teoría de la ponderación provee abundantes medios para llegar a un acuerdo con las relaciones de fuerza entre los derechos y otros principios constitucionales. Además, es el mejor medio para determinar si se cumple la exigencia de "fuerza especial" de Schauer.

Es preciso hacer otra observación: que sea técnicamente posible dar a todos los derechos un valor abstracto más elevado que a los demás principios constitucionales no implica que fuera justificable hacerlo. Después de todo, en el texto constitucional no hay una señal clara de que la misma Constitución diferencia los pesos abstractos de tal manera. ¿Cómo exactamente podríamos justificar que, digamos, la libertad de reunión tenga un peso abstracto más elevado que el principio constitucional de democracia, o que el principio de Estado de derecho *(rule of law)* tenga un peso abstracto menor que el derecho de propiedad? No afirmo que tales diferencias en los pesos abstractos en realidad existan; de hecho, soy escéptico a este respecto.[22] En vez de eso, mi punto es el siguiente: presumiendo que tales diferencias de peso abstracto fueran racionalmente justificables, la teoría de la ponderación puede reconocerlas fácilmente; en consecuencia, el aspecto de la asimetría que captura la proposición (4) no va contra la exposición que la teoría de los principios hace de la ponderación.

D. La dimensión epistemológica

Hasta el momento he soslayado por completo una dimensión completamente diferente de la teoría asimétrica de Schauer. Su proposición (3)

[22] Mi escepticismo se refiere específicamente a tal distinción entre el peso abstracto de los derechos y el de otros principios constitucionales. No señalar tales distinciones dentro de la clase de los derechos. De hecho, reconozco la posibilidad de asignar un peso abstracto más alto al derecho a la dignidad, un peso abstracto inferior a la libertad general de acción, y un peso abstracto estándar a todos los demás derechos constitucionales.

iguala la presunción a favor del derecho con una "carga de la prueba impuesta a quienes restrinjan el derecho". La proposición de Schauer exige asimismo que esta carga sea "más o menos la misma cosa" que la presunción a favor del derecho (Schauer, 2014, p. 178). Podemos interpretar estas observaciones de tres diferentes maneras.

I. Primera interpretación

La primera interpretación relaciona el argumento de la "carga de la prueba" de Schauer con las certezas de la fórmula del peso. Debemos tener cuidado de no mezclar cuestiones epistemológicas y sustantivas; en contraste con Schauer, la teoría de los principios distingue entre las cuestiones de peso como tales y la cuestión de la certeza de las premisas que subyacen a la evaluación de los pesos; de ninguna manera son ambas "más o menos la misma cosa". Podemos querer usar, por ejemplo, un mayor peso abstracto de un derecho, en línea con la presunción de Schauer, pero aun así reconocer que sólo tiene un nivel medio la certeza de esta presunción ($C_i = m$).[23] Alternativamente, como otro ejemplo, podemos emplear un peso abstracto moderado para un interés público, pero sostener que estamos muy seguros de esta evaluación ($C_j = c$).

Por tanto, es importante ver que estas certezas tienen que considerarse respecto de ambos lados de la ecuación, como lo muestra la fórmula del peso al incluir variables epistémicas en el numerador y el denominador. No es posible imponer una cierta carga de certeza sobre la autoridad pública, mientras se pasa completamente por alto la que corresponde al titular del derecho, sea alta o baja. De otra manera, podría ocurrir una situación como la siguiente: supongamos que sea bastante incierto ($C_i = i = 2^{-2}$) que, por ejemplo, tenga lugar la vulneración moderada de un derecho ($I_i = m = 2$); y al mismo tiempo, que haya mediana certeza ($C_j = m = 2^{-1}$) de que el contendiente interés público tenga un peso

[23] Para simplificar, este argumento no distingue más allá, entre la certeza de premisas empíricas (C^e) y normativas (C^n).

concreto grave ($I_j = g = 4$); aun así, el derecho podría obtener preferencia. Sin considerar C_i, pero teniendo en cuenta C_j, ocurre un empate que permite preferir P_i; en cambio, habría resultado una clara preferencia por P_j si también se hubiera considerado C_j.

Además, las certezas pueden variar en ambos lados de la ponderación; en estos aspectos no habría asimetría en absoluto. Asignaremos precisamente aquellas certezas a los principios contendientes que están correctamente dados en la situación epistemológica. Llamaré a esto la "tesis de la simetría epistemológica".

Se sigue que no podemos interpretar la asimetría de carga de la prueba de Schauer en este sentido. Es imposible decir que, respecto del derecho, basta una mera certeza baja, mientras que en relación con el interés público se demanda una certeza muy alta. Si dicho autor tenía tal asimetría en mente, la teoría de la ponderación estaría obligada a contradecir su posición. Lo que baste o no, es decir, el efecto de las diferencias en la certeza, dependerá siempre de todos los valores de la fórmula del peso tomados en conjunto.

A decir verdad, dependiendo de otros valores, la asimetría de Schauer en la carga de la prueba del lado del interés público puede darse en casos particulares; puede haber casos en que las variables *PA* e *I*, tomadas aisladamente, o sea, sin considerar certeza alguna, resultarían en la preferencia a favor de P_i; entonces, C_j tendría que ser más alta que C_i para inclinar la balanza. Esto es así porque sólo una muy alta certeza del lado de P_j podría cambiar la preferencia que corresponde al derecho, dado que la certeza del lado de P_i es inferior. Este mecanismo podría designarse como "carga de la prueba" del lado del interés público: quien deseare restringir un derecho tendría que alcanzar una certeza más elevada para sus premisas que el titular del derecho, exactamente como requiere la proposición (3) de Schauer. Podríamos incluso tener este escenario como uno en que la razón a favor del interés público tiene que ser de una "fuerza especial", en línea con la proposición (4); esto es, podríamos

interpretar la noción de "fuerza especial" de modo epistémico antes que sustantivo.

No obstante, para reiterar, ésta es sólo una de las constelaciones posibles. Dependerá mucho de los valores de las demás variables, por lo que en última instancia es contingente. Pero la tesis asimétrica de Schauer exige hacer una consideración más general.

¿Se sigue de lo anterior que no puede derrotarse la tesis de la asimetría de este autor, fuera de los casos como el ejemplo que acabo de dar? Las consideraciones anteriores dependen de interpretar la carga de la prueba de Schauer, impuesta sobre el interés público, como relacionada con la certeza. Una carga de la prueba en este sentido existe si C_j tuviera que ser más alta que C_i para inclinar la balanza a favor del interés público. Quizá una interpretación diferente del argumento de Schauer ayude a rescatar su punto.

II. Segunda interpretación

Viene a la mente una segunda interpretación al considerar el ejemplo de Schauer sobre el límite de velocidad. Con ayuda de la fórmula del peso, éste puede reconstruirse de la siguiente manera.

Asignamos P_i al derecho a conducir velozmente; y P_j a la obligación constitucional de proteger a la gente de los riesgos causados por libertarios frenéticos que conduzcan a hipervelocidad. ¿Cómo pueden atribuirse los pesos abstractos? Supongamos que el derecho a conducir velozmente no está protegido por un derecho de libertad especial, es decir, la libertad de profesión o las libertades económicas, sino sólo por un derecho de libertad general;[24] a éste puede asignarse un peso abstracto leve, para reflejar su calidad de derecho subsidiario, de respaldo

[24] Sobre el derecho general de libertad véase *supra*, sección 3.1.

($PA_i = l$).[25] Esta evaluación contaría a favor de la consideración de Schauer de que conducir a alta velocidad sería un mero interés no protegido como derecho, y no un derecho; permitiendo tal derecho de libertad general, el sistema jurídico sería generoso en la selección de las conductas que protege; con todo, reducir su peso abstracto reflejaría que esta conducta yace en el límite, por así decirlo, entre un derecho y un mero interés. En cambio, la obligación de proteger a los ciudadanos de los riesgos a la salud se sigue del derecho positivo derivado del derecho a la integridad física, un derecho de libertad específico con moderado peso abstracto ($PA_j = m$).

La asignación de pesos concretos dependerá de las circunstancias del caso concreto. Supongamos que alguien manejando verdaderamente muy rápido, a más de 160 km/h, por puro placer y no por razones particulares (emergencia, interés económico, etcétera). La afectación de su derecho por la imposición de un límite de velocidad de 80 km/h para una sección considerable, pero no la totalidad de su trayecto diario, será moderada ($I_i = m$).

Sigamos suponiendo que alguien conduce a gran velocidad, y que representa un alto riesgo de provocar un accidente que ocasione las más severas lesiones a numerosas personas, porque esta sección particular de la autopista es propicia a los accidentes. La importancia de satisfacer la obligación de prevenir estos accidentes introduciendo un límite de velocidad sería alta ($I_j = g$). El resultado de la ponderación será otorgar preferencia a P_j, como muestra la fórmula 4:

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i}{PA_j \cdot I_j} = \frac{l \cdot m}{m \cdot g} = \frac{1 \cdot 2}{2 \cdot 4} = \frac{1}{4}$$

Fórmula 4: Fórmula del peso en el ejemplo del límite de velocidad

[25] Véase Klatt y Meister (2012b, p. 28).

Ahora, mi punto es éste: para incluir las certezas en esta reconstrucción, necesitamos justificar externamente los valores que se asignen a C_i and C_j.[26] Y éste es el lugar en que juega el argumento de Schauer sobre la carga de la prueba: en cuanto al derecho a conducir a alta velocidad, tenemos certeza por lo menos respecto de los hechos empíricos ($C_i^e = c$);[27] podemos medir, por ejemplo, el tiempo adicional de traslado que quien conduzca necesitaría para llegar al trabajo por la imposición de límites de velocidad; en tanto que del lado del interés público de prevenir accidentes tenemos sólo una certeza moderada, porque esta evaluación necesitará hipótesis contrarias a los hechos ($C_j^e = m$).

$$PC_{i,j} = \frac{PA_i \cdot I_i \cdot C_i^e}{PA_j \cdot I_j \cdot C_j^e} = \frac{l \cdot m \cdot c}{m \cdot g \cdot m} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 2^{-1}} = \frac{1}{2}$$

Fórmula 5: Fórmula del peso con certezas empíricas y normativas

La comparación entre las fórmulas 4 y 5 revela lo siguiente: al incluir las diferentes certezas, debilitamos el lado del interés público. Aunque el resultado continúa justificando la preferencia por P_j en la fórmula 5, este resultado ya no es tan significativo como en la fórmula 4; dependiendo de otros valores, será entonces más difícil para la autoridad que la balanza siga inclinándose a favor del interés público. Además, precisamente este efecto es lo que también podría describir en términos de Schauer como "carga de la prueba" a cargo de la autoridad.

Dejemos el ejemplo del límite de velocidad y concentrémonos en el punto más general. Es esencial ver que esta diferencia en las certezas puede ser bastante frecuente en el escenario central de Schauer, es decir, un conflicto entre un derecho y un interés público. Con frecuencia, la situación del derecho está anclada en el presente, o aun en el pasado si su titular

[26] Sobre la vital y frecuentemente soslayada diferencia entre la justificaciones interna y externa, véase Klatt y Meister (2012a, pp. 693-695).

[27] A efectos de este argumento, asumo que las certezas de las premisas normativas no desempeñan aquí papel alguno, tanto C_i^n como C_j^n pueden no ser consideradas.

reclama que se le vulneró previamente. El tiempo presente o pretérito significa que los hechos empíricos, los efectos sobre la conducta protegida como derecho *(rights-protected)*, son relativamente claros o por lo menos fácilmente accesibles; en cambio, el interés público frecuentemente se orienta hacia el porvenir: la autoridad interviene en el derecho para erigir un futuro estado de cosas que se desea. La posición de Schauer es que la carga de la argumentación recae en la autoridad que aduce proteger un interés público. Esta posición simplemente describiría el hecho de que en muchos casos el derecho entra a la ponderación con lo que podría llamarse un "margen ganador epistémico". La asimetría que Schauer tiene en mente con esta "carga de la prueba" puede así derivar de esta asimetría en la certeza.

En esta segunda interpretación, el argumento de la carga de la prueba no es sino un letrero de atajo para nuestra intuición sobre este margen ganador epistémico del lado del derecho. Esta intuición, sin embargo, puede o no ser precisa. Para encontrar si en efecto hay un margen ganador epistémico y cuál es exactamente su efecto sobre la ponderación, de todos modos necesitamos involucrarnos detalladamente en la ponderación. Usar atajos en el sentido de Schauer no nos exenta del análisis detallado de la ponderación.

III. Tercera interpretación

Una posible tercera interpretación asume el objetivo tras el argumento de la carga de la prueba de Schauer. Ese objetivo, puede decirse, es que en un conflicto entre un derecho y un interés público, la autoridad pública tenga que "argumentar mejor" o "probar más" que el titular del derecho. Sin embargo, este argumento va contra mi tesis de la simetría epistémica, a menos que lo interpretemos de la siguiente manera.

El argumento de la carga de la prueba de Schauer puede no dirigirse en absoluto a las certezas. En vez de ello, podría referirse a un mecanismo fundamental: al establecerse que un derecho tiene cierto peso, se define

automáticamente una carga de la prueba para el interés público; la autoridad pública tendría entonces que demostrar que los valores del interés público alcanzan valores más altos que los correspondientes al derecho. Abona a esta interpretación que Schauer repetidamente habla de la "fuerza de las pruebas *o de los argumentos*" (Schauer, 2014, p. 175) (cursivas añadidas). Esta interpretación, además, es compatible con mi tesis de la simetría epistemológica —de hecho, ni siquiera se relaciona con la certeza—.

Si éste fuera el núcleo del punto de Schauer sobre la carga de la prueba, sería indudablemente verdadero. Pero si no lo fuera, nada añadiría a la teoría establecida, porque no es más que una etiqueta abreviada para la primera ley de la ponderación: cuanto mayor sea el grado de detrimento a P_i, tanto mayor ha de ser la importancia de satisfacer P_j (Alexy, 2002a, p. 102; Klatt y Meister, 2012b, p. 10).

Además, respecto a esta tercera interpretación del argumento de la "carga de la prueba" de Schauer, tenemos que aclarar un malentendido crucial. Líneas abajo en su artículo, regresando a su tesis de la asimetría, Schauer dice que

> el mismo hecho de que el análisis se ejecuta en una dirección y no en la otra revela el proceso de sopesar *(weighting)*. Típicamente, los tribunales no dicen que la pérdida para el orden público puede ser no más que necesaria a la luz de la meta de perseguir la libertad de expresión, pero no dice que la restricción de la libertad de expresión puede ser no más que necesaria a la luz de la meta de perseguir el orden público. La asimetría revela que está una presunción trabajando: que la carga de la prueba recae sobre quien quisiera restringir la libertad de expresión y no sobre quien quisiera poner en riesgo el orden público […] [Schauer, 2014, p. 180].

La teoría de los principios tiene que rechazar esta manera de ver las cosas. Antes que nada, la consideración de Schauer de una ponderación "unidireccional" de nuevo omite tener en cuenta el tercer escenario de conflicto,

o sea, uno entre dos derechos constitucionales; con seguridad, en este escenario su consideración no se sostiene. En segundo lugar, lo que los tribunales "típicamente dicen" puede ser verdadero en cuanto a su descripción empírica; sin embargo, desde una perspectiva analítica, no importa en absoluto en qué lado de la balanza se ubiquen los principios contendientes. Puede mirarse cada conflicto entre los derechos y otros principios constitucionales desde el punto de vista del titular del primero y desde el de la autoridad. Además, el resultado —esto es, la relación de preferencia condicional entre dos principios contendientes— no puede depender de si se ubica un derecho o un interés público respectivamente en el numerador o en el denominador. En este sentido, no hay asimetría, sino una completa simetría analítica: la ponderación no es un ejercicio unidireccional, sino bidireccional; por lo tanto, de esas razones Schauer no puede derivar una particular carga de la prueba.

Dejemos la perspectiva judicialmente centrada de Schauer y cambiemos a la del funcionario público. Éste sabe que está vinculado a los derechos constitucionales; aun así, desea restringir uno de ellos para realizar algún valor público al cual, en tanto principio constitucional, también está vinculado. Al considerar diferentes instrumentos regulatorios que podría introducir, se preguntaría: "¿este instrumento guarda suficiente respeto por el derecho?", al igual que "¿hace este instrumento lo suficiente para desenvolver el interés público?" De hecho, se hallaría tornando alternativamente entre estas dos interrogantes. Dado que está vinculado a los derechos en el mismo grado que a otros principios constitucionales, se halla jurídicamente obligado a considerar ambas perspectivas. Llamo "simetría" a esto.

Sin embargo, Schauer va más allá y asevera que la asimetría es "una cuestión estructural y no una sustantiva" (Schauer, 2014, p. 180). No convence esta manera de separar la ponderación de derechos e intereses de los valores sustantivos en juego. La asimetría de Schauer es estructural sólo en cuanto el orden entre los principios constitucionales y los que no tienen este carácter conforme a la jerarquía normativa —y ésta no exige

ni permite la ponderación—. No obstante, establecido que en cada lado de la balanza compiten principios constitucionalmente protegidos, no hay más remedio que involucrarse en asuntos sustantivos.[28]

Además, tampoco hay perjuicio en hacerlo, porque podemos confiar, habida cuenta de que nuestra justificación externa es de buena calidad, que tanto a los derechos como a los otros principios constitucionales se les asignarán aquellos pesos que correctamente les corresponden en cierto caso. Desde la mera estructura de los derechos y de la ponderación como tal, no se sigue ninguna preferencia *per se*; sin embargo, en la medida en que los argumentos sustantivos justifiquen una preferencia por los derechos, la estructura de la ponderación se halla excepcionalmente bien equipada para tenerlos en cuenta con la claridad y la transparencia máximamente posibles. Esto es todo lo que necesitamos para hacer justicia a nuestras obligaciones moral y jurídica de proteger los derechos asignándoles el lugar que merecen en la sociedad y en la realidad jurídica.

IV. Resultados

En una primera interpretación, podemos relacionar la carga de la prueba de Schauer con las certezas en la ponderación. Sin embargo, mi análisis subrayó que la simetría epistemológica entre los derechos y los intereses contradice la asimetría de Schauer de la carga de la prueba. Es cierto que, en términos prácticos, tal asimetría puede ocurrir en casos particulares; lo hace cuando las otras variables tienen tales pesos que C_j tiene que ser más alta que C_i para inclinar la balanza del lado del interés público.

No obstante, este mecanismo es contingente. En una segunda interpretación, la afirmación de Schauer es meramente un atajo para nuestra intuición de que los derechos a menudo entran a la ponderación con un

[28] Empleé un argumento similar que impugna la tesis del remedio de Tremblay en Klatt (2014, pp. 897-899).

margen ganador epistémico, porque podemos aprehender los hechos pasados y presentes sobre la vulneración de los derechos más fácilmente que los efectos futuros sobre el interés público. La tercera interpretación deja por completo los problemas de certeza; ella relaciona el argumento de Schauer con el mecanismo más fundamental de la ponderación: la autoridad tiene que establecer que el interés público tiene un peso mayor que el derecho. Sin embargo, su argumento entonces simplemente reformula la primera ley de la ponderación.

Como resultado, no importa cuál de estas tres interpretaciones sigamos, el argumento de la carga de la prueba de Schauer no se refiere a características contingentes de la ponderación ni denota las que ya forman parte del ámbito de la exposición de la ponderación que hace la teoría de los principios. Por lo tanto, concluyo que el argumento de la carga de la prueba no demuestra lo que Schauer quiere: una asimetría entre los derechos y los intereses que iría contra incluir la ponderación en el juicio de proporcionalidad. Por el contrario, confirma que la simetría entre ambos extremos concuerda plenamente con la primera ley de la ponderación.

E. Conclusión

En este trabajo me he ocupado de la tesis de la asimetría que, según Schauer, existe entre los derechos constitucionales y los intereses públicos. Esta asimetría, aduce el autor, es pasada por alto y colapsa al incluir la ponderación en el juicio de proporcionalidad. En consecuencia, Schauer añade que tenemos que restringir la ponderación a los conflictos entre intereses no protegidos como derechos, y que ella no tiene cabida en el juicio de proporcionalidad.

Reconstruí la tesis de la asimetría con la ayuda de cuatro proposiciones. Todas ellas capturan diferentes aspectos de la premisa central de Schauer de que los derechos valen más que los intereses no protegidos como tales.

Empleé la exposición de la ponderación que hace la teoría de los principios para analizar el argumento de Schauer a profundidad. Observé desde el inicio que la relevancia de su argumento es algo limitada en dos aspectos importantes. Primero, la mayoría de las constituciones protegen abundantemente una completa panoplia tanto de derechos como de intereses públicos en tanto que son principios constitucionales, por lo que colapsa la distinción de Schauer entre dos tipos de escenarios. Segundo, el argumento de Schauer no considera el frecuente escenario de conflicto entre dos derechos. Por lo que respecta a los conflictos entre derechos e intereses, subrayé la importancia de respetar la jerarquía normativa; esto me llevó a mis dos leyes de la prevalencia que incluyen efectos de esta naturaleza en la ponderación.

Usando la fórmula del peso, posteriormente discutí las cuatro proposiciones de la asimetría de Schauer. Mi análisis reveló que, en contraste con este autor, todas ellas confirman la exposición de la ponderación elaborada por la teoría de los principios. Los sofisticados instrumentos de ésta, en particular la distinción entre los pesos abstracto y concreto, no sólo acomodan las cuatro proposiciones de Schauer, sino que también ayudan a clarificar algunas ambigüedades y perplejidades de esta tesis de la asimetría.

Pasando a una dimensión del debate completamente diferente, enseguida me concentré en el argumento de la "carga de la prueba" de Schauer. Contra él, insistí en la distinción crucial entre las cuestiones epistemológicas y las sustantivas. Exploré tres diferentes interpretaciones de su afirmación de que la asimetría entre los derechos y los intereses requiere imponer una carga probatoria en quienes buscan restringir el derecho. Mi análisis demostró que el argumento de Schauer se refiere a características contingentes, o bien denota características que ya forman parte del ámbito de la teoría de la ponderación.

Por tanto, la tesis de la asimetría es precisa, aunque en un sentido enteramente diferente al que propone Schauer. Esto es correcto en la medida

en que las diferencias entre los pesos abstracto y concreto, así como las que hay entre las certezas, realmente pueden causar algunos efectos de asimetría, que dependerán completamente de las circunstancias de los casos concretos.

El mejor medio para llevar registro de todo lo anterior es la fórmula del peso. La teoría de la ponderación ya nos provee de herramientas complejas y diferenciadas para determinar el correcto equilibrio entre los derechos y los intereses públicos, reconociendo todas las simetrías y asimetrías entre los diversos aspectos sustantivos y epistémicos de la ponderación.

Como consecuencia de esta comprensión de la tesis de la asimetría, tenemos que rechazar la tesis adicional de Schauer de que la ponderación habría de restringirse a los conflictos entre intereses. Este rechazo, en cambio, significa que la visión que incluye la ponderación en el juicio de proporcionalidad permanece incólume ante la crítica de este autor.[29]

Fuentes

Afonso da Silva, V. (2011), "Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, pp. 273-301.

Alexy, R., (2002a), *A theory of constitutional rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford University Press.

_____ (2002b), "Postscript", en *A theory of constitutional rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford University Press.

_____ (2002c), "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, pp. 13-64, disponible en «http://bit.ly/2MkK1ve».

[29] Propongo argumentos adicionales para esta ecuación en Klatt (2019).

_____ (2003), "Die Gewichtsformel", en Jickeli, J., Kreutz, P. y Reuter, D. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, pp. 771-792.

_____ (2007), "The weight formula", en Stelmach, J., Brozek, B. y Zaluski, W (eds.), *Studies in the philosophy of law. Frontiers of the economic analysis of law*, Jagiellonian University Press.

_____ (2008a), "La fórmula del peso", en Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 13-42, disponible en «http://bit.ly/2c5bsKx».

_____ (2008b), *Teoría de los derechos fundamentales*, Bernal Pulido, C. (trad), 2.ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2014), "Formal principles: some replies to critics", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 3, pp. 511-524, disponible en «https://bit.ly/2ylmiHO».

_____ (2017), "The absolute and the relative dimension of constitutional rights", *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 37, núm. 1, pp. 31-47.

_____ (2018), "Proportionality, Constitutional law, and sub-constitutional law: a reply to Aharon Barak", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, núm. 3, pp. 871-879.

Badenhop, J. (2010), *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos.

Barak, A. (2010), "Proportionality and principled balancing", *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4, núm. 1, pp. 1-16.

Beatty, D. M. (2004), *The ultimate rule of law*, Oxford, Oxford University Press.

Bernal Pulido, C. (2006), "On Alexy's weight formula", en Menéndez, A., Eriksen, J. y Oddvar, E. (eds.), *Arguing fundamental rights*, Dordrecht (Países Bajos), Springer, pp. 101-110.

Borowski, M. (2007), "Limiting Clauses: on the continental european tradition of special limiting clauses and the general limiting clause of art 52(2) charter of Fundamental Rights of the European Union", *Legisprudence*, vol. 1, núm. 2, pp. 197-240.

Klatt, M. (2011), "Positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Heidelberg Journal of International Law*, Heidelberg, vol. 71, pp. 691-718, disponible en «http://bit.ly/2TiLhTi».

_____, M. (2014), "An egalitarian defense of proportionality-based balancing: a response to Luc B. Tremblay", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 4, disponible en «http://bit.ly/3cZhgzX, pp. 891-899».

_____, (2019), "Proportionality and justification", en Herlin-Karnell, E. y Klatt, M. (eds.), *Constitutionalism justified. Rainer forster in discourse*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 159-196.

_____, (2020), *The legitimacy of constitution-conform interpretation*, manuscrito inédito.

_____ y Meister, M. (2012a), "Proportionality-a benefit to human rights? Remarks on the I·CON Controversy", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, pp. 687-708, disponible en «http://bit.ly/36dXFJy».

_____ (2012b), *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press.

Klatt, M. y Schmidt, J. (2010), *Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tubinga, Mohr Siebeck.

_____ (2012), "Epistemic discretion in constitutional law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 1, pp. 69-105, disponible en «http://bit.ly/3g3akDz».

_____ (2016), "A discricionariedade epistemica no direito constitucional", en Morais, F. S. de, y Kraemer Bortoloti, J. C. (eds.), *Jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos direitos fundamentais*, Morais, F. S. de (trad.), Río de Janeiro, Lumen Juris.

Meister, M. (2011), *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot.

Möller, K. (2012), *The global model of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press.

Rawls, J. (1972), *A theory of justice*, Oxford, Clarendon Press.

_____ (1993), *Political liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.

Rivers, J. (2002), "Estudio preliminar. A theory of constitutional rights and the British Constitution", en Alexy, R., *A theory of constitutional rights*, Rivers, J. (trad.), Oxford, Oxford University Press, pp. xvii-li.

Schauer, F. (2014), "Proportionality and the question of weight", en Huscroft, G., Miller, B. W. y Webber G. (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge (R.U.), Cambridge University Press, pp. 173-185.

Tsakyrakis, Stavros, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, vol. 7, núm. 3, julio de 2009, http://bit.ly/2Zjz1Ws, pp. 468-493.

Asimetría constitucional y los límites de la ponderación. Una nota crítica a la postura de Matthias Klatt*

Miguel Ángel García Godínez

* Agradezco a Bernardo Gallegos por sus comentarios a la versión preliminar de este texto.

Sumario: A. Introducción; B. Asimetría constitucional; C. Límites de la ponderación; D. Conclusiones.

A. Introducción

Los objetivos de este breve texto son, primero, discutir detalladamente la respuesta que ofrece Matthias Klatt a un texto de Frederick Schauer y, segundo, mostrar por qué es inadecuada. En su texto, Schauer argumenta a favor de dos tesis, a saber, "la tesis de la asimetría" y "la tesis de la restricción" (como atinadamente las llama Klatt). Estas dos tesis, como se verá, son conceptuales, en el sentido de que se siguen lógicamente a partir de ciertos presupuestos (o distinciones estructurales) que introduce Schauer. En su respuesta, Klatt comete un error metodológico grave: abandona estos presupuestos, y, por tanto, cambia el tema de la discusión. Él sugiere reemplazar ambas tesis con las que aquí llamaré "tesis del colapso" y "tesis de la ponderación" (las cuales, a su vez, están abiertas a múltiples objeciones).

La estructura de este texto es como sigue. En la sección 2 presento la tesis de la asimetría de Schauer y la contrasto con la tesis del colapso de Klatt. Aquí se verá con claridad que la tesis de Klatt es más bien el resultado

de sostener una postura inflacionista de los derechos, que, desde luego, resulta incompatible con la postura analítica de Schauer. El problema para Klatt es mostrar por qué abandonar una distinción estructural (esto es, la distinción entre derechos e intereses) es una objeción a la tesis de la asimetría de Schauer.

En la sección 3 presento la tesis de la restricción de Schauer y la contrasto con la tesis de la ponderación de Klatt. Como se verá, mientras que la de Schauer es una consecuencia lógica de su tesis de la asimetría y su noción de ponderación, la de Klatt es más bien un recurso retórico para introducir en la discusión su defensa de la ponderación. Al introducir esta defensa, sin embargo, Klatt comete un par de errores más. Primero, malinterpreta la postura de Schauer: Klatt afirma que Schauer descree de la racionalidad de la ponderación, cuando en realidad sólo sostiene que la ponderación debe mantenerse como un método controlado o constreñido para poder ser empleado en juicios de proporcionalidad. Y segundo, Klatt añade elementos de "confiabilidad" en la fórmula de la ponderación de Alexy, con lo cual aleja su noción de ponderación de ese constreñimiento que Schauer considera necesario para su racionalidad.

En la sección 4 expondré mis conclusiones respecto del alcance de la respuesta de Klatt al texto de Schauer. En particular, diré que, a pesar de sus esfuerzos, Klatt no logra refutar las tesis que sostiene aquél.

B. Asimetría constitucional

En esta sección muestro con claridad el error metodológico que comete Klatt en su respuesta al texto de Schauer. Dicho brevemente, Klatt renuncia a ciertos presupuestos fundamentales que defiende Schauer, y, así, equivoca su réplica cambiando el tema de la discusión. A continuación, desarrollo esta objeción.

Comenzaré por presentar la "tesis de la asimetría" de Schauer:

Tesis de la asimetría. Los intereses protegidos por derechos constitucionales tienen mayor importancia que los intereses no protegidos por derechos constitucionales.

Debo advertir aquí que mi formulación de esta tesis no corresponde ni a la de Schauer ni a la de Klatt; sin embargo, creo que ésta es la forma más clara en que puede presentarse. Schauer formula su tesis con base en la noción de "presunción a favor", que está relacionada además con la noción de "carga de prueba" (Schauer, 2014, p. 178). No obstante, aunque hay conexiones lógicas importantes entre ambas nociones, no tienen el mismo significado. Como se verá enseguida, la noción de "mayor importancia" que empleo en mi formulación de la tesis de la asimetría expresa más claramente lo que Schauer intenta comunicar, a saber, que la protección constitucional es un elemento del cual la ponderación no puede dar cuenta.

Puesto de manera simple, la *tesis de la asimetría* dice que los intereses protegidos por derechos constitucionales (que en adelante llamaré "derechos") tienen una característica que los intereses no protegidos por derechos constitucionales (que simplemente llamaré "intereses") no tienen, esto es, un elemento de prioridad. Esta tesis implica que los derechos y los intereses son estructuralmente diferentes. Es decir, que los derechos son tales que gozan de prioridad preestablecida (o *prioridad default*, como la llamaré aquí), porque su estatus normativo pertenece al orden jerárquico más alto (el de nivel constitucional), mientras que los intereses no tienen dicha prioridad, porque su estatus normativo es de orden inferior (de nivel infraconstitucional). Esta idea corresponde al presupuesto fundamental que sostiene Schauer, a saber, que entre derechos e intereses hay asimetría constitucional.

De esta asimetría, sin embargo, no se sigue que los derechos y los intereses no puedan entrar en conflicto. De hecho, es bastante común que ciertos intereses (sobre todo, los de orden público) choquen con ciertos derechos (por ejemplo, los de algún individuo o grupo minoritario).

Schauer está consciente de esto, y no niega en absoluto que los derechos y los intereses entren en conflicto, tampoco niega que, en ciertas condiciones, los intereses puedan vencer a los derechos. Por el contrario, Schauer sostiene, primero, que los derechos no son triunfos, es decir, que no siempre ganan frente a consideraciones de orden jerárquico inferior (2014, p. 177, n. 18), y, segundo, que para que un derecho sea derrotado por un interés, las razones (esto es, la evidencia y los argumentos) que se presenten a favor del interés tienen que ser lo suficientemente importantes o fuertes para vencer la *prioridad default* del derecho, es decir, para vencer la asimetría constitucional entre el derecho y el interés (Schauer, 2014, p. 180).

Una consecuencia lógica de la asimetría constitucional que hay entre derechos e intereses es que, en caso de conflicto, los intereses tienen la carga de la prueba. Es decir, como los derechos tienen a su favor la *prioridad default*, quien argumente a favor de un interés tiene que mostrar que las razones que lo apoyan tienen un peso mayor que la *prioridad default* del derecho. Esto constituye una regla procedimental o una "regla de peso", como la llama Schauer (2014, p. 178).

Esta regla de peso es importante para Schauer (2014, p. 183). Con ella, intenta mostrar que, aunque entre derechos e intereses sí puede haber conflictos, y para resolver estos conflictos es necesario tomar un juicio de proporcionalidad, la ponderación no es el método correcto para ello. La razón es conceptual: porque la ponderación es incompatible con reglas de peso. La ponderación presupone que las cosas por ponderar tienen el mismo nivel de importancia; mientras que las reglas de peso establecen una relación de *prioridad default* y, por lo tanto, diferentes niveles de importancia. Aunque uno puede discutir aquí si esta noción de ponderación es correcta o no, seguir esta línea argumentativa no mostraría que entre derechos e intereses no hay asimetría constitucional, sino solamente que ponderación y proporcionalidad son equivalentes. Esta estrategia, además, se enfrentaría a los argumentos que ofrece Schauer contra esta aparente equivalencia (2014, pp. 174-178).

En su respuesta a Schauer, Klatt (2021, pp. 380-381) propone una tesis, que, como mostraré enseguida, no sólo es irrelevante para la tesis de la asimetría que defiende Schauer, sino que, además, es ella misma susceptible a varias objeciones. Llamaré a ésta la "tesis del colapso":

Tesis del colapso. Todos (o casi todos) los intereses pueden caer bajo la protección de algún derecho.

Esta tesis sugiere no que los derechos y los intereses son iguales, sino que, en última instancia, no tiene relevancia práctica alguna diferenciarlos. Por ejemplo, en caso de algún conflicto entre un derecho y un interés, no haría falta mirar sus condiciones estructurales (es decir, que uno tiene *prioridad default* y el otro no), sino que ambos tendrían que ser tratados como si tuvieran el mismo estatus normativo (a saber, el derecho como un derecho, y el interés como un derecho). Así, para Klatt, la diferencia estructural entre derechos e intereses que afirma Schauer colapsaría dentro de una noción sobreprotectora de los derechos. Y si esto es así, entonces convendría preguntarnos en qué medida esto es una crítica a la postura de Schauer.

Para responder, consideremos primero que la tesis de la asimetría de Schauer es conceptual, es decir, se sigue lógicamente de los presupuestos fundamentales que él adopta (a saber, que los derechos y los intereses son estructuralmente diferentes). En su argumentación, Schauer no recurre a ejemplos particulares (o reales, si se quiere), sino a premisas contrafácticas (2014, p. 175). La tesis de Klatt, en cambio, es *ad hoc*, en el sentido de que no es una consecuencia lógica, sino el resultado de adoptar una postura diferente a la de Schauer. Adicionalmente, en su argumentación, Klatt sí recurre a ejemplos particulares (que, por lo demás, son intrascendentes). Veamos.

Schauer distingue derechos e intereses con base en una premisa contrafáctica, a saber, que *podría haber* intereses que no estén protegidos por derechos (no que *de hecho hay* intereses que no están protegidos por

derechos). Su ejemplo es el interés de manejar a más de 60 mph (Schauer, 2014, p. 175). Para decir que esta tesis es falsa, no es suficiente con decir que, en un determinado sistema jurídico, ese interés sí está de hecho protegido por algún derecho. Esto sería un error lógico. La premisa contrafáctica sólo establece la posibilidad de que dicho interés no tenga la protección de algún derecho, no que de hecho ese interés no esté protegido por algún derecho. Así, cuando Klatt (2021, p. 381) responde que la Constitución alemana establece un derecho a la libertad tan general que entraña la protección del interés de manejar a 60 mph, está ofreciendo una premisa fáctica como réplica a una premisa contrafáctica, y, por lo tanto, está cometiendo un error lógico.

Con esta premisa fáctica, Klatt pretende desvirtuar los presupuestos de Schauer, quien, a su vez, tiene una respuesta muy sencilla: en tanto siga existiendo la posibilidad de que un interés (el de manejar a 60 mph o cualquier otro) no esté protegido por algún derecho (algo que Klatt todavía no ha logrado argumentar en contra), la tesis de la asimetría y su consecuente regla del peso siguen en pie.

Contra esta respuesta, Klatt no tiene mucho que decir, excepto quizá sostener (como de hecho lo hace) que todos o casi todos los intereses pueden estar protegidos por derechos (2021, p. 381). Así, no habría razón práctica alguna para distinguir entre derechos e intereses (e incluso no habría espacio lógico que los intereses pudieran ocupar que no estuviera, de alguna manera, cubierto también por los derechos). Con esto, sin embargo, Klatt no refuta la premisa contrafáctica de Schauer, sino que únicamente cambia los presupuestos fundamentales: en lugar de distinguir entre derechos e intereses (como hace Schauer), Klatt borra toda distinción conceptual, y, en su lugar, propone colapsar ambas nociones en una sola. Para Klatt, entonces, los intereses y los derechos no serían iguales, aunque los primeros podrían siempre (o casi siempre) quedar bajo la protección de los segundos. Con estas condiciones, según Klatt, cuando sea que nos enfrentemos a un conflicto de interés vs. interés, en realidad nos estaremos enfrentando a un conflicto del tipo derecho vs. interés:

> Casi todos los intereses caen dentro del ámbito protector de algún derecho. Por ende, el conflicto del primer tipo (interés vs. interés) se convertirá automáticamente en un conflicto del segundo tipo (derecho vs. interés) (Klatt, 2021, p. 382).

Como es fácil de advertir, Klatt comete tres errores aquí. El primero es suponer (sin mayor justificación) que "casi todos" los intereses pueden ser protegidos por derechos. El segundo es creer que con este "casi todos" está dejando sin efectos la tesis contrafáctica de Schauer (algo que, como se vio, no sucede). El tercero es colapsar no dos tipos diferentes de conflicto en uno solo (como él cree), sino tres diferentes tipos de conflicto en uno solo. Esto es, al alegar que "Casi todos los intereses caen dentro del ámbito protector de algún derecho", está llevando los conflictos del primer y segundo tipo (los conflictos de interés vs. interés y derecho vs. interés) al terreno de los conflictos del tercer tipo (derecho vs. derecho). Esto es una exageración, aunque él mismo no parece darse cuenta de ello: si los intereses pueden caer bajo la protección de algún derecho, entonces cualquier conflicto que comprenda intereses (por ejemplo, interés vs. interés) puede convertirse "automáticamente" en un conflicto que incluya sólo derechos (es decir, derecho vs. derecho).

Esta idea es una consecuencia indeseable de la tesis del colapso que propone Klatt, con la cual no sólo anula una distinción conceptual que es necesaria para entender qué son los derechos y los intereses, sino que además termina siendo objeto de la crítica más fuerte contra el neoconstitucionalismo, a saber, que si todos (o casi todos) los intereses públicos son susceptibles de protección constitucional, entonces pierde sentido tener un ordenamiento jurídico jerárquico que establezca *prioridades default* entre diferentes normas jurídicas.

Las razones detrás de esta crítica son ineludibles. Un ordenamiento o sistema jurídico diferenciado permite a las autoridades identificar claramente las soluciones jurídicas en aquellos casos en que las normas que entran en conflicto tienen estatus normativo diferente (por ejemplo,

utilizando el criterio *lex superior derogat legi inferiori*). Si, en cambio, como sugiere Klatt, todos o casi todos los conflictos se pueden reformular en términos de conflictos entre derechos, entonces las autoridades no tienen más remedio que renunciar a criterios claros y preestablecidos, para adoptar en su lugar métodos mucho más casuísticos, como la ponderación.

La fiebre de la ponderación, aunada a la muy discutida constitucionalización de intereses públicos, es la marca de agua en el texto de Klatt. Como se verá en seguida, Schauer no descree completamente de la ponderación, aunque sí impone ciertas condiciones para que una teoría que precise de ese método pueda garantizar resultados racionales. El texto de Klatt está mucho más centrado en este punto y, por ello, ignora rápidamente los presupuestos fundamentales de Schauer. Su respuesta, en este sentido, es equivocada: Klatt supone que la manera de justificar la ponderación es evadiendo la asimetría constitucional que hay entre derechos e intereses y, en su lugar, colapsando todos o "casi todos" los intereses dentro de los derechos. Así, en caso de conflicto, los jueces no tendrían más remedio que ponderar. Schauer, por supuesto, no aceptaría esta conclusión, ya que él sostiene que tal asimetría es irrenunciable. En todo caso, como se vio, Klatt no ha logrado argumentar en contra de la tesis de la asimetría de Schauer.

C. Límites de la ponderación

En la sección anterior presenté mi objeción a la tesis del colapso de Klatt e identifiqué claramente cuál es su motivación detrás de esa tesis, esto es, que la ponderación es una herramienta indispensable para resolver conflictos entre derechos e intereses (en tanto que ambos, según su postura, colapsan en una sola noción). En esta sección desarrollaré mi objeción a la estrategia que emplea Klatt para defender su tesis de la ponderación de principios. En primer lugar, diré que su estrategia es inadecuada porque no responde a la tesis de la restricción que defiende Schauer. Y, en segundo lugar, que es incorrecta porque al introducir elementos de "confiabilidad" en la ponderación, Klatt comete el error que Schauer atribuye a

quienes creen que la racionalidad de la ponderación depende precisamente de incluir o tener más elementos en consideración.

En el texto de Schauer que Klatt pretende discutir, Schauer no presenta sus argumentos a favor o en contra de la ponderación de principios. Su posición es diferente, a saber, que si aceptamos la tesis de la asimetría, entonces el método ponderativo sólo es aplicable para el caso de conflictos entre intereses (no para el caso de conflictos entre derechos e intereses) (Schauer, 2014, p. 177). Siguiendo a Klatt, identificaré esta posición como "la tesis de la restricción".

Schauer ofrece dos razones a favor de esta tesis. Primero, que los derechos y los intereses son estructuralmente diferentes; es decir, que unos tienen *prioridad default* y los otros no. Segundo, que la noción misma de ponderación impone como restricción que los objetos o entidades por sopesar pertenezcan a la misma categoría u orden jerárquico. De estas dos razones se sigue que ponderar derechos e intereses, unos contra otros, es un error, porque ambos pertenecen a categorías diferentes. Ésta es una consecuencia lógica, no una declaración de guerra contra la ponderación. Sin embargo, Klatt malinterpreta la postura de Schauer y responde con una tesis irrelevante, a saber, "la tesis de la ponderación". Para entender por qué esta tesis es irrelevante, presentaré a continuación el contexto de la discusión.

Primero, formularé claramente la tesis de la restricción que defiende Schauer (2014, p. 177):

Tesis de la restricción. La ponderación es un método argumentativo que sólo tiene aplicación en el caso de conflictos entre intereses (es decir, en los conflictos del tipo interés vs. interés).

Puesto de manera simple, esta tesis dice que, debido a la estructura misma de la ponderación, ésta sólo es aplicable para resolver conflictos entre intereses (en los que no hay asimetría constitucional). En contraposición,

esta tesis dice que no es posible ponderar derechos (que tienen *prioridad default*) contra intereses (que no tienen *prioridad default*) porque ambos son entidades normativas de distinto orden jerárquico (y, por ende, con diferente grado o nivel de importancia). Contra esta tesis, uno podría argumentar, por ejemplo, que es falso que la estructura de la ponderación sea tal que impida ponderar entidades normativas de distinto orden jerárquico; o, a diferencia de lo que Schauer cree, que sí es posible incluir en la ponderación las reglas del peso necesarias para mantener la asimetría constitucional entre derechos e intereses. Klatt, sin embargo, ofrece otro argumento. Dado que él rechaza la tesis de la asimetría, entonces su objeción es más bien defender que los conflictos entre derechos, entre intereses, y entre derechos e intereses, todos se pueden reformular en términos de conflictos entre principios.

De ahí, Klatt propone la siguiente tesis:

Tesis de la ponderación. Los principios se pesan, unos contra otros, para determinar, dadas ciertas circunstancias específicas, cuál de ellos tiene más peso en una situación de conflicto particular (Klatt, 2021, sección C.III).

Como se puede ver, la tesis de la ponderación de Klatt no es una refutación a la tesis de la restricción de Schauer. Ambas se refieren a cosas diferentes; una es sobre la restricción de la ponderación como método para resolver conflictos entre derechos e intereses, y la otra es sobre la posibilidad de ponderar principios. Así, al introducir su tesis de la ponderación, Klatt cambia de nueva cuenta el tema de la discusión. Sin embargo, hay un punto en el que ambas tesis se cruzan.

Klatt sostiene la tesis de la ponderación para defender que, al menos en términos prácticos, no es importante que los derechos y los intereses pertenezcan a categorías u órdenes jerárquicos diferentes (lo cual justificaría la tesis de la asimetría de Schauer), sino que lo que en realidad cuenta es que ambos pueden ser considerados principios (y, por tanto, entidades normativas con el mismo nivel de importancia). De esta forma, en caso

de ocurrir algún conflicto entre ellos, éste podría resolverse utilizando el método de la ponderación. Y aquí ya no cabría la objeción de que las entidades por ponderar deben tener el mismo nivel de importancia, puesto que, como principios, no hay asimetría entre ellos.

Como mencioné, en el texto de Schauer que Klatt pretende discutir, Schauer no toma una posición clara respecto de si la ponderación es un método apropiado para la resolución de conflictos entre derechos (es decir, conflictos del tipo derecho vs. derecho, o lo que Klatt llama conflictos entre principios). Sin embargo, en un artículo anterior, la postura de Schauer es inequívoca. En él defiende que la ponderación controlada o constreñida es un método racional para justificar juicios de proporcionalidad que surgen a partir de la existencia de conflictos entre principios (Schauer, 2010, p. 36). En su réplica, Klatt no sólo ignora esto, sino que además le atribuye a Schauer la tesis opuesta, a saber, que la ponderación "no tiene cabida en el juicio de proporcionalidad" (Klatt, 2021, p. 404). Esta afirmación, para la cual Klatt no ofrece respaldo alguno, es su principal motivación para discutir la ponderación de principios.

Antes de ir a esta discusión, reconstruiré algunos elementos contextuales. En primer lugar, Schauer no descree de la racionalidad de la ponderación; por el contrario, él cree que Alexy está bien al defender que sí es un método racional para tomar decisiones (2010, p. 36). Además, ahí mismo, Schauer afirma que tanto la subsunción como la ponderación son necesarios para resolver casos de conflicto, y esto se debe a que él cree (junto con Alexy) que el derecho (o, mejor dicho, el sistema jurídico de los estados constitucionales) consiste no solamente en reglas, sino también en principios (Alexy, 2010, p. 35). Schauer se distancia de Alexy sólo en relación con el argumento que éste emplea para defender la racionalidad de la ponderación, a saber, que ésta es equiparable a la subsunción con respecto a su racionalidad formal (Alexy, 2010, p. 38). Para él, que tanto la subsunción como la ponderación tengan "estructura formal argumentativa" no significa que tengan estructuras argumentativas equiparables. La subsunción, a diferencia de la ponderación, tiene

una estructura argumentativa tal que está mucho más constreñida por la textualidad (o literalidad) de las normas jurídicas (Schauer, 2010, p. 41).

En segundo lugar, distingue entre ponderación y proporcionalidad (Schauer, 2010, p. 174). La ponderación es un método presuntamente racional para determinar, ante una situación de conflicto entre determinados cursos de acción, qué razones tienen más importancia (o "peso") que otras, y, con base en el resultado, tomar una decisión proporcional. Un juicio de proporcionalidad es aquel que toma en consideración las razones relevantes (incluyendo factores o circunstancias) que favorecen y afectan los cursos de acción en conflicto. Por ejemplo, mi decisión de salir de compras a pesar del mal clima es proporcional y, en este sentido, racional, si es más importante para mí adquirir los productos que voy a comprar que quedarme en casa y guardarme del mal clima. A su vez, para decidir cuál de estas razones es más importante, puedo echar mano de la ponderación. Por ejemplo, puedo ponderar la urgencia que tengo ahora mismo de comprar medicamentos frente a la comodidad en que me encuentro al estar en casa y protegido del mal clima. Si mi ponderación de las razones y las circunstancias concurrentes es correcto, entonces puedo asegurar (hasta cierto punto, sin embargo) que mi decisión es proporcional.

Es importante recordar, como se vio en la sección anterior, que la estructura de la ponderación requiere que los objetos o entidades que se ponderan tengan de entrada la misma importancia (o pertenezcan al mismo orden jerárquico); de lo contrario, la ponderación no garantizaría una decisión proporcional (o, lo que es lo mismo, arrojaría un resultado desproporcionado). Por supuesto, de esto no se sigue que los objetos o entidades que se sopesan tienen que ser del mismo tipo. Uno puede perfectamente ponderar razones prudenciales contra razones genuinamente morales. Lo importante, en todo caso, es que, para que la ponderación no esté viciada de entrada, estos objetos no pueden ser asimétricos. Por ejemplo, sería completamente irracional para mí ponderar mi razón prudencial de quedarme en casa y guardarme del mal clima contra mi razón

genuinamente moral de ayudar a mi amigo que sufre migraña y necesita medicina de manera urgente, si de entrada (o por *default*) le asigno mayor importancia o prioridad a mis razones morales que a mis razones prudenciales. Si no tengo establecido este orden, entonces sí puedo ponderar ambos tipos de razones. Como también se vio, a pesar de lo que dice Klatt, el problema con ponderar derechos contra intereses es que ahí sí hay una diferencia de estatus: entre derechos e intereses hay asimetría constitucional.

Cuando la noción de proporcionalidad se lleva al terreno de lo jurídico, lo que se busca es alcanzar decisiones racionales que involucran tomar en consideración la importancia de ciertos elementos (tanto fácticos como jurídicos) dada una situación de conflicto particular. Y aquí la teoría del derecho resulta bastante útil. Si la noción que se tiene de derecho es tal que las normas jurídicas son todas reglas (es decir, que se aplican toda vez que las condiciones que establecen son satisfechas), entonces la noción de proporcionalidad desempeña un papel muy limitado en la toma de decisiones jurídicas. Es decir, será un criterio válido sólo para un determinado tipo de casos —por ejemplo, para aquellos en que las reglas dejen al juzgador en posición de decidir qué sanción corresponde a quien resulte responsable por la comisión de algún delito; ahí, el juez podrá evaluar las circunstancias del caso, la peligrosidad del detenido, las características del acto delictivo, etcétera, y decidirá entonces en proporción: una pena mayor si es reincidente, o una pena menor si es su primer delito y éste no fue grave, etcétera—. Si, por el contrario, la noción de derecho es tal que incluye no sólo reglas, sino también principios —que pueden caracterizarse, siguiendo a Alexy (2003a, p. 135), como mandatos de optimización que imponen en la autoridad la obligación de realizarlos en su mayor medida posible—, entonces la noción de proporcionalidad adquiere un papel estelar en el razonamiento jurídico (especialmente, en el que llevan a cabo los tribunales constitucionales).

Sin entrar en polémica, aceptaré aquí que el derecho es tal que incluye reglas y principios. De hecho, la mayoría de los teóricos del derecho de corte constitucionalista toman esto como una premisa fundamental (por

ejemplo, Dworkin, Alexy y Atienza). No todos, sin embargo, en los mismos términos. Por ejemplo, mientras que para Dworkin (1984) los principios son determinantes del contenido normativo del derecho y, por lo tanto, inderrotables, para Alexy (2003a) no sólo los principios, sino también las reglas son derrotables. Aquí no voy a discutir a detalle estas diferencias; en cambio, me centraré en presentar algunos aspectos generales de lo que podría entenderse como ponderación de principios.

Si los principios son mandatos de optimización, entonces imponen en la autoridad (por ejemplo, en los jueces) la obligación de satisfacerlos en su mayor medida posible. Ya algunos teóricos han argumentado en contra de esta interpretación —por ejemplo, García Amado (2010), alegando que tal obligación jurídica no existe, en el sentido de que no hay un solo principio que establezca que "la autoridad debe satisfacer el derecho a la libertad de expresión, o el derecho a la libertad religiosa, etc. en su mayor medida posible"—. No obstante, en tanto que ésta es la interpretación que favorece Klatt, aquí voy a seguirla de manera acrítica. Al aceptar que los principios son mandatos de optimización, uno está entrando en el juego de la proporcionalidad. Esto es, está comprometido con la idea de que, en caso de ocurrir algún conflicto que involucre (la afectación de) principios, la decisión jurídica proporcional dependerá de qué razones (fácticas y jurídicas) resulten más importantes. Y para esto, diría Klatt, existe el método de la ponderación.

La ponderación de principios consiste, de acuerdo con Klatt (2021, pp. 386 y ss.), en dos pasos. Primero, en determinar los pesos abstractos de los principios en conflicto; y segundo, en determinar los pesos específicos de cada uno. El resultado de la ponderación arrojaría qué principio tiene mayor peso dados los pesos abstractos y específicos. Los pesos abstractos, por supuesto, no determinan los específicos. Éstos se determinan en función del grado (o importancia) de afectación que un principio sufriría en relación con el grado (o importancia) de satisfacción del otro. Así, la ponderación tiene en cuenta al menos tres elementos o factores relevantes: el peso abstracto de los principios, su grado de afectación y su grado de satisfacción. Al ponderar estos elementos, unos contra otros,

es posible determinar qué principio debe prevalecer dadas las circunstancias específicas en las que ocurre el conflicto.

Como ya mencioné, Schauer no rechaza la racionalidad de este método. Lo que él sugiere, en cambio, es que quienes defienden su racionalidad (como Alexy y, en este caso, Klatt) deberían implementar mecanismos para mantenerlo constreñido o controlado (Schauer, 2010, p. 41). Su razonamiento es como sigue. Schauer cree que es un error equiparar la subsunción (que tiene que ver con juicios deductivos) con la ponderación (que tiene que ver con juicios de proporcionalidad) simplemente porque ambos tienen estructura formal argumentativa. Estos métodos de justificación son diferentes. No obstante, lo que permite a ambos dar resultados racionales es su nivel o grado de constreñimiento. Por ejemplo, mientras que la subsunción debe estar constreñida a la literalidad de las normas jurídicas (para lo cual, sin embargo, es necesario llevar a cabo algún tipo de interpretación), la ponderación debe estar constreñida a considerar sólo ciertos elementos o factores relevantes en su determinación de los pesos correspondientes (Schauer 2010, p. 44).

Que la ponderación deba estar constreñida de esta forma se sigue del hecho de que, por su propia naturaleza, es un método mucho más abierto (o incluyente) que la subsunción (Schauer 2010, p. 43-44). A esto se suma que los principios están formulados en un lenguaje mucho más vago que las reglas y, por tanto, no es del todo fácil decidir cuáles elementos son relevantes y cuáles no lo son, cuando se trata de determinar sus pesos correspondientes. Schauer está particularmente consciente de esto y sugiere, de modo atinado, que la única forma de lograr que la ponderación no caiga en peligro de convertirse en un método irracional es la de imponer ciertas restricciones respecto de qué elementos pueden ser considerados relevantes. Si, por el contrario, la ponderación se dejase sin constreñimiento alguno, entonces tendría las mismas características que el razonamiento de "la decisión correcta" o el de "todas las cosas consideradas" (Schauer 2010, p. 37).

Un razonamiento de este tipo es incierto (en tanto que deja abierta la posibilidad de considerar relevante cualquier o casi cualquier elemento fáctico o normativo) y, por ende, no puede ser idéntico al razonamiento jurídico (el cual opera no sólo con información, sino también con tiempo limitados). Así, Schauer diría:

> Entre menos atributos de un acto o evento sean tomados como jurídicamente cognoscibles, más simple el proceso de ponderación será. Por el contrario, entre más atributos sean parte de la decisión, más se parecerá esa decisión a un proceso de tomar simplemente la mejor decisión de todas las cosas consideradas [Schauer 2010, p. 39] [traducción propia].

De aquí, entonces, es posible concluir que Schauer no está en contra de la ponderación, sino en contra de convertirlo en una forma de razonamiento irracional. En su respuesta, sin embargo, Klatt comete un grave error: sugiere que la mejor manera de oponerse a Schauer es simplemente introduciendo más elementos en la ponderación, con lo cual, por supuesto, hace precisamente lo que Schauer juzga incorrecto.

En su réplica a Schauer, Klatt presenta su modificación a la fórmula de la ponderación de Alexy, e insiste en que es importante considerar, además de los elementos de afectación y satisfacción de los principios, los elementos de "confiabilidad epistémica" y "confiabilidad normativa" (Klatt, 2020, p. 9). Sin desarrollar suficientemente este punto, Klatt sugiere que es posible dar un tratamiento aritmético a las variables correspondientes. Es decir, que es posible asignar valores (2^0, 2^{-1}, o 2^{-2}) a ciertas consideraciones acerca de la confiabilidad epistémica y normativa que se tiene respecto de la afectación y satisfacción de los principios en conflicto.

Dejando de lado las muchas objeciones a que su escala de confiabilidad puede estar sujeta —por ejemplo, las que discutirían la noción misma de "confiabilidad", por ser una noción eminentemente vaga, y las que cuestionarían cómo es posible asignar de manera objetiva los valores correspondientes a cada variable—, aquí sólo consideraré una posible respuesta

que podría ofrecer Schauer: si las consideraciones de confiabilidad que propone Klatt, tanto epistémicas como normativas, son parte de la ponderación de principios (que ya incluye los pesos abstractos, así como los grados de afectación y de satisfacción correspondientes), entonces este método no parece estar constreñido a un grado tal que sea claramente diferente del razonamiento de todas las cosas consideradas.

Si esta posible respuesta tiene fuerza suficiente, entonces Klatt ya no tendrá que preocuparse de si la ponderación de principios es adecuada para resolver conflictos entre principios o no. Su mayor preocupación será, más bien, cómo lograr distinguir el razonamiento jurídico racional del de todas las cosas consideradas. Y habría que ver si su estrategia no es, como hasta ahora, abandonar por completo tal distinción.

D. Conclusiones

En este capítulo he sostenido, contra Klatt, que sus respuestas a Schauer son equivocadas. Primero, he argumentado que la tesis del colapso que defiende Klatt es irrelevante para efectos de lo que Schauer intenta mostrar, a saber, que entre derechos e intereses hay asimetría constitucional. Klatt, al colapsar los intereses dentro de la categoría de los derechos, no sólo cambia el tema de la discusión, sino que además cae víctima de las acusaciones más severas en contra del neoconstitucionalismo, esto es, que si todo conflicto entre intereses, o entre intereses y derechos, puede traducirse en un conflicto entre derechos constitucionales, entonces resulta inoperante la jerarquía constitucional.

Y, segundo, he argumentado que, mientras que a Schauer le interesa mostrar que la ponderación es inaplicable para el caso de conflictos entre intereses y derechos (debido a la asimetría constitucional que hay entre ambos), a Klatt le interesa discutir la ponderación de principios. Sobre ésta, Schauer no es indiferente; es decir, él mismo defiende que la ponderación es un método racional, el cual, sin embargo, hay que mantener constreñido. Klatt no sólo confunde esta advertencia, sino que, además,

argumenta que la ponderación de principios puede incorporar aún más elementos (los que él llama confiabilidad normativa y confiabilidad epistémica). El problema con esto, como Schauer correctamente sostiene, es que entre más elementos incorpore la ponderación, más cerca estará de convertirse en un razonamiento irracional (o de todas las cosas consideradas), y más lejos de servir como razonamiento jurídico.

Fuentes

Alexy, R. (2003a), "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 16(2), pp. 131-140.

_____ (2003b), "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison". *Ratio Juris* 16(4), pp. 433-449.

_____ (2010). *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, (Adler, R. y MacCormick, N. (trads.), Oxford, Oxford University Press.

Dworkin, R. (1984). "Rights as Trumps", en Waldron, J., *Theories of Rights*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 153-167.

García Amado, J. (2010). "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", en García Amado, J., *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____ (2016). "¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación", *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 13, pp. 1-22.

Klatt, M. (2021). "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer", en *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias,* pp. 373-409, México, Centro de Estudios Constitucionales.

Schauer, F. (2010). "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", *Law and Ethics of Human Rights* 4(1), pp. 33-45.

_____ (2014). "Proportionality and the Question of Weight". En Huscroft, G., Miller, B., y Webber, G. *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 173-185.

Comentario a "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer"

Bernardo Gallegos

Sumario: A. Introducción; B. El desacuerdo central; C. La defensa de Klatt; D. El valor del trabajo de Klatt; E. Conclusiones.

En el presente comentario se analizará una respuesta al argumento de Frederick Schauer sobre la naturaleza de los derechos y la proporcionalidad. Al respecto, Schauer mantiene dos tesis: *i)* los derechos llevan inherentemente una fuerza especial que los intereses no, y *ii)* la proporcionalidad implica la fuerza especial de los derechos, pero la ponderación no. Dichas tesis suponen que, de existir un conflicto con derechos involucrados (por ejemplo, derecho contra interés), la ponderación sería un método inadecuado para resolverlo.

El profesor Matthias Klatt está en desacuerdo con las afirmaciones de Schauer y explica cómo la ponderación puede ser un método adecuado para resolver conflictos con derechos involucrados, aun cuando éstos tengan una fuerza normativa especial. En el presente comentario, explicaré su respuesta desde un punto de vista conceptual. En primer lugar, destaco el debate de conceptos en juego. En segundo lugar, detallo la respuesta del profesor Klatt; telegráficamente es ésta: no hay nada en el concepto de los derechos sobre una fuerza especial en ellos, que la

tengan es un asunto contingente; así, la ponderación es el método adecuado para resolver conflictos en los que ellos estén involucrados. En tercer lugar, comento el alcance de su respuesta. Mi conclusión es que Klatt ha logrado contener el amenazante argumento de Schauer, por el momento.

A. Introducción

El conflicto que los derechos no absolutos[1] pueden tener entre sí, o el que pueden tener con un interés, ha dado lugar al desarrollo de la teoría de la proporcionalidad. Una implicación de esta teoría es que un derecho se puede restringir apropiadamente sólo si el beneficio jurídico que se obtendrá (sea éste el impulso de otro derecho o el de un interés) es proporcional a la restricción.

Alrededor de la teoría de la proporcionalidad se ha discutido la respuesta a la pregunta: ¿los derechos tienen una fuerza normativa especial? La relevancia de ésta reside en que, de existir dicha fuerza normativa,[2] cualquier prueba de restricción apropiada a un derecho debe tener en cuenta ese aspecto especial de los derechos.

Desde ese punto de vista, existen al menos dos maneras de desarrollar la teoría de la proporcionalidad. Una, propuesta por el profesor Frederick Schauer (2014), mantiene que la importancia de los derechos y los intereses es asimétrica, porque los derechos tienen esa fuerza normativa especial de la que los intereses carecen. Considera tal afirmación inherente al concepto de los derechos. De esta manera, a la proporcionalidad también le es inherente la fuerza normativa especial de los derechos. Esto

[1] Se ha mantenido que los derechos pueden ser absolutos, por ejemplo, el derecho a no ser esclavizado en México; o no absolutos, también llamados relativos, como la libertad de expresión. Ya que los derechos pertenecientes al primer tipo, si existiesen, no podrían ser restringidos, la teoría de la proporcionalidad no explica la solución de sus conflictos (si es que existen), sólo explica la de los derechos no absolutos. En adelante, cualquier referencia a los derechos estará acotada a estos últimos.
[2] También se ha negado dicha fuerza normativa especial, véanse Beatty (2004, pp. 170-171) y Moller (2014).

significa que cualquier restricción a un derecho que satisfaga realmente las exigencias de la proporcionalidad no podrá evitar tener en cuenta la fuerza normativa especial del derecho restringido. En caso de que no se tome en consideración dicha fuerza, no será posible formular siquiera un juicio de proporcionalidad.

La propuesta del profesor Schauer es, a su vez, una objeción en contra de una postura previa, según la cual, aun cuando los derechos puedan llegar a tener una fuerza normativa especial, el concepto de proporcionalidad no conlleva inherentemente dicha característica especial.[3]

El eje del debate es un argumento propuesto por Schauer: dado que la fuerza normativa especial de los derechos es variable (dependiendo, por ejemplo, del derecho e interés en conflicto) y dado que al concepto de proporcionalidad le es inherente tal fuerza normativa especial, se sigue que los juicios de proporcionalidad están regidos necesariamente por distintas *reglas de peso* (que especifican las asimetrías entre derechos e intereses). Así, cualquier análisis que soslaye estas reglas no puede ser realmente de proporcionalidad. La ponderación *(balancing)*,[4] continúa el argumento, precisamente *soslaya* estas reglas de peso y, por tanto, no puede ser el método apropiado para concluir juicios de proporcionalidad.

Recientemente, el profesor Klatt (2021) ha expuesto una respuesta al amenazante argumento del profesor Schauer. Su réplica consiste en mostrar cómo es posible que un test típico de proporcionalidad al estilo de Alexy (en particular, la etapa de ponderación) puede dar perfecta cuenta de la fuerza normativa especial que puedan tener los derechos (incluso con independencia de un concepto de proporcionalidad tan comprometido como el que defiende el profesor Schauer).

[3] Para una lectura en este sentido, véase Stijn (2017, pp. 25-28).
[4] En adelante utilizaré la palabra *ponderación* como traducción de *balancing*. Su concepto corresponde a la tercera etapa del bien conocido test de proporcionalidad de Alexy (2019a) y que Klatt adopta (2021, pp. 386-389), a saber, la proporcionalidad en sentido estricto.

El comentario que será desarrollado en las siguientes páginas se enfoca en la réplica del profesor Klatt. Está elaborado en cuatro secciones adicionales a esta introducción. La primera tiene el propósito de esclarecer en forma detallada los desacuerdos entre Schauer y Klatt. La segunda, explicar la respuesta que ofrece este último. La tercera, enfatizar los alcances de su respuesta. Finalmente, la cuarta ofrece una conclusión alrededor de este debate.

B. El desacuerdo central

Los profesores Schauer y Klatt coinciden en dos afirmaciones: a) que los derechos llegan a tener una fuerza normativa especial, y b) que ésta es variable. La segunda afirmación no está en juego; los derechos pueden tener distinta fuerza normativa. Los matices de la primera afirmación son los discutibles. No es del todo fácil explicar en qué consiste esa fuerza normativa especial. La manera como Schauer la expone es al ensayar mentalmente qué pasaría si un interés del mundo real, en lugar de comprenderlo así, lo entendiésemos como un derecho. Su ejemplo es el siguiente: si consideramos los límites de velocidad encontraremos dos intereses en conflicto, por un lado, el de conducir a más de 60 millas por hora en beneficio de la eficiencia económica y, por el otro, el de estar libres de riesgos de accidentes provocados por conductores. La resolución de un conflicto de este tipo se puede hacer mediante un mero análisis de optimización sin que exista alguna fuerza normativa especial en ninguno de estos dos intereses. La situación es distinta cuando, contrafácticamente, se piensa que conducir a más de 60 millas por hora no es un interés, sino un derecho. En este último caso, cualquier restricción de conducir a más de 60 millas por hora restringiría un derecho y exigiría ofrecer razones más fuertes, a diferencia del conflicto inicial en el que se contraponía sólo un interés contra otro. Esta prueba contrafáctica muestra que los derechos se conciben con una fuerza normativa especial de la cual carecen los intereses.

El desacuerdo de Klatt se enfoca inicialmente en el sentido analítico de la fuerza normativa especial de los derechos. Esto se explora con más

detalle en la siguiente sección; para los propósitos de esta sección es preferible destacar un desacuerdo más inmediato. Éste consiste en que para Schauer el concepto de proporcionalidad, como herramienta de resolución de conflictos en los que los derechos están involucrados, conlleva *inherentemente* la fuerza normativa especial de estos últimos, lo que es incompatible con el test de proporcionalidad que Klatt adopta.

Según Schauer, un juicio de proporcionalidad como, por ejemplo, aquel que mantiene que cierta medida que restringe la libertad de expresión es proporcional a dicha restricción, sólo puede ser digno de llamarse así si ha considerado una regla de peso que prescribe la fuerza normativa especial de la libertad de expresión respecto a la medida en cuestión.[5] Como, en opinión de Schauer, el mismo concepto de los derechos lleva implícita su fuerza normativa especial y, por tanto, sus reglas de peso, se sigue que de soslayar alguno de esos dos aspectos no sería posible llegar a formular un auténtico juicio de proporcionalidad.[6] Esto es lo que significa que al concepto de proporcionalidad le sea *inherente* la fuerza normativa especial de los derechos.

Schauer reconoce la existencia de un método de resolución de conflictos, aunque contraído a los conflictos de meros intereses; lo llama "ponderación" (*balancing*). Éste consiste en optimizar los intereses en conflicto, al estilo de una relación costo-beneficio, pero sin tener que atribuirles ninguna fuerza normativa especial.[7] Este método, dice el profesor, no es

[5] Un ejemplo de regla de peso es la propuesta de que es mejor liberar a 20 culpables que condenar a un inocente. Por un lado, está en juego la libertad; por el otro, la seguridad de la comunidad. La regla de peso indica la fuerza normativa especial del derecho. Sugerentemente, los estándares de prueba en materia penal han tomado en consideración una regla de este tipo.

[6] Presumiblemente, esto no significa que todo juicio de proporcionalidad, sólo por el hecho de ser tal, tenga que ser correcto. Es de suponerse que, desde su punto de vista, también puede haber juicios de proporcionalidad incorrectos. Lo que no puede haber es un juicio de proporcionalidad (sea correcto o incorrecto) que no tenga en cuenta la fuerza normativa especial de los derechos.

[7] Schauer no profundiza en el concepto de ponderación. En ocasiones sugiere que éste inherentemente soslaya cualquier fuerza normativa especial que pueda tener algún interés en conflicto. En ocasiones no sugiere que esto sea inherente, sino sólo típico. La diferencia tendrá su importancia al momento de tomar en consideración los alcances de la respuesta de Klatt.

adecuado para conflictos en los que se incluyan derechos (por ejemplo, derecho contra interés), porque estos conflictos, a diferencia de aquellos en los que sólo intervienen intereses, tienen la fuerza normativa que se ha explicado y va implícita en su concepto. La sugerencia de Schauer es que los intereses, al no conllevar una fuerza normativa especial derivada de su mismo concepto, cuando entran en conflicto sólo entre ellos, no exigen un método que *inherentemente* tenga que tomar alguna fuerza normativa especial y, por ello, ponderar es lo apropiado.

A Klatt, por otra parte, se le ha relacionado con el grupo de autores que niegan que al concepto de proporcionalidad le sea *inherente* la fuerza normativa especial de los derechos (Stijn, 2017, pp. 27-28).[8] Esto tiene sentido por la razón de que un test típico de proporcionalidad como el que adopta permite resolver conflictos de derechos contra intereses (independientemente de si su resolución es correcta o no) sin tener en cuenta la fuerza normativa especial de los derechos. Lo permite porque las llamadas constelaciones de valores que son atribuibles a los aspectos relevantes de los derechos e intereses involucrados en un conflicto incluyen desde aquellas que le otorgarían una fuerza normativa especial a los derechos, hasta las que le negarían cualquiera.[9] Así, la postura de Klatt no puede mantener que al concepto de proporcionalidad le sea inherente la fuerza normativa especial de los derechos, porque, en ese caso, su test, estructuralmente habría impedido cualquier posibilidad de negar la fuerza normativa especial de los derechos, lo cual no ocurre.[10]

[8] Negar una afirmación de *inherencia* sólo significa negar la inherencia. Si alguien dijese, por ejemplo, que a los humanos les es inherente la mortalidad, la negación de dicha afirmación es que a los humanos no les es inherente la mortalidad. Esto último sólo es una manera de decir que puede haber humanos (al menos uno) con la propiedad de ser inmortales, no significa en absoluto que todos los humanos sean inmortales.

[9] Alexy, por ejemplo, refiriéndose a su última fórmula de peso observa que, bajo escalas triádicas, dan lugar a 6561 constelaciones (combinaciones) ante cada conflicto de principios (Alexy 2019b, p. 339). Lo que en este texto se destaca no es la amplitud de constelaciones, sino que son exhaustivas y que incluyen la posibilidad de que un derecho no tenga ninguna fuerza normativa especial frente a un interés.

[10] Otra vertiente crítica relacionada con la manera como el test de proporcionalidad da cuenta de la fuerza normativa especial de los derechos, y que incluso puede establecerse con independencia del asunto de la inherencia, afirma que el problema de la ponderación con derechos involucrados es

El artículo que aquí se comenta tendrá consecuencias relacionadas con esa postura y se abordarán en su momento. Pero, además, Klatt discrepa de la afirmación de Schauer respecto a que la ponderación soslaya la fuerza normativa especial que los derechos pueden tener. Éste es el asunto que trata más enfáticamente en su artículo. Klatt explica cómo es que la ponderación puede dar cuenta de la fuerza normativa especial que los derechos pueden llegar a tener.

Desde cierto punto de vista, puede pensarse que el desacuerdo de Klatt con ese último asunto guarda entonces independencia del de si la proporcionalidad conlleva o no inherentemente la fuerza normativa especial de los derechos; sin embargo, hay una relación, porque mostrar que la ponderación puede dar cuenta de la fuerza normativa especial de los derechos cuando éstos están involucrados en un conflicto, no significa mostrar que es el método apropiado para ello. Lo sería sólo si los derechos no llevaran implícita ninguna fuerza normativa especial, y, en su lugar, ésta les fuera contingente (en cuyo caso la proporcionalidad no podría definirse como el análisis que inherentemente conlleva la fuerza normativa especial de los derechos).

A continuación, reconstruiré la defensa de Klatt, para que se observe cómo enfrenta sus desacuerdos profundos con Schauer.

C. La defensa de Klatt

En su artículo, Klatt sólo dice explícitamente que enfrentará dos tesis de Schauer. Llama a la primera tesis de la asimetría, según la cual, los derechos tienen una fuerza normativa que los intereses no; para la segunda, la tesis de la restricción, la ponderación sólo es un método apropiado para resolver conflictos en los que se incluyen exclusivamente intereses.

---

que ésta acaba por ser un método inútil, ya que no determina el resultado sino que lo hace algún otro método y así "los resultados logrados por este último método posteriormente son meramente expresados por el método de la ponderación" (Urbina, 2017, p. 112).

La estrategia general de Klatt (2021, pp. 378-380) es mostrar que la tesis de la asimetría de Schauer no tiene el sentido que éste pretende otorgarle, sino otro, que es adecuadamente explicable mediante la ponderación. Esto último mostraría que la ponderación no está restringida a conflictos de un interés contra otro, sino que también es el método apropiado para conflictos de un derecho contra un interés (además, por supuesto, de derechos contra derechos).

Lo primero que propone en su artículo es desactivar el argumento que Schauer ofrece para mostrar la tesis de la asimetría en el fuerte sentido en el que la sugiere. Aquí se encuentra el eje de la estrategia argumentativa de Klatt, porque después de anular ese sentido, defenderá otro menos comprometedor de dicha tesis y que con relativa facilidad puede ser explicado por la ponderación.

Antes de explicar cuál es esa importante objeción de Klatt, quisiera aclarar cuál es, en mi opinión, el sentido de la tesis de la asimetría de Schauer. Él formula un argumento contrafáctico para mostrar cómo es que un interés, por el simple hecho de concebirlo como un derecho, adquiere una fuerza normativa adicional; utiliza un ejemplo relacionado con los límites de velocidad para conductores de automóviles. Lo relevante de su ejemplo es que presumiblemente sólo es una ilustración de lo que todos los derechos conllevan. Es decir, con su argumento, no sólo está mostrando que un derecho en particular o algunos tienen una fuerza normativa especial; su alcance es mucho mayor: está diciendo que *todos* los derechos tienen esa fuerza normativa especial. Su tesis de la asimetría, en consecuencia, tiene un sentido fuerte. Afirma que *necesariamente* los derechos tienen una fuerza normativa especial de la que los intereses carecen. Por eso Schauer dice que tal importancia le es inherente al concepto de los derechos (2014, pp. 174, 180).

La relevancia de este sentido fuerte de la tesis de la asimetría ya se ha insinuado en la sección anterior. Reside en que es la premisa central para poner en aprietos cualquier propuesta de proporcionalidad que no la

considere de manera inherente en su mecanismo de resolución de conflictos en los que están involucrados derechos. Esto se debe a que si se llegase a pasar por alto ese aspecto central de los derechos, por definición, no se estaría resolviendo el conflicto de un derecho, sino de algo menor a él.[11]

Seguramente Klatt, atento a la importancia del sentido que Schauer pretende ofrecer a la tesis de la asimetría, controvierte el argumento de este último y que le habría otorgado dicho sentido. Ello, plausiblemente, con el propósito de reducir el sentido de la tesis a uno de mera contingencia. Es decir, como una afirmación que declara que hay derechos con fuerza normativa especial, pero que no tiene que ser así con todos los derechos.

La objeción de Klatt, entonces, es la siguiente: Schauer supone al menos dos tipos de conflictos: a) interés contra interés y b) derecho contra interés; sin embargo, esto marcha mal, porque en muchos sistemas jurídicos no se presentan conflictos del primer tipo (interés contra interés), pues, por varias razones, tales aparentes conflictos ya suponen algún derecho que desde el inicio está en conflicto. "Casi todos los intereses caerán dentro del alcance protector de un derecho", dice Klatt (2021, p. 382). Así, la distinción entre el primer tipo de conflicto y el segundo se borra. En realidad, casi todos los conflictos son del segundo tipo (o de un tercer tipo: derecho contra derecho). De ello se concluye que la tesis de la asimetría acaba por tener una relevancia mínima.

Klatt no explica por qué la tesis de la asimetría acaba con una relevancia mínima, pero se pueden suponer dos razones.

[11] Schauer no lo menciona, pero su argumento también tiene importancia práctica, al menos por la siguiente razón: una persona con capacidad autoritativa pero lo suficientemente poco familiarizada con la fuerza normativa de los derechos podría omitir incorporarla en el peso de un derecho que se va a someter a una restricción motivada por un interés. Esa persona puede entonces aplicar un test típico de proporcionalidad, verlo satisfecho y concluir, lo que en su opinión sería un juicio de proporcionalidad correcto. El hecho es que al no considerar la fuerza normativa especial del derecho y no observar que ello es inherente al concepto de proporcionalidad, no estará formulando siquiera un juicio de proporcionalidad. Así, un test típico de proporcionalidad puede generar una desviación en la práctica, a saber, creer que su satisfacción implica un juicio de proporcionalidad.

La primera es que la tesis de la asimetría tendría relevancia sólo si existieran los dos tipos de conflictos (interés contra interés y derecho contra interés), porque sólo así se podrían ver sus consecuencias, es decir, que los derechos adquieren más fuerza normativa que los intereses. Como el primer tipo de conflicto en realidad casi no surge, se sigue que la relevancia de la tesis de la asimetría está limitada en esa misma medida, es decir, no logra mostrar casi ninguna consecuencia.

La segunda es que al existir muy pocos casos, si es que alguno, de conflicto de interés contra interés, la prueba contrafáctica de Schauer quedaría reducida en esa misma medida y, por tanto, no lograría ser una prueba de lo que ya está implícito en el concepto de los derechos. En su caso, sólo sería una prueba que muestra la fuerza normativa especial de unos cuantos derechos. Lo cual es insuficiente para que la tesis de la asimetría cobre el fuerte sentido que su autor pretende otorgarle.

Ambas posibles explicaciones apuntan a lo mismo: no se puede llevar a cabo la prueba contrafáctica de Schauer a todos los derechos y, por tanto, no es útil para mostrar que el concepto de derechos está comprometido con una fuerza normativa especial *inherente* en ellos.[12]

Esta observación sugiere que si acaso los derechos tienen una fuerza normativa especial, ésta debe ser contingente, lo cual permite a Klatt enfrentar, en primer lugar, una posible incompatibilidad entre la ponderación y los derechos entendidos como triunfos.[13] Y, en segundo lugar, cuatro afirmaciones de Schauer enfocadas en destacar la asimetría entre derechos e intereses.

[12] También se puede pensar en una razón de orden práctico. Klatt podría querer decir que, aunque la tesis de la asimetría de Schauer fuera verdadera incluso en un sentido necesario, ésta no tiene casi ninguna consecuencia práctica, porque en el mundo real casi nunca nos encontraremos con un interés no respaldado por un derecho. Paso por alto esta lectura, porque entonces Klatt habría abandonado el debate conceptual para, en su lugar, sólo enfocarse en la importancia que la ponderación tiene para el mundo en el que vivimos.

[13] La teoría de los derechos como triunfos se atribuye principalmente a Dworkin (1978, pp. 90-94 y 364-368).

Los derechos vistos como triunfos son compatibles con la ponderación por el simple hecho de que pueden ser entendidos como derechos constitucionales que efectivamente tienen un triunfo invulnerable ante cualquier otro interés sin el mismo estatus constitucional. Klatt mantiene que, en este sentido, existe una *"primera ley de la prevalencia:* los derechos constitucionales siempre prevalecen sobre todos los demás intereses excepto los que como ellos gozan de estatus constitucional" (Klatt 2021, p. 383). Esta ley no está prescrita por la ponderación, sino más bien excluye tener que llegar a ella.

Desde la lectura que se ha desarrollado en el presente comentario, la observación anterior muestra que la ponderación no tiene por qué negar la existencia de derechos con una fuerza normativa especial (en este caso, los derechos amparados por la primera ley de la prevalencia). Al contrario, es compatible con ellos, en este caso, lo es porque escapan de su alcance. ¿Qué sucede con los derechos que tienen una fuerza normativa especial, pero que son de su competencia? Responder esta pregunta es el siguiente objetivo de Klatt, y para ello ofrecerá una explicación, por medio de la ponderación, de las cuatro afirmaciones de asimetría que sostiene Schauer. Éstas, de conformidad con la reconstrucción de Klatt, son las siguientes:

> (1) Un cierto grado de restricción de un derecho se entiende como una privación más grave que el mismo grado de decremento de un interés público.
>
> (2) "Los derechos valen más que los intereses no protegidos como derechos *(non-rights-protected)*".
>
> (3) "Pero cuando los derechos están en un lado de la ecuación, hay una presunción a favor del derecho o, lo que es más o menos lo mismo, una carga de la prueba impuesta a quienes restrinjan el derecho […]".
>
> (4) Tanto los derechos de libertad como los de igualdad pueden restringirse, pero sólo cuando la razón para imponer una restricción es una "razón con fuerza especial" (2021, p. 376-377).

Para explicar estas afirmaciones, Klatt (2021, pp. 386-389) adopta la exposición de Alexy sobre la ponderación. Para los fines de esta sección sólo será importante recordar que dicha explicación se basa en la fórmula de peso de Alexy. Ésta típicamente busca establecer cuál es el peso concreto de un derecho, digamos *Pi*, en relación con otro derecho o interés, digamos *Pj*, y, conforme al resultado, concluir si la restricción está justificada o no. Para ello tiene en cuenta: a) el peso abstracto de ambos principios, b) la intensidad de la interferencia sobre *Pi* y la importancia de satisfacer *Pj*, y c) la certeza de las premisas que intervienen.

Véase entonces cómo es que la ponderación (en concreto, la fórmula del peso), en opinión de Klatt, puede dar cuenta de las cuatro afirmaciones de Schauer:

La primera proposición lo único que diría es que la intensidad de interferencia sobre un principio, *Pi* (en conjunción con su peso abstracto), puede tener un carácter privativo más serio que la importancia de satisfacer el principio al otro lado de la ecuación, *Pj* (en conjunción con su peso abstracto). Esto sucede, por ejemplo, cuando el peso abstracto de *Pi* es mayor al de *Pj* (suponiendo que la certeza de las premisas no sea influyente). Así, la ponderación puede explicar la primera proposición de Schauer.

La segunda proposición es fácilmente explicable con la simple asunción de que todos los derechos siempre tengan el mayor peso abstracto con respecto a cualquier otro interés. Esto está relacionado con la que Klatt llama la *segunda ley de la prevalencia*: "cuanto más alto sea el peso abstracto de un principio, más probablemente prevalecerá sobre principios contendientes" (Klatt, 2021, pp. 386-392). La asunción, por cierto, es contingente y requiere una justificación externa.

La tercera proposición se explica porque si se atribuye el mayor peso abstracto a los derechos, contrariamente a lo que se haría con los intereses, claramente los primeros tendrán menos carga probatoria, a diferencia de los segundos.

Finalmente, la cuarta proposición se puede explicar si se interpreta que "fuerza" se refiere a los pesos concretos de dos principios. Así, un interés podría restringir un derecho si tiene mayor peso concreto (fuerza).

De conformidad con lo anterior, los sistemas jurídicos pueden contener asimetrías, pero los conflictos de los que surgen pueden ser resueltos en forma adecuada mediante la ponderación.[14] Si esto es así, la tesis de la restricción de Schauer sería falsa. Lo sería porque, según se vio, la ponderación no sólo estaría capacitada para resolver conflictos entre meros intereses. Los derechos y la fuerza normativa que éstos puedan tener también son incorporables a su ecuación.

Se debe notar que estas cuatro explicaciones de Klatt suponen que la tesis de la asimetría sólo es contingente. Es decir, que no siempre los derechos adquirirán esa fuerza normativa especial. De hecho, esto es algo que el mismo autor destaca al finalizar su explicación de las cuatro proposiciones:

> Es preciso hacer otra observación: que sea técnicamente posible dar a todos los derechos un valor abstracto más elevado que a los demás principios constitucionales no implica que fuera justificable hacerlo. Después de todo, en el texto constitucional no hay una señal clara de que la misma Constitución diferencia los pesos abstractos de tal manera [Klatt 2021, p. 394].

Klatt no lo destaca, pero no es difícil entender que la etapa de la ponderación no impide de ninguna manera asignar los menores pesos abstractos a los derechos y los mayores pesos abstractos a los intereses. En forma clara, dicha etapa, admite esas posibilidades (2021, p. 382). El asunto para él es más bien de justificación. Justo por eso la ponderación no conlleva *inherentemente* la fuerza normativa especial de los derechos. Pero eso no importa, porque, sugiere Klatt, el hecho de que los derechos no

[14] Para un antecedente de esta conclusión, véase Young (2014, p. 50).

tengan una fuerza normativa especial de modo necesario es lo que precisamente explica la corrección de un método que permita distinguir cuáles la tienen y cuáles no. Este método es la ponderación.

El tema final del artículo que aquí se comenta trata el asunto epistemológico que puede entrañar la tesis de la asimetría. Hay que recordar la proposición 3 de Schauer, que menciona una carga probatoria cuando se pretende restringir un derecho para imponer un interés. Klatt explora tres lecturas de esa carga probatoria.

La primera lectura se refiere a considerar que la carga probatoria de la que habla Schauer está relacionada con un asunto de certeza de las premisas que apoyan los intereses, no así de los derechos. Esta lectura, sin embargo, llevaría demasiado lejos la tesis de la asimetría, explica Klatt, ya que imponer una carga de certeza meramente a las premisas relacionadas con los intereses es contraintutivo, porque los derechos también se expresan en premisas y éstas también tienen grados de certeza. Y, por otra parte, si se interpretase que la certeza de las premisas sobre los derechos y los intereses es variable, la tesis de la asimetría de Schauer acabaría siendo una afirmación contingente, debido a que siempre cabría la posibilidad lógica de que la carga probatoria estuviera invertida. Esto no es fiel a Schauer. Como dice Klatt, "la tesis asimétrica de Schauer exige hacer una consideración más general" (2021, p. 397). Por tanto, no es aceptable atribuirle esta interpretación.

La segunda lectura también explora que la carga probatoria sea un asunto de certeza de las premisas, pero ahora en el sentido de que las premisas a favor de los derechos siempre conlleven un margen de ventaja epistémica. Así entendida, la tesis de la asimetría de Schauer tiene sentido, pero de cualquier manera, replica Klatt, tal ventaja epistémica sólo podría ser encontrada por medio de la ponderación, de modo que la tesis de la asimetría no tendría independencia de la ponderación y, por supuesto, interpretada así, no podría funcionar como una premisa en contra de la ponderación. Si la tesis de la asimetría de Schauer realmente es una objeción a la ponderación, debería tener otro significado.

Finalmente, la tercera lectura interpreta que la carga probatoria se refiere más bien a una carga en la argumentación que recaería en la defensa de los intereses, como un correlato del reconocimiento que se hace de un cierto peso en los derechos. Entender así la tesis de la asimetría no dice nada nuevo; sólo repite la primera ley de la ponderación: mientras más alto sea el grado de detrimento a un principio, más alta debe ser la importancia de satisfacer el otro.

Con el análisis epistemológico anterior, se formula en síntesis un complejo dilema. Si la tesis de la asimetría de Schauer tuviera un sentido tan general como el que pretende, o bien acabará por constituir una exigencia de certeza desorbitada (primera parte de la primera lectura), o bien no será otra afirmación sino la primera ley de la ponderación (tercera lectura); en el primer caso la tesis es claramente falsa, en el segundo, ya está incluida en la ponderación. Entonces sólo quedaría interpretar que la tesis de la asimetría es contingente (segunda parte de la primera lectura y segunda lectura), sin embargo, este sentido de la tesis es completamente explicable por la ponderación.

Con base en todo lo que se ha dicho en esta sección, se puede sintetizar el reciente argumento de Klatt de la manera siguiente: es falso que la prueba contrafáctica de Schauer muestre que los derechos lleven implícitamente una fuerza normativa especial; sin embargo, esto no significa que ningún derecho pueda llegar a tener dicha fuerza normativa especial. La llegan a tener, pero de manera contingente. Dichos casos son plenamente explicables por el método de la ponderación. Por tanto, la ponderación no es un método restringido a los conflictos entre meros intereses como Schauer mantiene; más bien tiene la capacidad de resolver conflictos en los que los derechos están involucrados.

D. El valor del trabajo de Klatt

Por lo que se observó en la sección anterior, Klatt defiende en su artículo varios puntos importantes en su debate contra Schauer. En esta sección

se destacarán dos conclusiones, por su amplio valor. Una está expresamente declarada, pero la otra, que es más profunda, no.

La conclusión declarada de modo expreso por Klatt es que la tesis de la restricción de Schauer es falsa. Sobre ésta vale la pena detenerse un poco para puntualizar los alcances de la objeción de Klatt.

Hay que colocar nuevamente en escena el argumento general de Schauer: dado que la fuerza normativa especial de los derechos es variable (dependiendo, por ejemplo, del derecho e interés en conflicto) y que al concepto de proporcionalidad le es inherente tal fuerza normativa especial, se sigue que los juicios de proporcionalidad están regidos de modo necesario por distintas *reglas de peso* (que especifican las asimetrías entre derechos e intereses). Así, cualquier método que soslaye esas reglas no puede ser realmente de proporcionalidad. La ponderación, continúa el argumento, precisamente soslaya las reglas de peso y, por tanto, no puede ser un método de proporcionalidad.

Schauer no es suficientemente claro, pero la conclusión de su argumento es compatible con dos conceptos de ponderación:

a) La ponderación *inherentemente* excluye cualquier fuerza normativa especial que puedan tener las entidades en conflicto.

b) La ponderación ni *inherentemente* excluye ni *inherentemente* conlleva la fuerza normativa que puedan llegar a tener las entidades en conflicto.

La ambigüedad surge porque Schauer, al describir los conflictos de interés contra interés, llega a sugerir que los intereses, conceptualmente, nunca podrían llegar a tener una fuerza normativa especial y, por tanto, su método apropiado habría de excluir cualquier regla de peso, en el sentido de siempre *impedir* que alguna forme parte de los argumentos, ya que simplemente tendría que limitarse a hacer juicios del tipo costo-beneficio.

Sin embargo, su descripción de los intereses también es compatible con que éstos sean aptos para llegar a tener alguna fuerza normativa especial, sólo que de manera contingente (que algunos la tengan, pero otros no) y, por tanto, la ponderación sólo habría de soslayar la fuerza normativa especial que los intereses pueden llegar a tener, pero en el sentido menos comprometedor de no incorporarla (aunque tampoco excluirla) en forma estructural. Es decir, en el sentido de que ni *inherentemente* la excluya ni *inherentemente* la incluya. Lo cual otorgaría a la ponderación la flexibilidad de considerar dicha fuerza normativa especial cuando se presente y no considerarla cuando no se presente.

La lectura que Klatt supone del argumento de Schauer no es esta última, sino la primera: "La ponderación, sostiene Schauer, es un método apropiado sólo si están en juego dos intereses no protegidos como derechos; entrando a escena un derecho, cualquier uso de la ponderación es 'engañoso'" (Klatt, 2021, p. 379). Efectivamente, si la ponderación inherentemente excluyese la fuerza normativa especial que puede tener alguna de las entidades en conflicto, nunca podría tener en cuenta, ni siquiera de modo contingente, la fuerza normativa especial que un derecho puede tener. Por eso cualquier empleo de la ponderación con derechos sería engañoso.

Sin embargo, si Schauer asumiese que la ponderación significa más bien lo segundo, no cualquier empleo de la ponderación con los derechos sería engañoso. El problema con ella más bien sería que no siempre garantizaría tener en cuenta la fuerza normativa especial de los derechos. Esta lectura de Schauer erige la posibilidad de que no mantenga una tesis de restricción tan estrecha como la que Klatt le atribuye, sino sólo una tesis de restricción moderada. Es decir, no es que la ponderación nunca podría dar cuenta de la fuerza normativa especial de los derechos, sino sólo que permite no tomarla en cuenta. Desde ese punto de vista, Schauer podría estar de acuerdo con todos los alcances que Klatt ha mostrado que tiene la ponderación al tratar con la fuerza normativa de los derechos. Con lo

que no estaría de acuerdo es con un asunto más refinado: que la consideración de la fuerza normativa especial de los derechos no le es estructural.

En ese orden de ideas, el alcance de las pruebas de Klatt respecto a que la ponderación daría cuenta de la fuerza normativa especial que algunos derechos llegan a tener, podría ser plenamente compatible con la postura de Schauer.

Esto, sin embargo, no le excluye valor al trabajo de Klatt, pues no deja de mostrar que es extraño afirmar que la ponderación puede tener el sentido a), expuesto unos párrafos atrás.

Ahora es turno de mirar en las profundidades de su trabajo para observar su conclusión implícita. Klatt no lo dice con estas palabras, pero lo que implica son dos tesis de amplia importancia práctica:

1) Que en realidad a la proporcionalidad no le es inherente la fuerza normativa especial de los derechos. Esta tesis está implicada en su artículo porque depende por completo de la naturaleza de los derechos. Como éstos sólo contingentemente tienen una fuerza normativa especial, se sigue que cualquier forma de resolución de los conflictos en los que ellos intervienen no tiene por qué incorporar de modo estructural dicha fuerza normativa. En ese sentido, el verdadero concepto de proporcionalidad equivale al de ponderación.

2) En caso de que alguien quisiera insistir en la existencia de un concepto de proporcionalidad como el que Schauer propone, eso no tendría importancia, porque tanto ese concepto como el de derechos que supone sólo estarían en la imaginación o, en el mejor de los casos, sólo serían aplicables a una pequeña cantidad de casos. Los conceptos de derechos y proporcionalidad relevantes para el foro son: i) los derechos no llevan inherentemente una fuerza normativa especial (si la llegan a tener es contingente) y ii), por tanto, la proporcionalidad no incluye inherentemente la fuerza normativa especial de los derechos ni la excluye inherentemente.

Justo porque éstos son los conceptos correctos (o, al menos, los que abarcan más casos) de derechos y proporcionalidad, la ponderación no sólo es un método que puede dar cuenta de los conflictos en los que intervienen derechos, sino que es su método apropiado.

Los alcances del artículo de Klatt son teóricos y prácticos, porque dice que vale la pena emplear el método de la ponderación (la fórmula de peso de Alexy o alguna cercana a ella) para decidir conflictos en los que se encuentren involucrados derechos, pues los resultados serán realmente juicios de proporcionalidad y, en caso de que no lo lleguen a ser, esto no tiene importancia práctica, pues a fin de cuentas son los que exige la práctica.

E. Conclusiones

Como podrá notar el lector, el eje de todo el debate es el concepto de los derechos. Si éstos llevasen inherentemente una fuerza normativa especial como Schauer propone, entonces habría muchos aprietos para evadir el concepto de proporcionalidad del autor. Si, en cambio, los derechos sólo contingentemente adquiriesen una fuerza normativa especial como Klatt supone, lo que se dificultaría evadir sería el típico método de la ponderación al estilo de Alexy.

Esto muestra que se debe centrar la atención en el argumento contrafáctico de Schauer a favor de su concepto de los derechos y, de igual manera, en los alcances de la objeción de Klatt a dicho argumento. Como se ha descrito en el presente comentario, lo que logra Klatt es mostrar que el argumento de Schauer no puede extenderse a todos los derechos, porque muchas veces el mundo real ya concibe los casos como conflictos de derechos contra intereses, y en ese sentido, no es posible poner en marcha la prueba contrafáctica de Schauer. Con ello Klatt ha logrado obstaculizar la piedra angular del amenazante argumento de aquél.

Cabe, sin embargo, preguntarse si acaso no se podrían poner en marcha otros juicios contrafácticos. Schauer podría decir: no importa que la

mayoría de los conflictos sean de derechos contra intereses, porque si así fuese entonces las pruebas contrafácticas que se han de hacer sólo tienen que partir de esa realidad. Ahora se debe imaginar, contrafácticamente, que los derechos involucrados son intereses. De ello se observaría que, al hacerlo así, los intereses pierden una fuerza normativa, que en el mundo real los derechos sí tenían. ¿No sería ésta una prueba contrafáctica no objetada por Klatt y que apoyaría que los derechos tienen una fuerza normativa especial?, ¿no sería ésta una forma como Schauer podría reactivar su argumento?

Por lo pronto, el debate no ha ido tan lejos, y se debe concluir que hasta el momento Klatt ha logrado obstaculizar la premisa principal que habría apoyado la perspectiva de Schauer. Es de suponerse que no pasará mucho tiempo para que Schauer revierta el estado de la discusión, con lo cual Klatt podría quedar fuera de la disputa conceptual, para sólo concentrarse en un argumento práctico: no importa que Schauer muestre que los conceptos reales de derechos y proporcionalidad son los que él dice, lo importante es que como casi no hay intereses no respaldados por derechos, sus observaciones son insuficientes para que, en el foro, se saque de primera plana a la ponderación.

Fuentes

Alexy, R. (2019a), "La fórmula del peso", en Villa G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, pp. 141-162.

_____ (2019b), "¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad", en Villa, G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima, Palestra, pp. 333-349.

Beatty, David (2004), *The ultimate rule of law,* Oxford, Oxford University Press.

Dworkin, R. (1978), *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Klatt, M. (2014), "An egalitarian defense of proportionality-based balancing: a reply to Luc B. Tremblay", *International Journal of Constitutional Law,* núm. 12, pp. 891-899.

_____ (2021), "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer", en *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, México, Centro de Estudios Constitucionales.

_____ y Moritz M. (2012), *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press.

Moller, K. (2014), "Proportionality and rights inflation", en Huscroft, G. *et al.* (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 155-172.

Schauer, F. (2014), "Proportionality and the question of weight", en Huscroft, G. *et al.* (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 173-185.

Stijn, S. (2017), *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*, Londres, Routledge.

Urbina, F. (2017), *A critique of proportionality and balancing*, Cambridge, Cambridge University Press.

Young, A. (2014), "Proportionality is dead: long live proportionality!", en Huscroft, G. *et al.* (eds.), *Proportionality and the rule of law: rights, justification, reasoning*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 43-66.

Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de *Oakes*? Dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense*

Sujit Choudhry**

* Texto publicado originalmente como "So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter's section 1", (2006), *Supreme Court Law Review*, vol. 35, núm. 2d. pp. 501-535. Traducido al español por Gabriela Gutiérrez Dávila. Copyright (2006) LexisNexis Canada Inc. First published in *The Supreme Court Law Review*, Second Series, Vol. 35.

** Gracias a Aharon Barak, Peter Hogg e Ira Parghi por sus útiles comentarios y a Bernadette Mount por su ayuda editorial. Se aplica el aviso de responsabilidad habitual. Este artículo se basa en Choudhry (2005).

Sumario: A. *Oakes* y Brian Dickson; B. La narrativa dominante; C. La contranarrativa; D. Conclusión. Reflexiones sobre *Chaoulli*.

A. *Oakes* y Brian Dickson

Al reflexionar sobre el vigésimo aniversario de *R. vs. Oakes*,[1] es difícil no pensar en el ministro presidente Brian Dickson, ya que están inextricablemente unidos en la imaginación constitucional canadiense. Esto es cierto, no sólo por la razón obvia de que el ex ministro presidente redactó la opinión mayoritaria, sino también porque *Oakes* se ha convertido en sinónimo de su extenso legado jurisprudencial. Junto con *R. vs. Big M Drug Mart Ltd.*,[2] *Hunter vs. Southam Inc.*,[3] *Singh vs. Canadá (ministro de Inmigración y Empleo)*,[4] y Referencia a la Ley de Vehículos Motorizados (Columbia Británica), s. 94,[5] *Oakes* marcó la pauta para los primeros años de la Corte de Dickson. En *Oakes* se habló con una audacia y confianza que permearon la jurisprudencia temprana de la Corte. De hecho, aclaró la

[1] [1986] S.C.J. No. 7, [1986] 1 S.C.R. 103 [en adelante, *Oakes*].
[2] [1985] S.C.J. No. 17, [1985] 1 S.C.R. 295 [en adelante, *Big M*].
[3] [1984] S.C.J. No. 36, [1984] 2 S.C.R. 145.
[4] [1985] S.C.J. No. 11, [1985] 1 S.C.R. 177 [en adelante, *Singh*].
[5] [1985] S.C.J. No. 73, [1985] 2 S.C.R. 486 [en adelante, *B.C. Referencia a Vehículos Motorizados*].

metodología interpretativa de ésta para los casos sobre la Carta, tal vez lo más central es que los derechos tienen una importancia presunta, y las limitaciones son la excepción que sólo son aceptables si los gobiernos cumplen con un exigente examen de justificación. La cita de *Oakes* por los tribunales de Antigua y Barbuda,[6] Australia,[7] Fiji,[8] Hong Kong,[9] Irlanda,[10] Israel,[11] Jamaica,[12] Namibia,[13] Sudáfrica,[14] Reino Unido,[15] Vanuatu[16] y Zimbabwe[17] han hecho de ella uno de los modelos centrales para la adjudicación constitucional basada en los derechos y sólo ha confirmado su condición de símbolo de la Corte de Dickson.

Por lo tanto, la retirada casi inmediata de la Corte de *Oakes* en *Edwards Books*, reconocida y consolidada poco después por *Irwin Toy Ltd. vs. Quebec (Fiscal General)*,[18] tiene un significado constitucional más amplio, tanto en el país como en el extranjero. Si *Oakes* fue un modelo de cómo interpretar la Carta y cómo se deben interpretar los documentos de protección de derechos en otras jurisdicciones, la pregunta es qué tipo de modelo permanece luego de dos décadas.[19] En un sentido importante, esto completa el círculo, dada la importancia de los modelos comparativos para la redacción de la sección 1 (Hovius, 1985; Weinrib, 2002). Y, en

[6] *Fiscal General y Anor vs. Goodwin y Ors*, [1999] I.C.H.R.L. 143.
[7] *Kartinyeri vs. La Mancomunidad*, [1998] HCA 22; *Mulholland vs. Comisión Electoral Australiana*, [2004] HCA 41.
[8] *Chaudhry vs. Fiscal General*, [1999] FJCA 28.
[9] *R. vs. Sin Yau Ming*, [1991] HKCA 96.
[10] *Blascaod Mor Teoranta vs. Comisionados de Obras Públicas en Irlanda*, [1998] IEHC 38.
[11] *United Mizrahi Bank Ltd. vs. Migdal Cooperative Village*, 49 P.D. 221; *Ron Menachem vs. Ministro de Transporte*, P.D. 57 (1) 2345.
[12] *Asociación de Abogados de Jamaica vs. Ernest Smith & Compañía*, [2003] JMSC 17.
[13] *Kauesa vs. Ministro del Interior y Otros*, [1995] I.C.H.R.L. 56.
[14] *S vs. Zuma*, 1995 (2) SA 642; *S vs. Coetzee*, 1997 (3) SA 527; *S vs. Manamela*, 2000 (3) SA 1; *Case vs. Ministro de Seguridad*, 1996 (3) SA 617; *S vs. Bhulwana*, 1996 (1) SA 388; *S vs. Singo*, 2002 (4) SA 858.
[15] *Ex Parte Kebeline*, [1999] UKHL 43; *R. vs. Lambert*, [2001] UKHL 37; *A (FC) vs. Secretario de Estado para el Departamento del Interior*, [2004] UKHL 56.
[16] En representación de la Constitución, *Korman vs. Natapei*, [1997] VUSC 46.
[17] *Chavunduka vs. Ministro del Interior*, [2000] I.C.H.R.L. 34.
[18] [1989] S.C.J. No. 36, [1989] 1 S.C.R. 927 [en adelante, "*Irwin Toy*"]; R. *vs. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] S.C.J. No. 70, [1986] 2 S.C.R. 713].
[19] He explorado el uso de modelos comparativos en la adjudicación constitucional en Choudhry (1999; 2004; 2006).

lugar de simplemente decirnos algo sobre la sección 1, 20 años después de que la Corte llegara a un acuerdo con *Oakes*, da luz sobre su creciente autocomprensión del papel judicial bajo la Carta. El destino de *Oakes* ofrece lecciones más amplias acerca del destino de la Carta y la revisión judicial de los instrumentos constitucionales que protegen los derechos en general.

Hay una narrativa dominante sobre cuál es el verdadero legado de *Oakes* y en qué se han retractado sobre ésta.[20] El argumento es que estableció un enfoque uniforme para evaluar las limitaciones justificables de los derechos de la Carta independientemente de las diferencias de contexto, pero que en la década siguiente a ella, la Corte buscó criterios de deferencia, para clasificar de manera confiable y predecible los casos en que la deferencia estaba garantizada y aquellos en los que no lo estaba. Estas categorías no fueron aplicadas consistentemente por la Corte y, de hecho, produjeron desacuerdos en ésta sobre cómo deberían aplicarse en casos específicos. Subyacentes a ambas tendencias estaban las preocupaciones con respecto a la contundencia de las distinciones empleadas por la Corte para delinear los límites de estas categorías. La lección más amplia de *Oakes* es la necesidad de adaptar la revisión judicial al contexto único de cada caso.

Aunque la narrativa dominante captura gran parte del legado de *Oakes*, se pierde de lo que está en juego en muchos casos recientes de la sección 1 y, por implicación, cuál es el verdadero legado de *Oakes* y en qué se han retractado sobre ésta. En mi opinión, *Oakes* creó un enorme dilema institucional para la Corte, al establecer un conflicto entre la demanda de pruebas definitivas para respaldar cada etapa del análisis de la sección 1 y la realidad de la formulación de políticas en condiciones de incertidumbre fáctica. Y, por lo tanto, su legado es que la pregunta central de

[20] Por ejemplo, véanse Beatty (1990), Mendes (1990; 2005, p. 47), Elliot (1991, p. 83), Knopff y Morton (1992, pp. 45-47), Lajoie y Qullinan (1992, p. 285), Dassios y Prophet (1993, 289) Hiebert (1996), Roach (2001, Bredt y Dodek (2001, 175), Kelly (2005).

la sección 1 es cómo la Corte debe distribuir el riesgo de la incertidumbre fáctica cuando los gobiernos legislan en condiciones de información imperfecta. *RJR-MacDonald vs. Canadá (Fiscal General)*[21] es el caso crucial aquí, porque puso de manifiesto cómo el debate central en muchos casos de la sección 1 es la calidad del registro probatorio. Pero no sólo la Corte no ha reconocido esto como una cuestión central; no ha podido adoptar un enfoque coherente de cómo responderlo.[22] Dos ejemplos que se encuentran en el corazón de esta contranarrativa son *Thomson Newspapers Co. vs. Canadá (Fiscal General)*[23] y *Harper vs. Canadá (Fiscal General)*.[24] Aunque estos casos han atraído la mínima atención de los académicos constitucionales por su mayor importancia para la comprensión de la Corte del papel judicial bajo la Carta, merecen una gran atención, puesto que demuestran que existe otro legado de *Oakes*.[25]

Entender que estos problemas son el legado de *Oakes* permite ver los juicios *fuera* del contexto de la sección 1 bajo una luz diferente. En la conclusión se vinculará mi contranarrativa con la decisión de la Corte en *Chaoulli vs. Quebec (Fiscal General)*,[26] en la cual anuló la prohibición de Quebec al seguro médico privado. Aunque el enfoque principal de *Chaoulli* fue la sección 7, lo leí a través del lente del problema general de cómo crear una revisión judicial en una democracia que protege los derechos, cuando los gobiernos a menudo legislan con información imperfecta. En ese caso, ni la mayoría ni los ministros disidentes lo entendieron en esos términos. Como consecuencia, se hicieron la pregunta equivocada. Comprender bien el legado de *Oakes* los habría llevado a evitar ese error.

---

[21] [1995] S.C.J. No. 68, [1995] 3 S.C.R. 199 [en adelante RJR-MacDonald].
[22] Como ilustran las decisiones de la Corte en *R. vs. Malmo-Levine*, [2003] S.C.J. No. 79, 2003 SCC 74 [Malmo-Levine] y *R. vs. Labaye*, [2005] S.C.J. No. 83, 2005 SCC 80, surgen preguntas similares fuera del contexto de la sección 1 y la Corte también ha enviado señales contradictorias allí.
[23] [1998] S.C.J. No. 44, [1998] 1 S.C.R. 877 [en adelante, *Thomson Newspapers*].
[24] [2004] S.C.J. No. 28, [2004] 1 S.C.R. 827 [en adelante, *Harper*].
[25] Las excepciones incluyen Hogg (1997, sec. 35, 4), Charney (2004), Charney y Green (2006), Lamer (1994, pp. 582-583).
[26] [2005] S.C.J. No. 33, 2005 S.C.C. 35 [en adelante, *Chaoulli*].

B. La narrativa dominante

Los detalles de la narrativa dominante son ampliamente conocidos. La sección 1 estaba en juego en una serie de sentencias tempranas de la Carta, en las que la Corte ofreció algunas observaciones preliminares sobre cómo interpretaría la disposición.[27] Pero no fue hasta 1986 que la Corte dedicó una atención sostenida a la sección 1 en un par de sentencias dictadas con 10 meses de diferencia. En *Oakes*, el ministro presidente Dickson estableció el marco analítico que rige la interpretación de la sección 1 que, a pesar de dos décadas de elaboración, calificación y modificación doctrinal, todavía proporciona el marco básico dentro del cual se conduce el análisis de limitaciones. En *Oakes,* se afirma que las partes que buscan defender una violación de derechos deben cumplir con un examen de cuatro fases. Primero, la razón de la violación de los derechos debe ser "apremiante y sustancial",[28] lo que implica que el objetivo legislativo debe promover los valores de la "sociedad libre y democrática" a los que se refiere el texto de la sección 1. Estos valores abarcan un amplio conjunto de valores, pero no todos estos incluidos, los cuales subyacen a los derechos de la Carta, que también están garantizados por la sección 1 y, por ese motivo, son las razones exclusivas que pueden justificar su limitación.[29] Los siguientes tres pasos, en conjunto, constituyen el conocido examen de proporcionalidad. Por lo tanto, debe haber una "conexión racional" entre la medida que infringe los derechos y el objetivo, interpretado por la Corte en *Oakes* como la exigencia de que los medios elegidos estén "cuidadosamente diseñados" para minimizar los problemas de sobreinclusión. Además, la medida debe ser el medio menos restrictivo

[27] Estas primeras sentencias fueron de *Quebec (Fiscal General) vs. Asociación de las Juntas Escolares Protestantes de Quebec*, [1984] S.C.J. No. 31, [1984] 2 S.C.R. 66; *Singh; Big M y B. C. Referencia a Vehículos Motorizados*.

[28] *Oakes*, p. 138.

[29] *Id.*, están enumerados los valores de una sociedad libre y democrática en el famoso pasaje (p. 136): "La Corte debe guiarse por los valores y principios esenciales para una sociedad libre y democrática que creo que encarnan, por nombrar solo algunos, el respeto a la dignidad inherente de la persona humana, el compromiso con la justicia social e igualdad, la conciliación de una amplia variedad de creencias, el respeto por la identidad cultural y grupal y, fe en las instituciones sociales y políticas que mejoran la participación de individuos y grupos en la sociedad".

—es decir, el medio que menoscaba el derecho "lo menos posible"— para lograr el objetivo del gobierno. Finalmente, los efectos nocivos de la medida deben ser proporcionales a la importancia del objetivo.[30] Sobre los hechos del mismo *Oakes*, la Corte consideró una impugnación a una disposición que revierte la carga de la prueba, la cual se presumía la intención de traficar narcóticos por el mero hecho de la posesión. La Corte consideró que el objetivo subyacente a la disposición —proteger a la sociedad de los males del narcotráfico— era apremiante y sustancial (aunque desconcertante, no intentó vincular este objetivo con los valores de una sociedad libre y democrática). Pero la disposición falló en el examen de conexión racional porque era demasiado inclusiva, ya que ésta infirió la intención de tráfico en casos de posesión en los que dicha intención no estaba presente.

El mensaje claro enviado por *Oakes* es que establece un "estándar estricto de justificación".[31] Por lo tanto, los derechos son la norma y de importancia presunta y no pueden limitarse a menos que se cumplan "los criterios excepcionales que justifican su limitación".[32] Lorraine Weinrib observó correctamente que en *Oakes*, "el Estado rara vez satisface la justificación de la sección 1 porque la ley suprema establece que ciertos derechos y libertades deben honrarse en el curso normal" (Weinrib, 1988, p. 492).[33] Al respecto, *Oakes* confirmó las opiniones de los comentaristas que escribieron, antes de la sentencia, que el historial de la redacción de la sección 1 demostró una intención legislativa de que la disposición se interprete estrictamente en beneficio de los demandantes de derechos (Christian, 1982, p. 107; Conklin, 1982, pp. 81-82). Además, aunque *Oakes* declaró que "la naturaleza del examen de proporcionalidad variará dependiendo de las circunstancias",[34] estaba enmarcado en términos

[30] *Id.*, p. 140.
[31] *Id.*, p. 136.
[32] *Id.*, p. 137.
[33] Para una visión similar, pero crítica, de las implicaciones de la rigurosidad de *Oakes*, véase Chapman (1986, p. 867).
[34] *Oakes*, p. 139.

abstractos que no invitaban a los tribunales a distinguir su aplicación en futuras apelaciones que pudieran diferir radicalmente del mismo *Oakes*, ya sea con respecto a los derechos en juego o respecto al contexto político.

Pero menos de 10 meses después de *Oakes*, siguió *R. vs. Edwards Books & Art Ltd*,[35] en el que superficialmente la Corte invocó y aplicó Oakes como precedente. Sin embargo, a pesar de que el ministro presidente Dickson redactó ambas sentencias, *Edwards Books* fue radicalmente diferente. Los cambios clave se referían a la conexión racional y los componentes de mínima interferencia del análisis de proporcionalidad. Como en *Oakes* se había interpretado el requisito de ajuste entre los medios y los fines para evitar la sobreinclusión legislativa, se pensó que lo mismo se aplicaría a los problemas de subinclusión legislativa. *Edwards Books* presentó dos brechas de este tipo entre fines y medios legislativos, porque a pesar del objetivo general de proporcionar un día de descanso común, la legislación sólo se aplicaba al sector minorista e, incluso allí, contenía excepciones significativas. Pero la Corte respondió justificando el alcance limitado de la legislación, sugiriendo que una legislatura podría restringir sus esfuerzos a sectores "en los que parece haber preocupaciones particularmente urgentes o a grupos que parecen especialmente necesitados" y, en general, que "las elecciones legislativas sobre formas alternativas de regulación empresarial [...] no necesitan ajustarse con gran precisión para poder resistir el escrutinio judicial", ya que "la simplicidad y la conveniencia administrativa son preocupaciones legítimas".[36] Ahora la pregunta obvia era por qué los mismos tipos de argumentos no podrían haberse utilizado en *Oakes*, dada la utilidad obvia de revertir la carga de la prueba para la efectividad de la persecución penal. Pero en *Edwards Books* no se desaprobó explícitamente el caso *Oakes* ni se explicó por qué debería operar de manera tan diferente en ese contexto.

[35] [1986] S.C.J. No. 70, [1986] 2 S.C.R. 713 [en adelante, *Edwards Books*].
[36] *Id.*, p. 772.

Y el mismo tipo de preguntas surgieron del análisis de interferencia mínima de la Corte. Nuevamente, sin un reconocimiento explícito, la Corte modificó *Oakes*, estipulando que la medida impugnada sólo necesita interferir en los derechos de la Carta "tan poco como sea razonablemente posible" y preguntando "si hay algún esquema alternativo razonable", en vez de si la medida elegida era la menos intrusiva disponible.[37] La Corte luchó abiertamente con las diversas compensaciones involucradas en las alternativas a la ley de cierre en domingo. Por lo tanto, la Corte argumentó que el derecho de un empleado a rechazar trabajar los domingos lo haría preso de "la sutil presión coercitiva que un empleador puede ejercer sobre un empleado".[38] También era indeseable una exención completa para los minoristas que podrían demostrar "una creencia religiosa sincera que los obliga a cerrar sus tiendas en un día que no sea domingo".[39] Significaría que los empleados del sector minorista —un grupo particularmente vulnerable— tendrían pocas opciones realistas más que trabajar los domingos, y la legislatura tenía derecho a dar prioridad a los intereses de los empleados al observar un día de descanso común sobre los intereses comerciales de los empleadores. Además, la exención requeriría una investigación desagradable realizada por el Estado sobre las creencias religiosas y, nuevamente, éste tenía derecho a preferir un esquema que fuera menos integral pero que evitara dicho proceso. Y, además de las razones particulares de la apelación, *Edwards Books* declaró de manera más general que "los tribunales no están llamados a sustituir las opiniones judiciales por las legislativas" que, "por su naturaleza, la legislación debe, hasta cierto punto, atravesar las circunstancias individuales para establecer reglas generales", y esa deferencia fue ordenada para que la Carta no "se convirtiera simplemente en un instrumento de los individuos mejor situados para hacer retroceder la legislación que tiene como objetivo mejorar la condición de las personas menos favorecidas".[40] Aunque la Corte no llegó a la etapa de la mínima interferencia del análisis

[37] *Id.*, p. 772.
[38] *Id.*, p. 773.
[39] *Id.*, p. 773.
[40] *Id.*, p. 782, 777 y 779.

de proporcionalidad en *Oakes*, una vez más, la pregunta surgida por *Edwards Books* fue por qué factores similares no fueron siquiera señalados por la Corte unos meses antes.

Los comentaristas académicos rápidamente notaron que algo se avecinaba.[41] Robin Elliot observó que cuando "*Oakes* fue emitido, la decisión pareció resolver lo que se había convertido en una pregunta problematica y muy importante: ¿cómo se aplicaría la sección 1 de la Carta?", pero que en Edwards Books se dejó muy en claro "que la Corte está lejos de *ad idem* sobre la cuestión de cómo se aplicará la sección 1" (Elliot, 1987, p. 339). Aunque *Oakes* pretendía ser de "alcance integral", Elliot anticipadamente sugirió que "es realmente vaga la posibilidad de que veamos un enfoque único y uniforme para la sección 1 emergente de la Corte en el futuro previsible" (Elliot, 1987, p. 340). Andrew Petter y Patrick Monahan fueron aún más lejos, argumentando que "los jueces han retrocedido en todo, excepto en las trampas formales del examen de *Oakes*" (Petter y Monahan,1988, p. 66). El resultado neto fue que la Corte

> todavía tiene el estricto examen de *Oakes* colocado en el estante, esperando ser desempolvado para ser usado en el momento apropiado […] cada vez que la Corte quiera revocar una ley, [pero] por el otro lado, cuando están lidiando con una ley con la que son relativamente empáticos, la Corte puede retirarse y, básicamente, permitir que la legislatura haga lo que quiera (Petter y Monahan, 1988, p. 95).

Claramente, la Corte necesitaba explicar exactamente cómo *Oakes* y *Edwards Books* encajan. Y la literatura académica ofreció algunas sugerencias preliminares. Elliot sugirió, por ejemplo, que el enfoque estricto de la conexión racional en *Oakes* puede haber derivado de la consecuencia de la sobreinclusión, "que personas inocentes pueden ser condenadas por un delito grave" (Elliot, 1987, p. 318). Presumiblemente, las apues-

[41] Compare Hutchison (1995, pp. 50-55) y Bakan (1997, pp. 27-30), enfatizan la indeterminación del examen de Oakes, una visión que parece minimizar las diferencias entre éste y Edwards Books.

tas eran un poco menores en *Edwards Books*, que surgieron fuera del contexto penal. En una línea similar, Petter y Monahan observaron astutamente que la Corte era mucho menos deferente en sus casos penales de la Carta, en comparación con aquellos de contexto no penal, y que mientras "los casos en los que la retórica y las razones de la Corte han sido más deferentes han sido casos no penales[…] la Corte ha seguido operando sobre la base del paradigma desarrollado en sus primeros casos" en el área de derecho penal (Petter y Monahan,1988, pp. 68-69). La lógica de este patrón de decisiones, sugirieron, podría derivarse de la evaluación de la Corte de que "la supervisión del proceso penal es un elemento esencial en el menú judicial", y la Corte puede en estos casos "mantener la ilusión de que el poder judicial está eligiendo entre el estado y el individuo, en lugar de entre los intereses en competencia de individuos o grupos", mientras que los casos no penales plantearon "cuestiones generales de política social" en las que "las compensaciones inherentes a los litigios de derechos son más visibles" (Petter y Monahan,1988, p. 69).

La Corte ofreció una respuesta parcial a estas críticas académicas (aunque sin citarlas) en *Irwin Toy* y casos posteriores. Hasta cierto punto, simplemente continuó la tendencia no anunciada, pero transparente, hacia la deferencia, al adoptar interpretaciones menos estrictas de los primeros dos pasos del examen de Oakes en casi todos los casos que se presentaron antes (Elliot, 1987, pp. 139-144). La necesidad de un "objetivo apremiante y sustancial" que promoviera los valores de una sociedad libre y democrática establecida en *Oakes* fue reemplazada silenciosamente por el requisito menos exigente de que el objetivo sea simplemente "válido"[42] o "suficientemente importante".[43] De hecho, dado que *Oakes* y *Edwards*

[42] *R. vs. Whyte*, [1988] S.C.J. No. 63, [1988] 2 S.C.R. 3.

[43] *Referencia re ss. 193 y 195. 1(1)(c) del Código Penal (Man.)*, [1990] S.C.J. No. 52, [1990] 1 S.C.R. 1123 [en adelante, *Referencia de la Prostitución*]. Sin embargo, algunas decisiones más recientes apuntan a una aplicación más exigente de este requisito del examen de *Oakes*. En *R. vs. Advance Cutting y Coring Ltd.*, [2001] S.C.J. No. 68, 2001 SCC 70 [en adelante, *Advance Cutting*], la Corte rechazó una impugnación constitucional al sistema singular de negociación colectiva que rige a la industria de la construcción de Quebec. Los empleadores sólo pueden contratar trabajadores que tengan un certificado de competencia y el régimen otorga a cinco sindicatos el monopolio para

Books no lograron conectar los objetivos de las medidas impugnadas en esas apelaciones con los valores de una sociedad libre y democrática, este movimiento casi no fue una sorpresa. De modo similar, la necesidad de un diseño legislativo cuidadoso para minimizar la posibilidad de sobreinclusión y subinclusión en la etapa de conexión racional —aplicada por

---

emitir estos certificados. Para obtener un certificado, la legislación exige que el trabajador se una a alguno de los cinco sindicatos reconocidos legislativamente. Además, la legislación establece cuotas regionales en cuanto al número máximo de certificados que se pueden emitir. La mayoría argumentó que el propósito de este régimen era llevar la paz a la industria de la construcción y que los medios elegidos cumplieron con el examen de proporcionalidad. Los ministros disidentes (redactado por el ministro Bastarache) rechazaron este objetivo, sobre la base de que en Oakes se ordenó a los tribunales de revisión que consideraran "el objetivo de la legislación tal como se encuentra hoy", en oposición a las razones históricas por las cuales fue promulgada (párrafo 45). El ministro Bastarache luego rechazó dos objetivos contemporáneos para la legislación —"tener una negociación colectiva estructurada y estipular requisitos de competencia" —porque no podía aceptar "que estos son los verdaderos objetivos de la legislación" (párrafo 46). El ministro Bastarache entonces no encontró una conexión racional entre la membresía obligatoria al sindicato y cuotas regionales y los supuestos objetivos de la legislación. Lo que faltaba en su análisis es lo que él consideró que eran realmente los verdaderos objetivos, y cómo les fue a estos objetivos bajo el análisis de *Oakes*. Una forma plausible de leer el juicio es que el ministro Bastarache consideró que el verdadero objetivo subyacente a las medidas impugnadas de otorgar un monopolio a un número limitado de sindicatos de la construcción y restringir la oferta de trabajadores de la construcción a cambio de paz laboral, y que este objetivo era insuficientemente importante bajo *Oakes*. La legislación, en otras palabras, era una forma de legislación ilegítima de intereses especiales que protegía los intereses de cinco sindicatos de la construcción de la competencia económica sin compensación al interés público.

Figueroa vs. Canadá, [2003] S.C.J. No. 37, 2003 SCC 37 [en adelante, *Figueroa*], de igual forma, se puede leer de manera similar. Estaba bajo impugnación un umbral de 50 candidatos para que los partidos políticos fueran registrados. Los partidos registrados poseen el derecho de emitir recibos deducibles de impuestos de donaciones recibidas fuera del periodo electoral y el de extender a los candidatos el derecho a transferir al partido fondos electorales no gastados. Además, los candidatos de los partidos registrados pueden incluir su afiliación partidista en la boleta electoral. La Corte no encontró una conexión racional entre estas medidas y los objetivos pretendidos subyacentes al esquema: mejorar la efectividad del proceso electoral, proteger la integridad del régimen de financiación electoral y aumentar la posibilidad de un Parlamento estable. El fracaso de la Corte de no encontrar una conexión racional, por supuesto, sugiere que el verdadero objetivo puede haber sido bastante diferente —proteger a los partidos políticos más grandes de la competencia *electoral* en detrimento del interés público—. Y Figueroa se puede leer como respaldando que ese objetivo no puede justificar una limitación en la sección 3. En otras palabras, Figueroa sostiene que la Carta prohibirá los bloqueos democráticos.

Además, la Corte reafirmó sus precedentes iniciales en los que se considera que los objetivos discriminatorios (*Big M*) y consideraciones fiscales (*Singh, B.C. Referencia a los Vehículos Motorizados*) son insuficientemente importantes para justificar la limitación de los derechos de la Carta: Vriend vs. Alberta, [1998] S.C.J. No. 29, [1998] 1 S.C.R. 493 [en adelante, Vriend], las razones disidentes de la ministra L'Heureux-Dubé en *Nueva Escocia vs. Walsh*, [2002] S.C.J. No. 84, [2002] 4 S.C.R. 325 [en adelante, *Walsh*] (objetivos discriminatorios) y *Nueva Escocia (Junta de Indemnización de Trabajadores) vs. Martin: Nueva Escocia (Junta de Indemnización de Trabajadores) vs. Laseur*, [2003] S.C.J. No. 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (consideraciones fiscales). Pero la Corte ha dejado la puerta abierta a emergencias fiscales que se consideran como razones legítimas para limitar los derechos de la Carta: *Terranova (Junta del Tesoro) vs. N.A.P.E.*, [2004] S.C.J. No 61, [2004] 3 S.C.R. 381.

Oakes, pero luego diluida por *Edwards Books*— fue reemplazada por el requisito mucho menos oneroso de que los medios elegidos simplemente promueven el objetivo legislativo.[44]

Pero fue principalmente el desarrollo del examen de interferencia mínima lo que impulsó la jurisprudencia. Aquí, la Corte reconoció explícitamente que se había alejado, y continuaría alejándose, de la rigurosidad de *Oakes*. Sin embargo, en lugar de adoptar una desmovilización general en todos los casos —como lo hizo con respecto a las dos primeras etapas del examen de *Oakes*—, trató de establecer una serie de distinciones categóricas para identificar casos en los que debería deferir bajo la sección 1, preguntándose sólo si se podría decir que el gobierno tenía una "base razonable"[45] para concluir que había interferido en el derecho lo menos posible y aquellos en los que no debería (Lokan, 1992, p. 163). La Corte se basó en un conjunto diverso de criterios que a menudo se superponían en casos individuales, proporcionando múltiples motivos para la deferencia.[46]

Una estrategia era diferenciar diversas áreas de política basadas en la ventaja institucional comparativa o relativa pericia judicial. Por lo tanto,

---

[44] *Rocket vs. Royal College of Dental Surgeons de Ontario*, [1990] S.C.J. No. 65, [1990] 2 S.C.R. 232 [en adelante, *Rocket*]. También véase Hogg (1992). Sin embargo, en tres conjuntos recientes de casos, la Corte se ha alejado de la visión deferencial de "racionalidad mínima" del examen de conexión racional y ha adoptado un enfoque más estricto: a) situaciones de omisión legislativa o subinclusión, en las que la exclusión de los demandantes de derechos de un régimen legislativo, según los beneficios, se consideró que no sostiene una conexión racional con los objetivos del esquema en su conjunto: *M. vs. H.*, [1999] S.C.J. No. 23, [1999] 2 S.C.R. 3 y las razones disidentes de la ministra L'Heureux-Dubé en Walsh; b) casos en los que los medios elegidos realmente causarían el daño que la legislación busca curar: véanse las razones disidentes de los ministros Cory y Iacobucci en *Delisle vs. Canadá (Fiscal General Adjunto)*, [1999] S.C.J. No. 43, [1999] 2 S.C.R. 989, y las razones concurrentes de la Ministra L'Heureux-Dubé en *Dunmore vs. Ontario (Fiscal General)*, [2001] S.C.J. No. 87, [2001] 3 S.C.R. 1016 [en adelante, *Dunmore*], y c) casos relacionados con la restricción del derecho de voto garantizado por la sección 3, en los que los medios sólo son inteligibles sobre la base de supuestos que comunican una falta de respeto por la democracia: *Sauvé vs. Canadá (Director General Electoral)*, [2002] S.C.J. No. 66, [2002] 3 S.C.R. 519 [en adelante, *Sauvé*]. Este desarrollo garantiza un análisis más profundo que el que se puede proporcionar aquí, particularmente dado que la versión de "racionalidad mínima" del examen de conexión racional todavía es utilizado de manera rutinaria por la Corte.

[45] *Irwin Toy,* p. 994.

[46] Para una predicción temprana de que esto sucedería, véase Finkelstein (1983-4). Para un análisis desconcertante de los 11 años de la jurisprudencia de la sección 1 posterior a *Oakes*, que omite la discusión detallada de estas distinciones doctrinales, véase Trakman, Cole-Hamilton y Gatien (1998, p. 83).

en *Irwin Toy*, la Corte indicó que no deferiría en el contexto de la justicia penal o, para ese asunto, siempre que "el propósito del gobierno se relacione con el mantenimiento de la autoridad e imparcialidad del sistema judicial", debido a su "experiencia acumulada en lidiar con tales cuestiones".[47] De hecho, el Poder Judicial es un actor del gobierno central en el sistema de justicia penal. Por el contrario, la Corte carece de experiencia relativa vis a vis con otras ramas del gobierno en otros contextos, por ejemplo, las relaciones laborales o la regulación comercial. Esta distinción explicaba los enfoques discrepantes de la Corte en *Oakes* (un caso de derecho penal) y *Edwards Books* (que se refería a la regulación de la industria minorista). También tuvo en cuenta la posterior deferencia de la Corte bajo la sección 1 en dos decisiones que surgen en el contexto de las relaciones laborales, *McKinney vs. University of Guelph*[48] y *Advance Cutting*, en las que la Corte extendió su deferencia histórica a las juntas laborales y árbitros, a la política laboral establecida legislativamente —y, en este último caso, la necesidad única de garantizar la paz laboral en el sector de la construcción de Quebec—.

Una segunda estrategia consistía en diferenciar los casos de acuerdo con los *intereses en competencia* en juego, según la teoría de que tanto el rango como el peso relativo de los diferentes intereses deberían guiar la elección del estándar de la Corte. En una lectura, la distinción penal versus la no penal en *Irwin Toy* fue representativa de este conjunto subyacente de consideraciones. Por lo tanto, en el contexto del derecho penal, el Estado es "el antagonista singular" del demandante de derechos, en el que el Estado actúa "en nombre de toda la comunidad".[49] Por el contrario, en otras situaciones, el Estado intenta mediar en "reclamos competitivos entre diferentes grupos".[50] Aquí se reclama que cuando actúa en nombre de *terceros* cuyos intereses se oponen a los del demandante de derechos,

[47] *Irwin Toy*, p. 994.
[48] [1990] S.C.J. No. 122, [1990] 3 S.C.R. 229 [en adelante, *McKinney*].
[49] *Irwin Toy*, p. 994.
[50] *Id.*, p. 993.

los intereses de estos individuos son un contrapeso legítimo a los derechos de los demandantes de la Carta. La idea es que algunas reclamaciones exitosas de la Carta tienen costos reales para intereses importantes de individuos identificables a quienes el Estado actúa para proteger. Hacer cumplir la Carta no es, por lo tanto, gratuito en términos humanos reales —las demandas de derechos son redistributivas y producen ganadores y perdedores—. La sentencia constitucional es una forma de equilibrio de intereses que es difícil de distinguir en muchos casos de la asesoría de la deferencia de la toma de decisiones legislativas. En contraste, cuando el Estado promueve los intereses de la "comunidad", las demandas exitosas aparentemente no imponen los mismos costos, y el equilibrio se inclina más en favor del demandante de derechos. La justicia penal cae en la primera categoría, mientras que la política social y económica, en la segunda. *Edwards Books*, *McKinney* y *Advance Cutting* pueden explicarse como casos en los que la Corte decidió deferir en la presencia de intereses en competencia, y *Oakes* como un caso en el que la falta de deferencia es atribuible a la ausencia de intereses en competencia.

Esta estrategia generó una serie de variaciones. Por ejemplo, la Corte argumentó que los intereses de terceros cuentan aún más como motivo de deferencia cuando éstos son *grupos vulnerables* a cuyos intereses el Estado otorga prioridad o a quienes protege (Colker, 1992, p. 77).[51] Por lo tanto, la Corte ha deferido cuando la legislación protege a los empleados (*Slaight Communications Inc. vs. Davidson*),[52] o al menos a aquellos que son "poco calificados, no sindicalizados y con poca educación"

[51] También se deduce que, cuando la legislación perjudica a los miembros de un grupo vulnerable, la Corte debería mostrar menos deferencia bajo la sección 1. Se puede argumentar que esta posición fue adoptada y aplicada por la Corte en *U.F.C.W., Local 1518 vs. KMart Canadá*, [1999] S.C.J. No. 44, [1999] 2 S.C.R. 1083 [en adelante, *KMart*], en el que la Corte se negó a deferir respecto a una prohibición legislativa sobre la protección secundaria, entre otras cosas, porque "los que están sujetos a la restricción legislativa […] forman un grupo vulnerable en la sociedad canadiense" (párrafo 68). Véase también las razones disidentes de la ministra L'Heureux-Dubé en *Adler vs. Ontario*, [1996] S.C.J. No. 110, [1996] 3 S.C.R. 609; la disidencia conjunta de los ministros Cory y Iacobucci en *Delisle vs. Canadá (Fiscal General Adjunto)*, [1999] S.C.J. No. 43, [1999] 2 S.C.R. 989; las razones disidentes de la ministra presidenta en *Lavoie vs. Canadá*, [2002] S.C.J. No. 24, [2002] 1 S.C.R. 769 [en adelante, *Lavoie*].

[52] [1989] S.C.J. No. 45, [1989] 1 S.C.R. 1038.

(*Edwards Books*)[53] y menores de edad (*Irwin Toy, R. vs. Sharpe*).[54] Se puede argumentar que, aunque no se invoque explícitamente, esta consideración también puede explicar la deferencia de la Corte a las medidas que describió como protectoras de los intereses de los miembros de las minorías raciales y religiosas (*R. vs. Keegstra*)[55] y las mujeres (*R. vs. Mayordomo*[56]).[57] Otro aspecto de esta línea de análisis fue centrarse en el equilibrio de intereses en el contexto de la asignación de recursos públicos escasos, una situación a la que se aludía en el propio *Irwin Toy*. Por lo tanto, en *McKinney,* una razón ofrecida por la Corte para rechazar la impugnación constitucional a las políticas de jubilación obligatoria de una universidad fue que una razón para la jubilación obligatoria era dar a las universidades flexibilidad para distribuir los recursos escasos entre los profesores "para mejorar y mantener su capacidad de buscar y mantener la excelencia".[58] Con *McKinney* también se introdujo la muy criticada doctrina del incrementalismo, según la cual los recursos escasos cuentan como una razón para deferir, a fin de permitir que la legislatura "tratara los problemas paso a paso" en lugar de obligarla "a lidiar con todos los aspectos de un problema a la vez".[59] La aplicación más infame de esta doctrina fue el voto concurrente del ministro Sopinka en *Egan vs. Canadá*,[60] en el que sostuvo que la negación de la seguridad para la vejez a las parejas del mismo sexo era mínimamente perjudicial porque "equiparar a las parejas del mismo sexo con los cónyuges heterosexuales, casados o en concubinato, todavía se consideran un concepto novedoso".[61] Una variación final de este enfoque fue elevar los intereses de terceros al ámbito

[53] Edwards Books, nota superior 37, en 778.
[54] [2001] S.C.J. No. 3, [2001] 1 S.C.R. 45 [en adelante, *Sharpe*].
[55] [1990] SCJ No. 131, [1990] 3 SCR 697 [en adelante, *Keegstra*].
[56] [1992] S.C.J. No. 15, [1992] 1 S.C.R. 452 [en adelante, *Butler*].
[57] Además, los miembros de la Corte han sugerido que los fumadores, que tienden a ser "los jóvenes y los menos educados", también deben ser considerados como un grupo vulnerable (RJR-MacDonald, párrafo 66 [por el ministro La Forest]), al igual que los consumidores de cigarrillos, porque "la sofisticación de las campañas publicitarias […] crea un enorme diferencial de poder entre estas empresas y los consumidores de tabaco" (RJR-MacDonald, párrafo 76).
[58] McKinney, p. 286.
[59] *Id.*, p. 317-18.
[60] [1995] S.C.J. No. 43, [1995] 2 S.C.R. 513 [en adelante, *Egan*].
[61] *Id.*, p. 576. Este aspecto de *Egan* fue revocado por la Corte en *Vriend*.

constitucional, para que el Estado pueda verse como protector de sus derechos de la Carta limitando los derechos de la Carta de otros. Entonces Keegstra puede entenderse como un caso en el que la legislación protegía los derechos a la libertad de expresión de las minorías raciales y religiosas protegiéndolas del daño del silenciamiento, y *Edwards Books* como un caso en el que la legislación de cierre en domingo protegía el derecho a la libertad de religión de los empleados minoristas sobre la observancia del domingo.

Una tercera estrategia, que surgió de la segunda, fue rebajar la importancia del derecho constitucional en juego. Del mismo modo que los intereses de terceros podrían contrarrestar las demandas de los reclamantes de derechos, estos últimos podrían ser más fáciles de sopesar si son menos importantes. La Corte desarrolló este enfoque a partir del enfoque útil de interpretación de derechos establecido en *Big M*, en el que la interpretación del alcance de un derecho de la Carta procede del recuento de los intereses que debe proteger. La Corte argumentó que, dado que algunas actividades protegidas tenían una conexión atenuada con estos intereses, garantizaba una menor protección constitucional. Esta línea de análisis se desarrolló principalmente en el contexto de la libertad de expresión, en el que la Corte distinguió entre la expresión central y la periférica. Los intereses subyacentes a la sección 2(b) son la búsqueda de la verdad, la participación en la toma de decisiones sociales y políticas y la realización personal. La Corte consideró que la expresión comercial (*Irwin Toy*,[62] *Rocket*, *Referencia a la Prostitución*, *Butler*), el discurso de odio (*Keegstra, Canadá, Comisión de Derechos Humanos, vs. Taylor*,[63] *Ross vs. Escuela de Nuevo Brunswick del Distrito No. 15*),[64] la difamación (*Hill vs. Iglesia de la Cienciología*,[65] *R. vs. Lucas*)[66] y la expresión sexualmente explícita (*Butler, Sharpe, Little Sisters Book y Art Emporium vs.*

[62] Como lo leyó la Corte Suprema en Rocket, p. 251.
[63] [1990] S.C.J. No. 129, [1990] 3 S.C.R. 892.
[64] [1996] S.C.J. No. 40, [1996] 1 S.C.R. 825.
[65] [1995] S.C.J. No. 64, [1995] 2 S.C.R. 1130.
[66] [1998] S.C.J. No. 28, [1998] 1 S.C.R. 439.

Canadá)[67] son periféricos a los intereses protegidos por la sección 2(b) y, en consecuencia, desencadenan la deferencia en la sección 1. Por implicación, el discurso político se encuentra en el núcleo de la sección 2(b) (*Thomson Newspapers, Harper*) y las leyes que lo restringen no garantizan alguna deferencia. El carácter comercial de operar el domingo un establecimiento minorista también pareció llevar a la Corte, en *Edwards Books*, a tratar la demanda de derechos como de menor valor.

Este elaborado conjunto de categorías y distinciones moldeó la cultura del argumento constitucional durante muchos años. Pero ha generado una serie de problemas. El primero fue que la Corte no ha seguido sus propios esquemas. En particular, a pesar del caso *Irwin Toy*, decidió deferir en casos de derecho penal. Quizás los ejemplos más vívidos son una serie de apelaciones en las cuales regresó, en las impugnaciones constitucionales, a las disposiciones sobre la reversión de la carga de la prueba, a pesar de que había revocado dicha disposición en *Oakes*. En *R. vs. Chaulk*,[68] la Corte confirmó la presunción que establece que un acusado es mentalmente sano hasta que se demuestre lo contrario y, al hacerlo, no aplicó *Oakes* sino *Edwards Books*. De hecho, en realidad amplió *Edwards Books*, al aclarar que la pregunta bajo la mínima interferencia era si había un medio menos intrusivo disponible que "lograría el mismo objetivo de manera tan efectiva" como la medida impugnada.[69] Aunque la Corte citó a *Irwin Toy*, no se refirió a la distinción que estableció entre asuntos penales y no penales, y mucho menos intentó aplicarlo. La concurrencia del ministro Iacobucci en el confuso conjunto de sentencias en *R. vs. Wholesale Travel*[70] tiene un enfoque similar. Pero tal vez la sentencia más sorprendente es *R. vs. Downey*,[71] en la cual la Corte confirmó una disposición en la que se revierte la carga de la prueba, en gran medida idéntica a la que fue impugnada en *Oakes* —que presumía que se vive de la prosti-

[67] [2000] S.C.J. No. 66, [2000] 2 S.C.R. 1120.
[68] [1990] S.C.J. No. 139, [1990] 3 S.C.R. 1303 [en adelante, *Chaulk*].
[69] *Id.*, p. 1341.
[70] [1991] S.C.J. No. 79, [1991] 3 S.C.R. 154.
[71] [1992] S.C.J. No. 48, [1992] 2 S.C.R. 10.

tución por el hecho de vivir con una prostituta—. No es sorprendente que la ministra McLachlin, en desacuerdo, argumentara que en *Oakes* se quiso establecer que la ley era inconstitucional porque era sobreinclusiva. Pero la mayoría —sin siquiera citar a *Irwin Toy*—declaró lisa y llanamente que "el Parlamento no está obligado a elegir la alternativa menos intrusiva".[72]

Más recientemente, la Corte *no* ha deferido en los casos en que se enfrentaba claramente a una legislación que ponderaba intereses económicos en conflicto. Considere *M. vs. H*. Aunque la Corte reconoció que debería deferir "cuando la legislación impugnada implique la ponderación de demandas de grupos en competencia", concluyó que "éste no es un caso así", ya que "ningún grupo estará en desventaja al otorgarle a los miembros de parejas del mismo sexo acceso a […] la manuntención conyugal".[73] Pero si bien es cierto que extender el régimen de manuntención conyugal a las parejas del mismo sexo no perjudica los intereses de las parejas del sexo opuesto, sí afecta la dinámica económica y el equilibrio de poder de las relaciones del mismo sexo. De hecho, precisamente por esa razón, H. se opuso a la impugnación constitucional de M. Otro ejemplo es *Dunmore*. La Corte pareció razonar que, dado que la deferencia estaba justificada cuando la legislatura actúa en nombre de un grupo vulnerable, no se requiere deferencia cuando la legislatura está ponderando los intereses de dos grupos vulnerables diferentes —en *Dunmore*, las familias agricultoras y los trabajadores agrícolas—. Sin embargo, incluso si hubiera grupos vulnerables en ambos lados de la ecuación —de tal manera que la vulnerabilidad sale de la mesa como una razón para la deferencia— en *Irwin Toy*, la existencia de intereses en competencia por sí solos es una razón para la deferencia.[74] De hecho, al respecto, es difícil cuadrar la falta de deferencia en *Dunmore* con *McKinney* y *Advance Cutting*.[75]

---

[72] *Id.*, p. 37.

[73] *M. vs. H.*, párrafo 126.

[74] Sin embargo, compárese *Auton vs. Columbia Británica*, [2004] S.C.J. No. 71, 2004 S.C.C. 78, en el que la Corte aplicó incorrectamente la sección 15 posiblemente porque no deseaba ingresar al nido de avispas de la asignación de recursos en la atención médica.

[75] *KMart* es posiblemente diferente, debido a la presencia del interés público en la libertad de expresión en el contexto de piquetes secundarios de una huelga.

Pero quizás un problema más serio que surgió es que las distinciones hechas por la Corte eran insostenibles. Esto fue más evidente en el contexto de la libertad de expresión.[76] Recuerde que la Corte había clasificado la expresión política como expresión central digna del más alto nivel de protección constitucional. Pronto se hizo evidente que la expresión, que la Corte había clasificado como periférica, era posiblemente de carácter político. De hecho, los debates sobre cómo clasificar la expresión fueron centrales en la política doctrinal de cada apelación. En *Butler*, por ejemplo, la Asociación de Libertades Civiles de la Columbia Británica, como parte interviniente, argumentó que, dado que "las normas, comportamientos e identidades sexuales influyen en la estructura de la vida política", la expresión sexualmente explícita era de hecho una forma de expresión política (Gotell, 1997, p. 76). Esta demanda ha sido promovida con mayor fuerza por las minorías sexuales, quienes argumentan que las representaciones dominantes de la sexualidad son parte integral de una cultura de discriminación. Este punto de vista estaba en el centro de la presentación hecha por los apelantes y los intervinientes LEAF y EGALE en *Little Sisters*. Un ejemplo aún más claro es el discurso de odio, cuyo carácter político es difícil de disputar, a pesar de su contenido odioso Braun (2004). De hecho, el desacuerdo entre la mayoría y la disidencia y Keegstra se centró en gran medida en si el discurso de odio debe entenderse como una expresión política y, por lo tanto, como situado en el núcleo de la sección 2(b). Como la ministra McLachlin escribió en disidencia, "la experiencia muestra que en casos reales puede ser difícil trazar la línea entre el discurso que tiene valor para la democracia o los problemas sociales y el discurso que no lo tiene".[77]

Incluso en el contexto del discurso comercial, la sentencia de la mayoría presentada por la ministra McLachlin en *RJR-MacDonald* ofreció un apoyo bastante calificado para las declaraciones tempranas de la Corte en *Butler* y la *Referencia de la Prostitución* con respecto a la naturaleza

[76] Para una visión útil general, véase Roach y Schneiderman (2005, pp. 257-323).
[77] *Keegstra*, nota superior 66, en 842.

periférica de la publicidad. Por lo tanto, afirmó que era "posiblemente menos importante que algunas formas de discurso [y] puede ser más fácil de justificar que otras infracciones", y luego procedió a explicar el valor positivo para los consumidores de publicidad de tabaco, enfatizando que el discurso comercial, en general "no debe descartarse a la ligera".[78] El ministro LeBel en *R. vs. Guignard*[79] fue aún más lejos y reconoció "el valor sustancial" de la expresión comercial debido a "la naturaleza misma de nuestro sistema económico, el cual se basa en la existencia del libre mercado [y] la operación ordenada de ese mercado depende de que las empresas y los consumidores tengan acceso a información abundante y diversa".[80] Por último, la Corte se ha negado a otorgar menor protección constitucional a la expresión económicamente motivada en el contexto de las relaciones laborales, en un par de decisiones sobre los piquetes secundarios de una huelga, *KMart y R.W.D.S.U., Local 558 vs. Bebidas de Canadá Pepsi-Cola (Oeste)*.[81] El hecho de que los intereses económicos motivan el piquete de los empleados, no justifica la deferencia, porque las condiciones de trabajo y los términos de empleo "informan la identidad, la salud emocional y el sentido de autoestima [y] pueden impactar en la vida personal de los trabajadores incluso fuera de su horario laboral".[82]

E incluso si uno pone entre paréntesis el problema de cómo clasificar los diferentes tipos de expresión, surge otro problema. En varios casos que involucran restricciones a la libertad de expresión, las consideraciones sobre la pregunta de la deferencia apuntan en direcciones opuestas. Por un lado, ciertos tipos de discurso se han criminalizado con la posibilidad de encarcelamiento y, por lo tanto, en *Irwin Toy* destaca el más alto nivel de revisión bajo la sección 1. Pero, por otro lado, el discurso en

[78] *RJR-MacDonald*, nota superior 22, en párrafos 170, 171 y 170 (énfasis agregado).
[79] [2002] S.C.J. No. 16, 2002 SCC 14.
[80] *Id.*, párrafo 21. Para una crítica temprana del valor positivo atribuido por la Corte a la expresión comercial, véase Schneiderman (1996, p. 165).
[81] [2002] S.C.J. No. 7, [2002] 1 S.C.R. 156. Hablando estrictamente, ésta fue una sentencia de derecho común, pero el desarrollo del derecho común fue fundado en la Carta.
[82] *Id.*, párrafos 33 y 34.

muchos casos ha sido periférico, el cual defiende la deferencia. Así, la naturaleza periférica de la expresión sexualmente explícita fue reconocida en *Butler* y *Sharpe* y, del discurso de odio en *Keegstra*, como razón para la deferencia. Asimismo, en la *Referencia de la Prostitución*, el ministro presidente Dickson señaló que "difícilmente se puede decir que las comunicaciones sobre una transacción económica de sexo por dinero se encuentran en el núcleo, o incluso cerca, de la garantía de la libertad de expresión"[83] y deferida por esa razón. Así, también en *Butler*, en el que la Corte razonó que "el hecho de que el material objetivo sea una expresión motivada, en la abrumadora mayoría de los casos, por el beneficio económico",[84] reforzó el caso para la deferencia. Pero en ninguno de estos casos la Corte reconoció el hecho de que la naturaleza penal de la prohibición consinderada contra la deferencia, por sí sola no proporciona algún criterio adicional para resolver el conflicto entre la orientación proporcionada por su jurisprudencia anterior. Esto es aún más extraño dado que, en el propio *Irwin Toy*, se planteó este problema, ya que involucraba la regulación del discurso comercial (garantizando deferencia) a través de un régimen que creaba sanciones penales, incluido el encarcelamiento (no garantizando deferencia), aunque por medio de la ley provincial.

Las dificultades planteadas por *Keegstra*, la *Referencia de la Prostitución*, *Butler*, *Sharpe* y el mismo *Irwin Toy* señalan quizás el problema más fundamental de todos: la distinción entre el derecho penal y otras áreas de la política pública como determinante de la deferencia. El caso en el que la Corte enfrentó directamente este problema fue *RJR-MacDonald*, en el que las restricciones a la publicidad del tabaco estaban respaldadas por sanciones penales. Pero, como señalaron los ministros, tanto en la mayoría como en la disidencia, la legislación *también* equilibró intereses en competencia, en lugar de simplemente señalar al Estado como el antagonista singular del individuo. El ministro La Forest enumeró los intereses

[83] *Referencia a la Prostitución*, p. 1135.
[84] *Butler*, p. 501.

relevantes que expresaron opiniones durante las deliberaciones legislativas en torno a la adopción de la legislación impugnada: "medicina, transporte, publicidad, derechos de los fumadores, derechos de los no fumadores y producción de tabaco".[85] El ministro La Forest defirió estupendamente en su disidencia y, obviamente, vio el carácter penal de la legislación como no dispositivo. A pesar de que la ministra McLachlin no defirió, ella reconoció el desafío fundamental de entender la legislación simultáneamente como penal y como manera de ponderar los intereses en competencia planteado para *Irwin Toy*. Ella observó que "tales distinciones pueden no ser siempre fáciles de aplicar", ya que "el derecho penal generalmente se considera que involucra una disputa entre el Estado y el acusado, pero también implica una asignación de prioridades entre el acusado y la víctima, real o potencial".[86] En otras palabras, dado que los crímenes no son sin víctimas, las leyes penales, necesaria e inevitablemente, ponderan los intereses en competencia de las víctimas y los acusados. De hecho, uno podría llevar esta línea de análisis un paso más allá y argumentar que, en muchos casos, el derecho penal es una forma de legislación protectora diseñada para ayudar a grupos vulnerables y, de hecho, los intereses de la Carta (por ejemplo, la integridad física) de esos grupos. Quizá los ejemplos principales son los delitos sexuales, cuyas víctimas son abrumadoramente mujeres y menores de edad. El hecho de que la Corte no haya apreciado estos puntos en *R. vs. Seaboyer*,[87] *R. vs. O'Connor*,[88] y *R. vs. Daviault*[89] condujo al Parlamento a elaborar respuestas legislativas para resaltar estos hechos, claramente con el objetivo de ordenar a la Corte que defiera en futuras impugnaciones constitucionales.[90]

[85] *RJR-MacDonald*, párrafo 70.
[86] *Id.*, párrafo 135.
[87] [1991] S.C.J. No. 62, [1991] 2 S.C.R. 577 [en adelante, *Seaboyer*].
[88] [1995] S.C.J. No. 98, [1995] 4 S.C.R. 411 [en adelante, *O'Connor*].
[89] [1994] S.C.J. No. 77, [1994] 3 S.C.R. 63 [en adelante, *Daviault*].
[90] La respuesta a *Seaboyer* y *O'Connor*, Bill C-46, S.C. 1997, c. 30, abrió su preámbulo con los siguientes pasajes:

"CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá sigue profundamente preocupado por la incidencia de la violencia y abuso sexuales en la sociedad canadiense y, en particular, la prevalencia de la violencia sexual contra mujeres y menores de edad;

Entonces, en resumen, la narrativa dominante del legado de *Oakes* es el surgimiento y el colapso de categorizaciones simples y dicotómicas destinadas a ayudar a la Corte a calibrar el grado de deferencia de acuerdo con las características particulares de cada caso. Una evidencia interesante de apoyo es que en la jurisprudencia reciente rara vez se ve la cita del famoso pasaje en *Irwin Toy*, mientras que era común que todo el pasaje se reprodujera en los años inmediatamente posteriores a ese juicio, como una especie de piedra de Rosetta para la sección 1. Si estuviéramos, hasta la fecha, frente a la muerte del enfoque categórico de la sección 1, esto sería con *Thomson Newspapers* en 1998. En ese caso, la mayoría de los miembros de la Corte estuvo de acuerdo con el escepticismo de la ministra McLachlin hacia la distinción categórica de Irwin Toys entre la legislación penal y la no penal, y fue más allá, al afirmar

---

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá reconoce que la violencia tiene un impacto particularmente desventajoso en la igualdad de participación de mujeres y menores de edad en la sociedad y en los derechos de las mujeres y los menores de edad a la seguridad de la persona, la privacidad y el igual beneficio de la ley, como lo garantizan las secciones 7, 8, 15 y 28 de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*;

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá tiene la intención de promover y ayudar a garantizar la plena protección de los derechos garantizados por la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* para todos, incluidos aquellos acusados, y aquellos que son o pueden ser víctimas, de violencia o abuso sexuales;

CONSIDERANDO que los derechos garantizados por la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* están garantizados por igual para todos y, en caso de conflicto, esos derechos deben ser ajustados y reconciliados en la mayor medida posible;

Proyecto de ley C-72, S.C. 1995, c. 32, la respuesta a *Daviault* contenía un lenguaje similar en su preámbulo:

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá reconoce que la violencia tiene un impacto particularmente desfavorable en la participación igualitaria de mujeres y menores de edad en la sociedad y en los derechos de las mujeres y los menores de edad a la seguridad de la persona y para la igual protección y beneficio de la ley garantizados por las secciones 7, 15 y 28 de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*;

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá reconoce que existe una estrecha asociación entre la violencia y la intoxicación y le preocupa que la intoxicación auto-inducida pueda usarse social y legalmente para excusar la violencia, particularmente la violencia contra mujeres y menores de edad;

[…]

CONSIDERANDO que el Parlamento de Canadá desea promover y ayudar a garantizar la plena protección de los derechos garantizados bajo las secciones 7, 11, 15 y 28 de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* para todos los canadienses, incluidos aquellos que son o pueden ser víctimas de violencia [...]".

Para comentarios sobre el Proyecto de ley C-72 que enfatiza la importancia del preámbulo para futuros litigios constitucionales, véase Grant (1996, p. 379).

que "nada […] sugiere que haya una categoría de casos en los que un nivel más bajo de justificación bajo la sección 1 se aplica, y otra categoría en la que se aplica un estándar más alto".[91] Pero aunque las categorías se han derrumbado, éstas han sobrevivido como *factores* que dirigen, pero no determinan, el enfoque judicial en los casos individuales. Y así, Thomson Newspapers reestructura muchas de las distinciones categóricas desarrolladas por la Corte como factores para ser sopesadas y ponderadas, sin algún criterio claro en cuanto a su relación y prioridad relativa. El resultado es una investigación altamente basada en el contexto. Las categorías, sin éxito en sus propios términos, han pavimentado el camino para el *contexto* como la nueva piedra angular de la sección 1.

C. La contranarrativa

La narrativa dominante tiene sentido en gran parte de los últimos 20 años de trabajo con *Oakes*; pero se pierde otro legado de *Oakes*, que es de igual y creciente importancia.

Esta contranarrativa comienza con el propio *Oakes*. En muchos sentidos, la centralidad de *Oakes* en la experiencia evolutiva de la Corte con la Carta es confusa, dada la historia procesal del caso. Como mencionan Robert Sharpe y Kent Roach (2003, 332-336) en *Brian Dickson: la travesía de un* juez, *Oakes* se presentó ante la Corte como una apelación penal común y corriente. El litigio del tribunal inferior no dio indicios de la enorme importancia del caso, por lo que, como era de esperarse, ningún fiscal general intervino. Además, dado que la Corte no había determinado antes de la audiencia que este sería el caso en el que establecería el examen de la sección 1, y la propia postura de la Corte sobre el papel de los intervinientes en los casos de la Carta todavía estaba en su infancia y era un tema de debate interno considerable, la cuestión de programar una nueva audiencia e invitar a las presentaciones de las partes intervinientes

[91] *Thomson Newspapers*, párrafo 90.

sobre este punto central ni siquiera surgió.[92] Por lo que se dejó a las partes presentar argumentos ante la Corte. Pero en la medida en que las partes abordaran cuestiones del método constitucional, se centraron en gran medida en la interpretación de la sección 11(d), ya que éste también fue el primer caso relacionado con esa disposición. Dedicaron poca atención a la pregunta metodológica de cómo debe interpretarse la sección 1. La audiencia también se centró en la sección 11(d). E incluso en la conferencia posterior a la audiencia, la sección 1 se consideró como un problema. Fue sólo más tarde que el ministro presidente Dickson decidió abordar la sección 1, trabajando en estrecha colaboración con sus secretarios proyectistas (Joel Bakan y Colleen Sheppard) y el director jurídico ejecutivo (Jim McPherson).

En este contexto procesal, y con 20 años de retrospectiva, es cuestionable si la Corte fue sabia al tachar tan audazmente como lo hizo en *Oakes*.[93] Además de establecer un examen riguroso de justificación, Oakes también hizo central a lo *empírico* en cada etapa del examen. Como dijo la Corte en un pasaje ampliamente ignorado: "Cuando se requiere evidencia para poder probar los elementos constitutivos del examen sobre la sección 1, y este será generalmente el caso, debe ser convincente y persuasivo y dejar en claro a la Corte las consecuencias de imponer o no imponer el límite".[94]

---

[92] Compare el enfoque posterior de la Corte en *R. vs. Stillman*, [1997] S.C.J. No. 34, [1997] 1 S.C.R. 607, que también surgió como una apelación común y corriente ss. 8 y 24(2), con presentaciones de las partes solamente. Después de la audiencia inicial (el 26 de enero de 1996), los ministros decidieron que necesitaban una nueva audiencia con el beneficio de las presentaciones de los intervinientes, sospecho porque surgieron desacuerdos en la Corte sobre cómo interpretarlas s. 24(2). Después, la Corte emitió la siguiente orden (el 24 de mayo de 1996):
"En vista de la importancia de las cuestiones planteadas sobre los hechos de esta apelación que, en algunos aspectos, invitan a una reconsideración de los principios establecidos con respecto a la aplicación de la sección 24(2) de la *Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades* y, en vista del hecho de que esta apelación fue escuchada por siete Ministros sin representación de ningún interviniente, se ordenó una nueva audiencia, para ser escuchados por el pleno de la Corte durante la sesión de otoño.
En la nueva audiencia (el 7 de noviembre de 1996), hubo 11 intervinientes en total, incluidos muchos fiscales generales provinciales".
[93] Para otras dudas sobre *Oakes*, véanse Blache (1991, 437), Siebrasse (1991, 99) y Friedland (2004, pp. 445-453).
[94] *Oakes*, p. 138.

Este pasaje parece haber sido pasado por alto en la literatura académica. Además, ha sido citado poco por la Corte —sólo en cuatro casos de la Carta,[95] mientras que *Oakes* ha sido citado por la Corte en 152 sentencias posteriores—.[96] Pero esto se vuelve cada vez más importante para la jurisprudencia de la Corte; la responsable de llamar su atención sobre este tema ha sido la ministra presidenta McLachlin. Como explicó en *RJR-MacDonald*, el examen de *Oakes* establece un proceso de "demostración razonada", en lugar de simplemente aceptar lo que dicen los gobiernos.[97] Con esto, ella quiso decir que "el examen de la sección 1 es, por su propia naturaleza, un examen de hechos específicos".[98] Y continuó:

> Al determinar si el objetivo de la ley es lo suficientemente importante como para ser capaz de anteponerse a un derecho garantizado, la Corte debe examinar el *objetivo real* de la ley. Al determinar la proporcionalidad, debe determinar la *conexión real* entre el objetivo y lo que la ley *de hecho logrará*; el *grado real* en que interfiere en el derecho; y si el *beneficio real,* que se calcula la ley debe lograr, supera la *gravedad real* de la limitación del derecho. En resumen, la sección 1 es un ejercicio basado en los hechos de la ley en cuestión y la prueba ofrecida de su justificación, no en abstracciones.[99]

Más tarde, en Sauvé, la ministra presidenta McLachlin se basó en estos temas. Ella sostuvo que los gobiernos que buscan justificar la negación del derecho al voto a los prisioneros bajo la sección 1 no pueden basarse en "objetivos vagos y simbólicos", como inculcar el respeto al Estado de derecho.[100] Más bien, los derechos sólo pueden limitarse justificadamente

---

[95] *RWDSU c. Saskatchewan*, [1987] S.C.J. No. 8, [1987] 1 S.C.R. 460; *Referencia sobre la Ley de Relaciones con los Empleados del Servicio Público (Alta.)*, [1987] S.C.J. No. 10, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. vs. Jones*, [1986] S.C.J. No. 56, [1986] 2 S.C.R. 284; *PSAC vs. Canadá*, [1987] S.C.J. No. 9, [1987] 1 S.C.R. 424.

[96] Basado en una búsqueda por palabra clave de *Oakes* en la base de datos de la Corte Suprema de Canadá el 14 de abril de 2006.

[97] *RJR-MacDonald*, párrafo 129.

[98] *Id.*, párráfo133.

[99] *Id.* (énfasis añadido).

[100] *Sauvé*, párrafos 21-22.

en respuesta a problemas o daños concretos, precisos y reales cuya existencia puede demostrarse a satisfacción de un tribunal por medio del proceso de juicio normal.

No hace falta decir que en *Oakes* no había tal expediente de hechos ante la Corte, porque no se les avisó a las partes que debían producir uno. Para comprender por qué *Oakes* pudo haber sido imprudente, imagínese si la Corona *hubiera* conocido los requisitos del examen de antemano e intentara aportar pruebas suficientes para justificar la disposición impugnada. ¿Habría sido posible proporcionar evidencia que cumpla con el estándar de prueba civil exigido por *Oakes* con respecto a cada elemento constitutivo del examen? En particular, ¿habría sido posible demostrar definitivamente que los medios elegidos interfirieron mínimamente en el derecho a ser presumidos inocentes, es decir, que otros medios menos intrusivos no hubieran sido igualmente efectivos? De hecho, ¿qué *tipo* de prueba habría sido suficiente? El enigma planteado por esta hipótesis es, de hecho, un problema más general que ha surgido como una característica central de la adjudicación de la Carta. La política pública, a menudo, se basa en aproximaciones y extrapolaciones de la evidencia disponible, inferencias de datos comparativos y, en ocasiones, incluso conjeturas informadas. En ausencia de un experimento de política a gran escala, esta es toda la evidencia que probablemente esté disponible. El ministro La Forest ofreció una observación en *McKinney* que suena a verdad: "las decisiones sobre tales asuntos deben ser inevitablemente el producto de una mezcla de conjeturas, conocimiento fragmentario, experiencia general y conocimiento de las necesidades, aspiraciones y recursos de la sociedad".[101]

En otras palabras, el enfoque de *Oakes* para interpretar la sección 1 ha creado inconscientemente un gran dilema institucional para la Corte, dada la realidad práctica de que las políticas públicas a menudo se basan

[101] *McKinney,* p. 304.

en un conocimiento incompleto. En muchos casos importantes, las disputas sobre límites justificables a los derechos de la Carta han sido disputas *factuales* sobre la naturaleza de los problemas sociales y la efectividad de los instrumentos de política del gobierno para combatirlos. A pesar de que nunca se ha enmarcado de esta manera, la pregunta básica en estos casos es la misma: ¿quién debería asumir el riesgo de la incertidumbre empírica con respecto a la actividad del gobierno que infringe los derechos de la Carta? Ésta se ha convertido en una de las preguntas no articuladas pero centrales en los litigios de la Carta. Ha dado lugar a una extensa jurisprudencia y es uno de los principales legados de *Oakes*.

Una respuesta sería que en un régimen constitucional basado en los derechos, en el que estos últimos son la regla y de presunta importancia, las limitaciones a los derechos son la excepción, los gobiernos tienen la carga de la prueba para justificar la defensa de las medidas que infringen los derechos, y el Estado es quien corre el riesgo de la incertidumbre empírica. Pero establecer esa vara tan alta a los gobiernos quizá sea pedirles demasiado. Puede ser simplemente imposible probar con certeza científica que los medios elegidos para combatir el problema realmente lo harán, y que otros medios menos intrusivos para abordarlo son igualmente efectivos. Como escribió el ministro La Forest en su voto disidente en *RJR-MacDonald*, exigir a los gobiernos que corran el riesgo de la incertidumbre empírica "podría tener el efecto de paralizar virtualmente la operación del gobierno[…] será imposible gobernar […] no sería posible hacer decisiones legislativas difíciles pero a veces necesarias. Se le conferiría a los tribunales un papel de supervisión sobre un estado en sí mismo esencialmente inactivo".[102] Y, por lo tanto, otra respuesta sería que los tribunales no exijan a los gobiernos que aporten mucho en la forma de un expediente de hechos. Pero esto podría entenderse como que el requisito es que los límites razonables sean "demostrablemente justifica-

[102] *RJR-MacDonald*, p. 67.

dos", establecidos en el propio texto de la propia sección 1, y pedir a los tribunales que acepten el dicho de los gobiernos sobre la existencia de problemas de política pública y la eficacia relativa de los instrumentos de política al tratar con ellos.

La Corte ha logrado un compromiso entre estos dos extremos. En los casos en que haya evidencia conflictiva o no concluyente de las ciencias sociales, la pregunta es si el gobierno tiene una "base razonable" para concluir que existe un problema real, que los medios elegidos lo resolverían y que infringen el derecho lo menos posible.[103] Se entiende que este estándar espera algo menos de los gobiernos que una prueba científica definitiva. Pero una falta absoluta de evidencia es inaceptable; debe haber alguna base objetiva para la política pública.

Un par de ejemplos explican cómo han funcionado estos principios en la práctica. En *Irwin Toy*, la Corte confirmó una ley de Quebec que prohíbe la publicidad dirigida a menores de 13 años, sobre la base de que los menores no podían distinguir los hechos de la ficción y eran susceptibles de manipulación. La evidencia ante la Corte demostró claramente que los menores entre las edades de 2 y 6 años no podían distinguir los hechos de la ficción, mientras que la opinión de los expertos se dividió en qué punto entre los 7 y los 13 años "los menores generalmente desarrollan la capacidad cognitiva para reconocer la naturaleza persuasiva de la publicidad".[104] Sin embargo, esta evidencia, aunque no concluyente, fue suficiente para la Corte. Como se dijo, la edad límite de 13 años se hizo "sin acceso a un conocimiento completo", pero siempre y cuando "la legislatura haya realizado una evaluación razonable de dónde se dibuja la línea más adecuadamente, especialmente si esa evaluación implica sopesar evidencia científica conflictiva […] no corresponde al tribunal adivinar. Eso sólo sustituiría una estimación por otra".[105] Por el contrario,

[103] *Irwin Toy*, p. 994.
[104] *Id.*, p. 989.
[105] *Id.*, p. 990.

en *Ford vs. Quebec*,[106] la Corte se enfrentó a un requisito general que establecía que la señalización comercial en Quebec sólo se hiciera en francés. La Corte sostuvo que si bien el expediente probatorio era suficiente para demostrar la importancia del objetivo del gobierno, había una completa ausencia de evidencia sobre la cuestión crítica de si "el requisito del uso del francés sólo es necesario para el logro del objetivo legislativo o proporcional a él".[107] Como consecuencia, la Corte determinó que el Gobierno no había cumplido con su carga de justificación según la sección 1.[108]

Como *Irwin Toy* y *Ford* ilustran, el examen de "base razonable" se ha elaborado en gran medida en el contexto de los casos sobre libertad de expresión. La Corte ha rechazado la moral convencional como una justificación aceptable para limitar la libertad de expresión, optando, en su lugar, por el principio sobre que el discurso sólo puede limitarse si es perjudicial. Richard Moon lo denomina útilmente como el "enfoque conductual", ya que sugiere que la expresión alentará a los oyentes a actuar de manera nociva (Moon, 2000, pp. 70-75). Esta elección interpretativa ha tenido el efecto inesperado de encerrar a la Corte en una búsqueda de evidencia de los daños reales y concretos del discurso prohibido. Las dificultades que esto le ha creado la han hecho volver a sus decisiones sobre pornografía y discurso de odio. Incapaz de confiar en justificaciones basadas en la moral para estas leyes, la Corte se ha enfrentado a la ausencia de evidencia definitiva que demuestre que estas formas de expresión son perjudiciales. Wayne Sumner ha revisado recientemente la evidencia empírica disponible y concluyó que "la evidencia confiable

[106] [1988] S.C.J. No. 88, [1988] 2 S.C.R. 712 [en adelante, *Ford*].
[107] *Id.*, p. 717.
[108] Véase también *Tétrault-Gadoury vs. Canadá (Comisión de Empleo e Inmigración)*, [1991] S.C.J. No. 41, [1991] 2 S.C.R. 22, en el que la Corte consideró inconstitucional una edad límite de 65 años para recibir los beneficios del seguro de desempleo. Una razón ofrecida en defensa del límite para evitar el abuso por parte de personas que ya no tenían la intención de buscar empleo. Al determinar que el limite era inconstitucional, la Corte señaló que el gobierno federal no había aportado ninguna prueba para confirmar sus declaraciones.

sobre el daño es relativamente escasa" (Sumner, 2004, p. 181).[109] Así que no es sorprendente que la Corte haya tenido que alterar el estándar de prueba. En tres de sus decisiones de pornografía (*Butler*, *Sharpe*, *Little Sisters*), ha podido señalar *algunas* pruebas de ciencias sociales que satisfacen el examen de base razonable. Y, en los casos de discurso de odio (*Keegstra*, *Ross*), en los que dicha evidencia estaba completamente ausente, la Corte ha confiado en la "experiencia y el sentido común"[110] y "la razón o la lógica"[111] para cerrar la brecha empírica. Además, el sentido común y la lógica se utilizaron en dos de las decisiones de pornografía (*Butler*, *Sharpe*), como apoyo adicional para la conclusión de que el discurso era perjudicial.[112]

En conjunto, la Corte denomina este enfoque como el examen de "temor razonable de daño". Pero aunque ha sido unánime al aceptar el examen de base razonable para evaluar la evidencia no concluyente de las ciencias sociales, y al permitir que los gobiernos confíen en el sentido común o la lógica para superar las brechas probatorias, ha habido desacuerdos importantes en casos recientes sobre los límites de estas doctrinas. Significativamente, estas divisiones en la Corte no se han centrado en el tipo de problemas que surgieron de las distinciones categóricas que desarrolló en *Irwin Toy* y otros casos. Por ejemplo, no hay desacuerdo en estos casos sobre cómo clasificar el discurso en cuestión o sobre si deferir bajo la intereferencia mínima.

Entonces, ¿cuál es la base del desacuerdo? En algunos casos, el desacuerdo se ha centrado en qué tipo de *inferencias* pueden formular los gobiernos

---

[109] Esta evidencia se revisa en el capítulo 5 de su trabajo. En ausencia de evidencia confiable sobre el daño, Summer concluye que *Keegstra, Taylor, Butler y Little Sisters* y *Sharpe* se decidieron erróneamente.

[110] *Sharpe*, párrafo 94.

[111] *RJR-MacDonald*, párrafo 154.

[112] La posición de la ministra presidenta McLachlin sobre las circunstancias bajo las cuales la Corte puede confiar en la razón o la lógica parece haber evolucionado con el tiempo. Por lo tanto, en *RJR-MacDonald*, pareciera que sugiere que se requería *alguna* evidencia (que denominó como "evidencia menos directa" en el párrafo 156). Pero en *Sharpe* estaba claramente dispuesta a cerrar la brecha empírica incluso en ausencia de evidencia, aunque había alguna evidencia no concluyente disponible, lo que lo hacía innecesario, estrictamente hablando.

basándose en evidencia no concluyente. La discrepancia más famosa ocurrió en RJR-MacDonald y se centró en el vínculo entre la publicidad y el consumo de tabaco, dada la ausencia de evidencia definitiva que vincule a los dos. La Corte se dividió sobre si los gobiernos tenían derecho a inferir que dicho vínculo existía entre el uso generalizado de la "preferencia de marca" y la publicidad "informativa" por parte de las compañías tabacaleras. El ministro disidente, La Forest, estaba dispuesto a inferir que al convencer a los fumadores de no dejar de serlo, estos anuncios tuvieron el efecto de mantener los niveles de consumo, mientras que la ministra McLachlin se negó a hacerlo.[113]

La Corte también se ha dividido sobre las circunstancias en las cuales es apropiado aplicar la "lógica" o el "sentido común" para superar la ausencia de evidencia. Lo que es particularmente interesante es que se ha dividido sobre esta cuestión en dos casos relacionados con la expresión política, *Thomson Newspapers* y *Harper*. Desde la vista privilegiada de las categorías de deferencia establecidas en *Irwin Toy* y las decisiones posteriores, éstos fueron casos fáciles, porque la expresión política está en el núcleo de la sección 2(b) y es una instancia clara en la que los gobiernos deben ser sometidos a un estricto estándar de revisión. Aunque la Corte acordó que el discurso político estaba en discusión, estaba profundamente dividida sobre cómo abordar la falta de pruebas definitivas para las premisas fácticas subyacentes a las leyes impugnadas. Aunque estos casos han atraído la mínima atención de los académicos constitucionales por su importancia más amplia para la comprensión de la Corte de la función judicial bajo la Carta, son dignos de mucha atención porque señalan que hay otro legado de *Oakes*.

En el corazón de la decisión emitida por la mayoría en T*homson Newspapers* estaba la preocupación de que un enfoque demasiado amplio para cerrar

[113] En mi opinión, esa decisión fue impulsada en gran medida por la negativa del fiscal general de Canadá a revelar a la Corte un estudio que examina la efectividad comparativa de una prohibición parcial y completa de la publicidad del tabaco, lo que la llevó a realizar una inferencia adversa sobre que tal opción habría sido un medio igualmente efectivo para lograr el objetivo del gobierno (como se enfatizó en un voto concurrente separado del ministro presidente Lamer y del ministro Iacobucci).

las brechas empíricas, por medio de la notificación judicial, podría socavar por completo la idea de que los gobiernos sólo pueden limitar justificadamente los derechos constitucionales para responder a problemas reales. En consecuencia, la mayoría intentó establecer algunos límites sobre cuándo podría aceptar la existencia de daño sin evidencia. Ésta sugirió que su sentido común o enfoque lógico de la existencia de daño se aplicaba al discurso de odio y a la pornografía porque "la posibilidad de daño está dentro del conocimiento y la experiencia cotidianas de los canadienses o cuando la determinación de los hechos y los juicios de valor se superponen".[114] Por lo tanto, la mayoría se negó a inferir que del hecho de que las encuestas de opinión influyen en la elección de los votantes en las campañas electorales, las encuestas inexactas confunden a un gran número de votantes y tienen un impacto significativo en el resultado de una elección, "sin evidencia más específica y concluyente de ese efecto".[115] Por lo tanto, consideró inconstitucional una prohibición a la publicación de las encuestas de opinión pública dentro de los últimos tres días de una campaña electoral federal. El mensaje era que la pornografía y el discurso de odio estaban en una categoría especial y limitada.

Pero luego, en *Harper*, una Corte dividida ignoró esta limitación autoimpuesta y mantuvo las restricciones sobre los gastos de terceros durante las campañas electorales en vísperas de la última votación federal. Las justificaciones para las restricciones fueron promover el valor de la igualdad política (igualar la participación en el debate político, proteger el resultado de una elección de ser distorsionado por los gastos de terceros y salvaguardar la confianza del público en el proceso electoral) y proteger la integridad de los límites de gasto para candidatos y partidos políticos. La mayoría reconoció abiertamente que tanto el daño alegado como la eficacia de las respuestas legislativas a éste eran "difíciles, sino imposibles, de medir científicamente",[116] pero, no obstante, estaba dispuesto

[114] *Thomson Newspapers*, párrafo116.
[115] *Id.*, párrafo 117.
[116] *Harper*, párrafo 79.

a razonar que el daño existía y que la cura era efectiva. La disidencia, dirigida por la ministra presidenta McLachlin, argumentó que, en ausencia de evidencia, "los peligros planteados son completamente hipotéticos, no probados y especulativos [y] la legislación es una reacción exagerada a un problema inexistente", y no estaba dispuesta a contemplar el argumento del sentido común.[117]

Estos desacuerdos se han extendido a casos fuera del contexto de la libertad de expresión. Considérese a *Figueroa*, que se refería al derecho de voto protegido por la sección 3. La Corte determinó, por unanimidad inconstitucional, el umbral de 50 candidatos para que los partidos políticos federales se registren. Los partidos registrados tienen el derecho de emitir recibos deducibles de impuestos por donaciones recibidas fuera del periodo electoral y de extender a los candidatos el derecho de transferir los fondos electorales no gastados al partido. Además, los candidatos de partidos registrados pueden incluir su afiliación partidaria en una boleta electoral. Para el ministro Iacobucci (en nombre de seis miembros de la Corte), una consideración importante fue la falta de alguna evidencia que demuestre un vínculo entre estas medidas y dos de los objetivos declarados subyantes al esquema: mejorar la efectividad del proceso electoral y aumentar la posibilidad de un parlamento estable y una mejor gobernanza. Pero al ministro LeBel (en nombre de tres ministros) le resultó "difícil de imaginar cómo se podría probar empíricamente" que los parlamentos estables proporcionan una mejor gobernanza.[118] El segundo es *Lavoie*, en el que la Corte rechazó una impugnación de la sección 15 sobre las preferencias de contratación de ciudadanos canadienses en el servicio civil federal. Un elemento central del razonamiento de la ministra presidenta McLachlin en sus razones de disidencia (en nombre de dos ministros) fue que el gobierno no había aportado ninguna evidencia para demostrar una conexión racional entre la preferencia de contratación

[117] *Id.*, párrafos 34, 41 y 34.
[118] *Figueroa*, párrafo 181.

y los objetivos de alentar a los no-ciudadanos a naturalizarse y destacar el valor de la ciudadanía canadiense. Ella no estaba dispuesta a cerrar esta brecha a través de la razón, la lógica o el sentido común, a pesar de que las herramientas doctrinales estaban disponibles para que lo hiciera. Pero el ministro Bastarache (en nombre de cuatro ministros en la mayoría) estaba dispuesto a hacer precisamente eso.

En retrospectiva, puede haber sido imprudente que la Corte en *Oakes* haya estipulado que las evidencias para justificar la limitación de un derecho de la Carta deben ser "convincentes y persuasivas" en un caso en el que ningún gobierno haya intentado lidiar con este requisito y atraer la atención de la Corte sobre las dificultades que conlleva presentar tales pruebas. Es interesante especular cómo habría sido el examen de la sección 1 si hubiera otorgado otra audiencia a los intervinientes en *Oakes*, si *Edwards Books* hubiera sido resuelto primero o si *Oakes* y *Edwards* hubieran sido escuchados y redactados al mismo tiempo.

D. Conclusión. Reflexiones sobre *Chaoulli*

Durante las últimas dos décadas, la Corte ha luchado para llegar a un acuerdo con la tarea institucional que ella misma estableció en *Oakes*. En respuesta a la pregunta de quién corre el riesgo de la incertidumbre empírica con respecto a la actividad gubernamental que infringe los derechos de la Carta, el demandante de derechos o el gobierno, la respuesta ha sido, en efecto, ambos. Sin embargo, a pesar de que la Corte ha acordado este compromiso, persisten profundos desacuerdos a lo largo de esta delicada situación. La Corte aún tiene que determinar en qué circunstancias utilizará el sentido común, la razón o la lógica para subsanar una ausencia de evidencia y delinear cuándo permitirá extraer inferencias de evidencia no concluyente de las ciencias sociales.

Entender que este tipo de problemas es el legado de *Oakes* también permite ver las sentencias fuera del contexto de la sección 1 bajo una luz

diferente. Quiero concluir vinculando esta contranarrativa con *Chaoulli*, en el que la Corte anuló la prohibición de Quebec sobre el seguro médico privado. Aunque el foco del caso fue la sección 7, *Oakes* y la jurisprudencia tienen una relevancia obvia bajo la sección 1. Sin duda, las dos disposiciones tienen una relación complicada, ya que los principios de la justicia fundamental son un límite interno al alcance de la sección 7 que, en teoría, podría hacer parte del trabajo de la sección 1. La Corte recientemente diferenciar las dos disposiciones en *Malmo-Levine*, sugiriendo que:

> […] para que una regla o principio constituya un principio de justicia fundamental para los fines de la sección 7, debe ser un principio legal sobre el cual existe un consenso social significativo de que es fundamental para la forma en que el sistema legal debe funcionar de manera justa, y debe identificarse con suficiente precisión para producir un estándar manejable contra el cual medir las privaciones de vida, libertad o seguridad de la persona.[119]

Por el contrario, la pregunta en *Oakes* es bastante diferente. Desafortunadamente, la Corte no ha logrado minimizar por completo la superposición entre las dos disposiciones. El problema clave es que ha sostenido que la sección 7 protege a las personas de las privaciones "arbitrarias" de la vida, la libertad y la seguridad de la persona, cuando lo arbitrario se define como una privación que "no tiene relación, o es incompatible, con el objetivo que yace detrás de él".[120] Esto replica el análisis de "conexión racional" del examen *Oakes*, aunque de una manera muy deferente. Las razones del ministro presidente McLachlin en *Chaoulli* utilizan las dos disposiciones juntas al interpretar la arbitrariedad como una connotación de necesidad —exactamente el tipo de estudio ordenado por *Oakes*—. Este movimiento es directamente relevante para la interpretación

[119] *Malmo-Levine*, párrafo 113.
[120] *Rodríguez vs. Columbia Británica (Fiscal General)*, [1993] S.C.J. No. 94, [1993] 3 S.C.R. 519, p. 594-95, 619-20; *Malmo-Levine*, párrafo 135; *Chaoulli*, párrafo 130.

de los principios de justicia fundamental bajo la sección 7 y la jurisprudencia bajo la sección 1 posteriores a *Oakes*.

Entonces, ¿cómo mi contranarrativa de *Oakes* habría ayudado a la Corte en *Chaoulli*? En el debate sobre si los gobiernos deberían permitir que un sistema privado paralelo brinde servicios médicamente necesarios hay dos tipos de desacuerdos. El primero es de principio, sobre si las personas deberían poder comprar atención más rápida y de mayor calidad en el mercado privado. El segundo es el desacuerdo empírico sobre el impacto de un sistema privado paralelo a Medicare. Quebec defendió la prohibición del seguro privado sobre la base de que era necesaria para preservar la integridad del sistema público. Este reclamo fue el punto clave de desacuerdo entre las ministros de la mayoría y los disidentes y, de hecho, fue el foco de un extenso testimonio de expertos en el juicio. Los investigadores de servicios de salud declararon que un sistema privado paralelo reduciría el apoyo público al plan público debido a la posibilidad de salida. De hecho, los que tienen más probabilidades de salir —los ricos— también tienen el mayor poder para proteger el sistema público, porque son políticamente poderosos de forma desproporcionada. El tribunal de primera instancia también escuchó testimonios de que un sector privado conduciría a la pérdida de recursos humanos del sector público, ya sea si los médicos abandonan Medicare por completo o si los que ejercen en ambos sectores dan prioridad a sus pacientes privados. Finalmente, debido a que las aseguradoras privadas elegirían a los pacientes más saludables y ricos, el seguro público de salud se quedaría sosteniendo la bolsa de los más enfermos y los más pobres, sin la capacidad de diversificar el riesgo entre toda la población.

Pero había evidencia del otro lado. Un testigo experto y un informe interino preparado por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología del Senado señalaron la coexistencia de los sectores público y privado en varios países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (por ejemplo, Reino Unido y Nueva Zelanda) para disputar la afirmación de Quebec de que una prohibición

de los seguros privados y un monopolio público eran necesarios para mantener la calidad de la atención en el sector público.

El juez de primera instancia tomó una decisión definitiva sobre una cuestión de hecho de que los temores de Quebec estaban bien fundados: "No podemos actuar como avestruces. El resultado de crear un sistema de salud privado paralelo sería amenazar la integridad, el buen funcionamiento y la viabilidad del sistema público".[121] Los disidentes en la Corte Suprema argumentaron que, en ausencia de un error palpable, la decisión sobre una cuestión de hecho del juez de primera instancia no podían ser perturbadas, y era igualmente cierto en sus conclusiones: "El no detener a las pocas personas con dinero no plantea una amenaza estructural para el plan de salud de Quebec. El no detener el seguro de salud privado, como lo señaló el juez de primera instancia, sí lo hará".[122]

Pero la mayoría no estuvo de acuerdo. La ministra Deschamps, escribiendo para sí misma, declaró que la sentencia del juicio "se basó únicamente en el 'miedo' a la erosión de los servicios",[123] y que "ningún estudio se produjo o se discutió"[124] que confirmara esta demanda. La ministra presidenta McLachlin fue aún más severa, caracterizando los argumentos empíricos en favor y en contra de la prohibición de Quebec a la atención médica privada como "argumentos de 'sentido común' competitivos pero no probados, que equivalen a poco más que afirmaciones de creencia".[125] "Estamos en el ámbito de la teoría", escribió.[126] El factor decisivo fue la evidencia de los países de la OCDE, la cual "refuta la afirmación teórica del gobierno de que la prohibición del seguro privado está vinculada al mantenimiento de una atención médica pública de calidad".[127]

---

[121] *Chaoulli vs. Quebec (Fiscal General)*, [2000] J.Q. no 479, párrafo 263.
[122] *Chaoulli*, párrafo 181.
[123] *Id.*, párrafo 68.
[124] *Id.*, párrafo 64.
[125] *Id.*, párrafo 138.
[126] *Id.*
[127] *Id.*, párrafo 149.

Subyacente a este desacuerdo fáctico había un grado notable de acuerdo sobre la naturaleza del papel judicial. La ministra presidenta McLachlin fue más clara afirmando que la tarea de los tribunales en las impugnaciones de la Carta a las políticas gubernamentales "es evaluar el problema a la luz, no sólo por el sentido común o la teoría, sino por la evidencia".[128] Los hechos comprobables y verificable impulsan la adjudicación; los jueces deben "observar la evidencia en lugar de suposiciones".[129] Y en su mayor parte, los ministros disidentes definieron su tarea como la producción de conclusiones firmes basadas en evidencia, que apuntaba en la dirección opuesta. Por lo tanto, las conclusiones definitivas del hecho del juez de primera instancia merecieron la deferencia de la Corte Suprema. Y el tratamiento que le dio la mayoría a los datos de la OCDE fue descartado como turismo aficionado de política pública. El supuesto de los ministros disidentes a mediante sus razones, como el de la mayoría, parecía ser que los gobiernos tenían que cumplir con un estricto examen de justificación; sólo diferían en si ese examen se había cumplido.

Pero, en un sentido importante, establecer la naturaleza de la revisión judicial de esta manera no permitió comprender el carácter del problema. El juez de primera instancia fue demasiado definitivo al concluir que la atención médica privada representaba una amenaza inequívoca para la viabilidad del sistema público, y así también, la mayoría consideró que no había evidencia sobre el tema. En realidad, la Corte estaba frente a un caso en el que la evidencia no era concluyente o conflictiva. Considérense los dos estudios más completos sobre la reforma de salud en los últimos años, la Comisión Romanow y el Comité Kirby. Sobre el impacto de un sistema privado paralelo para la atención de salud pública, ambos son equívocos. Por lo tanto, la Comisión Romanow afirma que "las instalaciones privadas […] *pueden*, en realidad, empeorar la situación para otros pacientes porque los recursos tan necesarios se desvían del sistema público de atención médica a instalaciones privadas" (Comisión sobre el

[128] *Id.*, párrafo 150.
[129] *Id.*, párrafo 152.

Futuro de la Atención Médica en Canadá, 2002, p. 139) (cursivas añadidas). El Comité Kirby también está calificado al emitir sus conclusiones, sugiriendo que "permitir un sistema privado paralelo[…] *puede* incluso empeorar las líneas públicas de espera" (Comité Permanente del Senado para Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología, 2002, p. 42) (cursivas añadidas).

Una vez que el problema se enmarca en estos términos, la relevancia directa y significativa de la contranarrativa de *Oakes* es obvia. De hecho, dado que la ministra presidenta McLachlin ha figurado de manera prominente en la jurisprudencia canadiense sobre la duda y la incertidumbre empírica —en *RJR-MacDonal*d, en *Sauvé*, en *Lavoie* y en *Harper*—, se hubiera esperado que este material estuviera al frente y al centro de su sentencia. Sorprendentemente, sin embargo, ella ni siquiera menciona, mucho menos se involucra, con estos casos. Y es también sorprendente que estos casos sólo aparecen de modo breve en el disenso.[130]

El completo fracaso de la Corte de citar, seguir o incluso intentar distinguir sus propios precedentes la llevó a cometer un error legal fundamental: planteó la pregunta equivocada. La pregunta *no* era si Quebec había demostrado de manera convincente que era necesaria una prohibición del seguro privado para mantener la integridad del seguro de salud público. Más bien, era si Quebec tenía un "temor razonable de daño" al considerar que abrir la puerta al seguro privado representaría una amenaza. En lugar de proceder con arrogante certeza, la Corte debería haber abordado la impugnación constitucional con dudas y modestia judicial. El simple desacuerdo con el gobierno de Quebec no fue suficiente. El estándar era si el gobierno de Quebec carecía de una "base razonable" sobre la cual proceder y si los materiales presentados como evidencia cumplían más allá con ese estándar atenuado. La indiferencia de la Corte por esta evidencia es sorprendente.

[130] *Chaoulli*, párrafo 176.

Si la Corte hubiera comprendido el verdadero legado de *Oakes*, tal vez podría haber evitado este serio error. Y si *Oakes* es un modelo comparativo para el análisis de proporcionalidad bajo otras constituciones que protegen los derechos, entonces este tipo de problemas no son particulares de Canadá. En términos más generales, lo llamativo de la recepción comparativa de *Oakes* es que ni la narrativa ni la contranarrativa del legado de la sentencia parecen haber viajado fuera de Canadá. Los tribunales extranjeros serían sabios si lidian con estas dificultades con el beneficio de dos décadas de reflexión por parte de los tribunales canadienses, en lugar de simplemente aplicar el examen de *Oakes* en su forma original y sin desarrollar.[131]

Fuentes

Bakan, J. (1997), *Sólo palabras: derechos constitucionales y errores sociales,* Toronto, University of Toronto Press.

Beatty, D. M. (1990), *Talking heads y los supremes: la producción canadiense de revisión constitucional*, Toronto, Carswell.

Blache, P. (1991), "Los criterios de justificación bajo *Oakes*: demasiada severidad generada a través del formalismo", *Man. L. J.*, núm. 20, p. 437.

Braun, S. (2004), *Democracia fuera de balance: la libertad de expresión y la Ley de Propaganda de Odio en Canadá,* Toronto, University of Toronto Press.

Bredt, C. D. y Dodek, A. M. (2001), "La creciente irrelevancia de la Sección 1 de la Carta", *S. C. L. R.*, núm. 14, p. 175.

Charney, R. E. (2004), "Evidencia en los casos de la *Carta*: prueba pericial y propósito de prueba" *N. J. C. L.*, vol. 1, núm. 16.

[131] Para una opinión similar, véase Merieux (2001, p. 193).

_____ y Green, Z. (2006), "Profetas de la fatalidad, videntes de fortuna: 20 años de la prueba pericial bajo el examen de Oakes". *S. C. L. R.*, núm. 34.

Chapman, P. A. (1986), "La política de juzgar: sección 1 de la Carta de los Derechos y las libertades" *O. H. L. J.*, 867.

Christian, T. J. (1982), "La limitación de la libertad: una consideración de la sección 1 de la Carta de los Derechos y las Libertades", *U. B. C. L. Revs.*, núm. 16, 105-107.

Choudhry, S. (1999), "Hacia una teoría de la interpretación constitucional comparada", *Indiana L. J.*, vol. 74, núm. 3, p. 819.

_____ (2005), "¿Peor que *Lochner*?", en Flood, C. M., Roach, K. y Sossin, L. (eds.), *Acceso a la atención, acceso a la justicia: el debate legal sobre el seguro médico privado en Canadá*, Toronto, University of Toronto Press, p. 75.

_____ (2004), "La era de *Lochner* y el constitucionalismo comparado", *Int'l J. Const. L.*, vol. 2, núm. 1, p 1.

_____ (2006), "La migración como una nueva metáfora en el derecho constitucional comparado", en *La migración de las ideas constitucionales*, Nueva York, Cambridge University Press, disponible «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943526».

Colker, R. (1992), "Sección 1, contextualidad y el principio de lucha contra las desventajas", *U. T. L. J.*, núm. 42, p. 77.

Comisión sobre el Futuro de la Atención Médica en Canadá (2002), *Construyendo valores: el futuro de la atención médica en Canadá. Informe final*, comisionado: Roy J. Romanow, consejero de la Reina, Saskatoon, Comisión sobre el Futuro de la Atención Médica en Canadá.

Comité Permanente del Senado para Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología (2002), *La salud de los canadienses. El papel federal, vol. 6, Problemas y opciones,* presidente: Michael J.L. Kirby, Ottawa, Comité Permanente del Senado para Asuntos Sociales, Ciencia y Tecnología.

Conklin, W. E. (1982), "Interpretando y aplicando la Cláusula de Limitaciones; un análisis de la sección 1", *S. C. L. R.*, vol. 4, núm. 75, pp. 81-82.

Dassios, C. M. y Prophet, C. P. (1993), "Sección 1 de la Carta: el declive de la gran teoría unificada y la tendencia hacia la deferencia en la Corte Suprema de Canadá", *Advocate's Q.*, núm. 15, p. 289.

Elliot, R. (1991), "Desarrollos en el derecho constitucional: el plazo de 1989-90", *S. C. L. R.*, núm. 2, p. 83.

Elliot, R. M. (1987), "La Corte Suprema de Canadá y la Sección 1-la Erosión del Frente Común" *Queen's L. J.* 277, núm. 12.

Finkelstein, N. (1983-4), "Sección 1: el estándar para evaluar las acciones restrictivas del gobierno y el código de procedimientos y evidencias de la Carta", *Queen's Law Journal,* núm. 9, p. 143.

Friedland, M. L. (2004), "La justicia penal en Canadá reconsiderada", *Crim. L. Q.*, núm. 419, pp. 445-453.

Gotell, L. (1997), "Moldeando a *Butler*: la nueva política anti-pornografía", en Cossman, B. *et al.*, *Mala/s Actitud/es en juicio: pornografía, feminismo y la decisión en Butler,* Toronto, University of Toronto Press, pp. 48-76.

Grant, I. (1996), "Segundas oportunidades: el Proyecto de ley C-72 y la *Carta*", *O. H. L. J.*, núm. 30, p. 379.

Hiebert, J. L. (1996), *Limitando los derechos: el dilema de la revisión judicial,* Montreal y Kingston, McGill-Queen's University Press.

Hogg, P. (1997), *Ley constitucional de Canadá*, vol. 2, Scarborough, Carswell.

Hogg, P. W. (1992), "Sección 1 revisada", *N. J. C. L.*, vol. 1, núm. 1.

Hovius, B. (1985), "Las cláusulas de limitación de la Convención Europea de Derechos Humanos: una guía para la aplicación de la sección 1 de la Carta", *Ottawa L. Revs.*, núm. 17, p. 213

Hutchison, A. C. (1995), *Esperando por Coraf: una crítica de la ley y los derechos,* Toronto, University of Toronto Press.

Kelly, J. B., (2005), *Gobernando con la Carta*, Vancouver, UBC Press.

Knopff, R. y Morton, F. L. (1992), *Política de la Carta*, Canadá, Scarborough.

Lajoie, A. y Qullinan, H. (1992), "Normas constitucionales emergentes: enmienda judicial continua de la Constitución- El examen de proporcionalidad como objetivo móvil", *L. y Contemp. Prob.*, núm. 55, p. 285.

Lamer, A. (1994), "La revolución legal de Canadá: juzgar en la era de la Carta de los Derechos", *Isr. L. Revs.*, núm. 28, pp. 579-883.

Lokan, A. (1992), "El ascenso y la caída de la doctrina bajo la sección 1 de la Carta", *Ottawa L. Revs.*, núm. 24.

Mendes, E. (1990), "En busca de una teoría de la justicia social: la Corte Suprema reconoce el examen de Oakes", *R. J. T.*, vol. 1, núm 24.

_____ (2005), "El crisol de la Carta: principios judiciales vs. deferencia judicial en el contexto de la Sección 1", *S. C. L. R.*, núm. 27.

Merieux, M. de (2001), "Estableciendo las credenciales democráticas de la legislación: R. vs. Oakes y la Sección 4 de la Ley de Derechos Humanos (1998) (Reino Unido)", Comm. World L. Revs., núm. 30.

Moon, R. (2000), *La protección constitucional de la libertad de expresión,* Toronto, University of Toronto Press.

Petter, A. J. y Monahan, P. J. (1988), "Desarrollos en derecho constitucional: el período de 1986-87, *S. C. L. R.,* núm. 61.

Roach, K. (2001), *La Corte Suprema en juicio: activismo judicial o diálogo democrático*, Toronto, Irwin Law.

_____ y Schneiderman, D. (2005) "Libertad de expresión en Canadá", en Beaudoin, G. A. y Mendes, E. (eds.), *La Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades*, 4a. ed., Markham, ON, LexisNexis Butterworths, pp. 257-323.

Schneiderman, D. (1996), "Intereses del consumidor y discurso comercial: un comentario sobre RJR-McDonald vs. Canadá (A.G.)", *U. B. C. L. Revs.*, núm. 30, p. 165.

Sharpe, R. y Roach, K. (2003), *Brian Dickson: la travesía de un juez*, Toronto, University of Toronto Press. en 332-36.

Siebrasse, N. (1991), "El examen de Oakes: un viejo fantasma que impide nuevas iniciativas audaces", *Ottawa L. Rev.*, núm. 23, p.99.

Sumner, W. (2004), *Lo odioso y lo obsceno: estudios en los límites de la libre expresión*, Toronto, University of Toronto Press.

Trakman, L. E., Cole-Hamilton, W. y Gatien, S. (1998), "R. vs. Oakes 1986-1997: volver al punto de partida", *O. H. L. J.*, núm. 36, p. 83.

Weinrib, L. E. (1988), "La Corte Suprema de Canadá y la Sección Uno de la Carta", *S. C. L. R.*, núm. 10, pp. 469-492.

_____ (2002), "La Carta de derechos de Canadá: ¿paradigma perdido?", *Revs. Const. Stud.*, núm. 6, p. 119.

Proporcionalidad e igualdad*

Vicki C. Jackson

* Texto publicado originalmente como "Proportionality and equality", en Jackson, V. y Tushnet, M. (eds.) (2018), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, pp. 148-170, Cambridge, Cambridge University Press. Traducido al español por Gabriela Gutiérrez Dávila con autorización de la autora.

Sumario: A. Toma de decisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo; B. Beneficios de la doctrina de la proporcionalidad para juzgar demandas de igualdad; C. Desafíos en la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad a las demandas de igualdad; D. Hacia una mayor proporcionalidad en los estándares de revisión.

La proporcionalidad es tanto un principio legal como una doctrina legal.[1] El principio es relevante para los legisladores y para quienes ejecutan las leyes al implementar normas constitucionales de igualdad, como se discute en la sección A de este texto, así como para el control judicial de las demandas de igualdad. Aplicada de forma consciente, la doctrina de la proporcionalidad puede generar información sobre la naturaleza y la estructura de la desigualdad que de otro modo podría eludir a los jueces (u otros tomadores de decisiones) que razonan sólo por medio de categorías existentes o de la intuición, desafiando lo que es aceptado como "natural".[2] También puede ser una herramienta para revelar motivaciones maliciosas[3] y un marco útil para el análisis contextual detallado

[1] Véanse Jackson (2015, pp. 3094 y 3098-99), *id.* pp. 3106-10 (en las que se sugiere también que la gobernanza proporcional es una meta para el constitucionalismo).

[2] Acerca de los peligros de una aceptación demasiado rápida de lo que parece ser "natural", véase, por ejemplo, Resnik (1991, p. 1682); *cf.* Ford-Mazrui (2011, p. 281) (en la que se explica el escepticismo sobre la "tradición" como una justificación para la discriminación por su "utilidad especulativa, atractivo retórico y manipulabilidad", lo que puede ocultar actitudes maliciosas).

[3] La doctrina de la proporcionalidad ha sido comparada con "el escrutinio estricto", el cual tiene también la función de buscar motivos maliciosos. Véase *Johnson v. California*, 543 U.S. 499, 506

de los intereses gubernamentales declarados y para la consideración más transparente de valores constitucionales e intereses gubernamentales en competencia, como se examina en la sección B.

Sin embargo, la doctrina de la proporcionalidad no puede por sí misma proveer respuestas para algunas de las preguntas normativas más importantes planteadas en las demandas de igualdad. Como se discute en la sección C, esto incluye el desafío de definir *prima facie* violaciones a normas legales de igualdad, los desafíos particulares de definir el "universo de comparación" apropiado y algunas de las complejidades de los problemas planteados por los intereses de terceros típicamente afectados en las impugnaciones de igualdad.

En conclusión, en la sección D se argumenta que la proporcionalidad, como un principio, debería conducir al debilitamiento de la rigidez de los conocidos niveles de revisión del análisis de la protección igualitaria utilizado en Estados Unidos de América. Un enfoque categórico para el análisis de la protección igualitaria más contextualizado y menos rígido, que busca razones con mayor peso para prácticas más propensas a tener efectos serios inconsistentes con los compromisos constitucionales de igualdad y equidad, podría producir no sólo más igualdad hacia la cual apunta la Constitución, sino también una doctrina más coherente.

A. Toma de decisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo

Si la proporcionalidad es un principio de justicia, es importante que informe las decisiones de los actores de los poderes Legislativo y Ejecutivo,

(2005) ("Se aplica el escrutinio estricto a todas las clasificaciones raciales para "poner en evidencia" usos ilegítimos de la raza asegurando que el [gobierno] persiga un objetivo lo suficientemente importante como para garantizar el uso de una herramienta altamente sospechosa" (citando *Ciudad de Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 493 [1989]). La doctrina de la proporcionalidad difiere del escrutinio estricto en la medida en la que su lenguaje formal parece requerir más que un propósito legítimo del gobierno (convincente) y que tampoco incluye la "proporcionalidad como tal".

incluso las que no están sujetas al control judicial o sólo a la revisión altamente deferente. De acuerdo con la estructura formal del análisis de la protección igualitaria estadounidense, la mayoría de las impugnaciones sobre la clasificación legislativa están sujetas únicamente a un escrutinio con "base racional", el cual puede realizarse suponiendo que los legisladores hayan actuado por cualquier motivo racional concebible que podría ser fomentado para apoyar la clasificación.[4] Con ese estándar, sería fácil defender la legislación que se promulgó para fines no públicos.[5]

Es posible que el escrutinio racional sea más riguroso conscientemente al enfocarse, por ejemplo, en los verdaderos propósitos legítimos de la legislación en lugar de en cualquier propósito hipotético concebible.[6] Pero hasta que suceda, es importante tener en cuenta que las preguntas que hacen los tribunales en esos casos están condicionadas por su entorno institucional al menos de dos maneras. Primero, los tribunales no son legislaturas electas, empoderadas para hablar por el público en general y hacerlo para equilibrar las consideraciones políticas, a menudo, en competencia. Segundo, como lo ha sugerido recientemente Tara Grove (2016, p. 475), la doctrina de "niveles" de escrutinio podría ser, en parte, una adaptación a la gran cantidad de tribunales con jurisdicción para decidir cuestiones constitucionales en Estados Unidos, un esfuerzo por medio de categorizaciones presuntivas sobre- y subinclusivas para reducir la tasa de error de los tribunales inferiores y así lograr una mayor coherencia en la ley.

Sin embargo, en la medida en que estas consideraciones están en juego, los legisladores podrían pedir más de sí mismos que los tribunales. Los legisladores pueden hacerse preguntas sobre su propio propósito real; sin duda, sus capacidades para pensar bien sus propios motivos son al menos

[4] Véase, por ejemplo, *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma Inc.*, 348 U.S. 483, 487-88 (1955).
[5] Véanse, por ejemplo, Barnett . (2014, pp. 903 y 917-918); Mathews y Stone Sweet 797 (2011, pp. 837-844) (en el cual se describe el uso de la Corte de la revisión con base racional como una "abdicación").
[6] Véanse, por ejemplo, Chemerinsky (2016, p. 401; 1989, pp. 73-74) (en el último se argumenta que un marco de escrutinio racional más matizado permitiría una mayor discusión y análisis de intereses en competencia en casos relacionados con los derechos fundamentales y la protección igualitaria).

tan altas como las de los ciudadanos promedio; un propósito posiblemente "ilegítimo" de perjudicar a un grupo económico podría volverse a entender como "legítimo" por algún motivo racional de tratar de ayudar a los grupos competidores. Aun así, debería existir algún motivo racional de orden público por el que sea beneficioso ayudar a un grupo en lugar de a otro, aparte de las razones egoístas de obtener contribuciones para la reelección.[7] Incluso si los tribunales no investigan el motivo real, se puede alentar a los legisladores a actuar con fines de espíritu-público y a considerar la proporcionalidad de la legislación a medida que negocian los compromisos complejos. Se podría esperar, razonablemente, que los legisladores consideren si la legislación coercitiva interfiere lo menos posible con los ámbitos beneficiosos de la libertad privada (incluso si los tribunales no hicieran esa investigación por sí mismos)[8] y si, al proporcionar beneficios, es probable que las líneas trazadas funcionen en detrimento desproporcionado de grupos ya muy desfavorecidos y para tratar de evitar esos efectos (incluso si los tribunales mantuvieran la mayoría de las clasificaciones como "racionales").

En cuanto a los funcionarios ejecutivos, también se podría esperar que ellos apliquen consideraciones de proporcionalidad —actuando por una razón legítima, de manera que, sin una buena causa, traten a las personas de diferente o interfieran de forma innecesaria con sus libertades—. La doctrina de la proporcionalidad ha sido utilizada durante años por los abogados del Poder Ejecutivo con respecto a las preguntas *ius in bello*: la aplicación del derecho de guerra a las decisiones que involucran objetivos militares con posible pérdida de vidas civiles involucra proporcionalidad.[9] También se puede entender que los requisitos de "razonabilidad"

[7] Pero *cf.* Doran (2014, pp. 555-559) (en el que se describe la literatura que observa la política fiscal en el Congreso, esencialmente impulsada por contratos entre los legisladores y grupos de interés).
[8] Por tanto, en contextos como *Autoridad de Tránsito de la Ciudad de Nueva York v. Beazer*, 440 U.S. 568 (1979), los hacedores de políticas legislativos o ejecutivos se deberían preguntar a sí mismos si al excluir de los empleos a los usuarios de narcóticos realmente necesitan excluir a todas las personas que reciben tratamiento con metadona —incluso si los tribunales de revisión no aplican el análisis de medios menos restrictivo—.
[9] Véase, por ejemplo, Solis (2010, pp. 272-285).

del comportamiento administrativo, familiares a la ley, abarcan algunos, si no es que todos, los elementos de la doctrina de la proporcionalidad.[10]

En resumen, debemos esperar que los legisladores y los actores del Poder Ejecutivo actúen de manera sensible a la protección de los valores constitucionales. Esto significa intentar restringir los intereses protegidos por esos valores no más de lo necesario, y considerar si cuando actúan los beneficios de la acción valen la pena a la luz de los daños ocasionados a los intereses protegidos por los derechos constitucionales. Pero dada la complejidad de la legislación moderna y las condiciones desafiantes bajo las cuales se promulgan las leyes en las democracias heterogéneas, la capacidad de cualquier legislador para asegurar la proporcionalidad de la legislación que él o ella apoya es bastante limitada. Por esta razón (entre muchas otras), los tribunales seguirán teniendo un papel importante para garantizar la proporcionalidad.

B. Beneficios de la doctrina de la proporcionalidad para juzgar demandas de igualdad

La doctrina de la proporcionalidad, como estructura formal, existe en muchas jurisdicciones. Aunque con algunas diferencias en la formulación, los elementos generales son bien conocidos. Cuando se cuestiona una ley por violar un derecho constitucional, el tribunal primero analiza si existe una infracción *prima facie*. Suponiendo que se encuentre tal infracción, la pregunta es si la intrusión está justificada. En Canadá, las infracciones a los derechos de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades deben ser "demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática"

[10] En Estados Unidos, los tribunales revisan si la actuación administrativa fue "arbitraria y caprichosa", un estándar que requiere una consideración razonada de las alternativas, pero no que las agencias elijan necesariamente los tribunales alternativos que consideran preferibles. Véase, por ejemplo, *F.E.R.C. v. Electric Power Supply Co.*, 136 S Ct 760, 782–84 (2016). En Canadá, la Corte, mientras revisaba inicialmente la actuación administrativa bajo el estándar de proporcionalidad, *Multani v. Commission Scolaire Marguerite- Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, recientemente, decidió revisar bajo un estándar de razonabilidad del derecho administrativo general, que estaba en "armonía conceptual" con el análisis de proporcionalidad. *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 SCR 395, 57.

(sección 1) para ser sostenidas, lo cual es un estándar analizado a través de la doctrina de la proporcionalidad.

En Canadá, el análisis justificativo de la doctrina de la proporcionalidad comienza considerando si el propósito de la ley que constituye una presunta interferencia con los derechos es en sí consistente con los objetivos de una sociedad libre y democrática. Esta pregunta inicial no tiene nada que ver con la "proporcionalidad" como se entiende comúnmente.[11] Sería ilegítimo el propósito de dañar o degradar a un grupo basado en características descriptivas tales como raza, etnia o género; una ley cuyo propósito es ilegítimo fracasará sin alguna otra consulta.

Asumiendo un propósito legítimo, la siguiente pregunta es si los medios elegidos (que constituyen una interferencia con el alcance presuntivo de un derecho) están conectados al propósito de forma racional. Normalmente, en esta etapa no se tiene consideración de la gravedad del propósito del gobierno, suponiendo que sea legítimo. Como no es sorprendente, los gobiernos generalmente pueden articular tanto un propósito legítimo como una conexión racional entre los medios y el propósito.

La buena fe del propósito articulado puede ser probada por el siguiente elemento de la doctrina de la proporcionalidad, en particular, el requisito de "mínima interferencia" del derecho. ¿Es la restricción "necesaria" para lograr el propósito del gobierno o hay formas de lograr ese propósito que se entrometerá menos en el ámbito del derecho protegido? Después de esta pregunta sobre la interferencia mínima, viene la última pregunta de "proporcionalidad como tal": incluso si un esquema es de "mínima interferencia" con relación a los objetivos del gobierno, ¿son los beneficios para lograr esos objetivos de peso suficiente para justificar la intrusión en un área protegida por los derechos? Esta investigación de "propor-

[11] Aunque las formulaciones iniciales de los estándares de la sección 1 sugirieron que algunos propósitos nunca son suficientemente importantes como para justificar intrusiones en los derechos, véase *R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103, la jurisprudencia posterior no lo ha indicado así.

cionalidad como tal" es uno de los valores. Son al menos cuádruples los propósitos cumplidos al hacer estas preguntas.

Expresando la importancia de los derechos. Primero, se puede entender que las pruebas de mínima interferencia o necesidad expresan respeto por la importancia de los intereses protegidos por los derechos, asegurando que éstos se vean afectados por las necesidades sociales sólo cuando sea necesario. Al respecto, se entiende que tales exámenes toman en serio los intereses protegidos por los compromisos de una gobernanza justa y libre, incorporados en los principios del debido proceso, igualdad y libertad de expresión. Esto sería consistente con el concepto de "optimización" de los derechos constitucionales como principios —desarrollado por Alexy (2002)—.

Examinando la autenticidad del objeto afirmado. Un segundo propósito del examen de interferencia mínima es revelar que el propósito afirmado no es genuino o está mezclado con uno menos legítimo. El incumplimiento del uso de un enfoque obviamente menos perjudicial puede poner en duda si el propósito afirmado en realidad está motivando una clasificación. Las decisiones basadas en el incumplimiento de los requisitos de "interferencia mínima" o de necesidad permiten a los tribunales invalidar las leyes motivadas por propósitos maliciosos,[12] sin tener que confrontar de forma directa el motivo de la legislatura.

Se ilustrará el ejemplo de un propósito especial de la ley antidiscriminación de Estados Unidos —el principio constitucional que establece que los estados no pueden discriminar los productos o servicios de otros estados—. En *Filadelfia v. Nueva Jersey*[13] la Corte revocó una ley estatal

[12] Para tener un ejemplo de un caso que pretende aplicar un control con base racional, véase *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 635 (1996) (en el cual se establece que, con respecto a los supuestos propósitos del estado de proteger la libertad religiosa de los propietarios y conservando recursos para luchar contra otros formas de discriminación, "la amplitud de la Enmienda [que prohibió a todas las jurisdicciones dentro del estado, adoptar cualquier disposición para proteger a las personas de la discriminación basada en la orientación sexual] está tan alejada de estas justificaciones particulares que resulta imposible acreditarlas").

[13] *Ciudad de Filadelfia v. Nueva Jersey*, 437 U.S. 617 (1978).

que prohíbe la eliminación de residuos de otros estados. La ley fue defendida por motivos ambientales. Pero la Corte consideró que, para fines ambientales, no importaba de dónde provenían los desechos; si bien el estado podía limitar la cantidad de desechos que se eliminaba en Nueva Jersey, éste no podía hacerlo discriminando los de otros estados. No importaba si el propósito era "proteccionista", como argumentaban los demandantes, o ambiental, como instaban sus defensores;[14] el significado implícito de la ley era discriminar los desechos foráneos y esto estaba prohibido, a menos que hubiera una buena razón, aparte de su carácter foráneo, para tratar esos desechos de manera diferente y con independencia de la buena fe del propósito ambiental.[15] El enfoque de la Corte en los medios utilizados le permitió evitar la impugnación de los motivos del estado y, al mismo tiempo, restringir los efectos discriminatorios de la ley.

El aspecto final de la doctrina, "la proporcionalidad como tal", se pregunta si, incluso si se utilizan medios mínimamente perjudiciales, las ganancias hacia un objetivo importante son probablemente suficientes para garantizar la intrusión en los derechos. Su uso puede agregar claridad analítica: sin tal paso, algunos tribunales combinan la evaluación de la importancia del propósito del gobierno con el examen de medios menos restrictivos, aceptando a éstos como los métodos que lograrán, hasta cierto punto, pero no completamente como el elegido, el objetivo del gobierno.[16]

Dieter Grimm (2007, pp. 383-396) ilustra la utilidad teórica de este examen adicional, más allá de la mínima interferencia, con su caso hipotético de una ley que autoriza a los propietarios a usar la fuerza letal si no

[14] Véase *id*. pp. 617, 626-27 ("Cualquiera que sea el propósito final de Nueva Jersey, no puede lograrse discriminando los artículos de comercio que provienen de fuera del Estado, a menos que haya alguna razón, independiente de su origen, para tratarlos de manera diferente").
[15] *Id*. pp. 626-27. En contraste, en *Maine v. Taylor*, 477 U.S. 131 (1986), la Corte confirmó una ley estatal que prohíbe la importación de peces carnada. Los peces carnada de fuera del estado albergaban un parásito peligroso para los ecosistemas locales, y no existía una forma precisa de eliminar esos parásitos; el propósito medio-ambiental de buena fe sólo podría lograrse prohibiendo el pescado foráneo.
[16] Véase Jackson (2015, p. 3116).

hay otra manera de proteger su propiedad.[17] Aunque, por definición, hubiera una "interferencia mínima" (suponiendo que no haya otra forma de proteger la propiedad), la intuición a la que este caso hipotético apela es que la protección de la propiedad nunca puede "valer" más que la vida —proteger la vida siempre será visto como un valor más alto que la protección de la propiedad—. En el caso hipotético de Grimm, al parecer, existía un consenso de valores. Pero esto puede no ser siempre así; no todas las sociedades tienen un consenso del valor sobre la importancia relativa de los diferentes derechos.[18]

Aclaración de valor, revelando suposiciones estereotipadas o injustas sujetas a la crítica. Reconociendo esto, sugiero que la aclaración del valor es un tercer propósito del examen de proporcionalidad. Exigir un enfoque estricto en la relación de medios y fines puede funcionar para revelar el papel de los estereotipos y suposiciones en las leyes existentes y, por tanto, ayudar a disipar el consenso existente y avanzar hacia otros nuevos. Incluso sin evidencia de intenciones maliciosas, los supuestos de que cierto estado de cosas es "natural" o "verdadero" pueden ser correctos, pero refuerzan las jerarquías dañinas y, por tanto, en la reflexión, insuficientes para apoyar distinciones familiares.

Frontiero v. Richardson presenta un ejemplo clásico.[19] Ahí, la Corte invalidó una ley que presuponía (para la elegibilidad de beneficios médicos y para vivienda) que las cónyuges femeninas dependían de miembros militares masculinos, pero exigía que los cónyuges masculinos demostraran que, en realidad, ellos dependían en más de la mitad de su manutención del miembro militar femenino. La mayoría señaló que aunque muchas leyes se basaban en estereotipos sexuales y el tribunal inferior había aceptado la conveniencia administrativa como una base suficiente para el trato

[17] Véase Schlink (2012, pp. 291-293) (en el cual se proporciona el ejemplo de una persona coja que le dispara a un niño que está robando manzanas).
[18] Si una legislatura democrática promulga una ley que afirma ser desproporcionada, los tribunales necesitarán fuertes razones, basadas en la jerarquía de valores constitucionales, para estar en desacuerdo.
[19] 411 U.S. 677 (1973).

diferenciado, el sexo "con frecuencia no tiene relación con la capacidad de realizar o contribuir". De hecho, "las distinciones legales entre los sexos, a menudo, tienen el efecto de relegar maliciosamente a toda clase de mujeres a un estatus legal inferior sin tener en cuenta las capacidades reales de sus miembros individuales".[20] Aplicando un escrutinio estricto, la mayoría consideró que el reclamo de conveniencia administrativa era una justificación insuficiente.[21]

Aunque no está fraseado en estos términos, se puede entender que el razonamiento de la mayoría descansa en la mínima interferencia y en la proporcionalidad como tal. Se redactó que el gobierno no había demostrado que en realidad estaba ahorrando dinero al evitar una evaluación individualizada para las dependientes femeninas (o al exigir esto sólo a los hombres);[22] podría haber suficientes esposas de miembros masculinos para quienes la presunción de dependencia no era aplicable, por lo que la justificación de ahorro del gobierno no sería la forma menos inconsistente con la igualdad de ahorrar dinero o "necesaria" para hacerlo. De forma alternativa, el razonamiento de la mayoría puede haberse basado en un tipo de juicio de valor que puede incorporarse en la etapa final del análisis de proporcionalidad, en la medida en que la mayoría daba a entender que, dado lo dañino que los estereotipos sexuales habían sido para las mujeres, la conveniencia administrativa no era una razón suficientemente fuerte para justificar cualquier delimitación basada sólo en el sexo.[23]

El escrutinio cuidadoso de las razones de una clasificación impugnada como discriminatoria puede revelar su injusticia. En *Obergefell v. Hodges*,[24] la Corte determinó que las leyes que limitaban el matrimonio a las personas del sexo opuesto no se basaban en un argumento suficiente para

[20] *Id.* pp. 686-687.
[21] *Id.* pp. 690-691.
[22] *Id.* pp. 689-690.
[23] Id. p. 690. Véase, también, pp. 180-83.
[24] 135 S Ct 2584 (2015).

justificar el daño impuesto. "La limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto puede haber parecido, durante mucho tiempo, natural y justa, pero ahora es evidente su inconsistencia con el significado central del derecho fundamental al matrimonio".[25] La razón por la cual la inconsistencia es "ahora" manifiesta, se debe a años de organización, debate y, sí, decisiones judiciales, en las que se analizan las diversas razones ofrecidas para la distinción que una vez parecía "natural" pero que, en la reflexión, no era consistente con los valores de la justicia constitucional de libertad e igualdad.[26]

Aclaración de valor, proporcionando un marco para una evaluación más contextualizada de los propósitos del gobierno. La etapa final de la ponderación de la proporcionalidad dispone un marco para analizar si un propósito particular del gobierno justifica salidas de un supuesto ámbito de derechos. El mismo interés gubernamental abstracto puede tener un peso relativo diferente en contextos diferentes.

Considere el interés del gobierno en el ahorro de costos administrativos. Al evaluar las reclamaciones procesales de debido proceso, los costos de los procedimientos adicionales pueden ser muy relevantes para la cuestión constitucional. Según *Mathews v. Eldridge*,[27] si el debido proceso (en casos no penales) requiere un procedimiento particular, esto implica ponderar el interés privado en juego contra el costo adicional del gobierno de proporcionar el procedimiento y el valor relativo a éste para contribuir a la resolución precisa de la cuestión. En tal contexto, la Corte ha concluido que no siempre es necesario designar un abogado para los padres indigentes en los procedimientos para terminar con el estatus parental, sino que la evidencia siempre debe cumplir con un estándar "claro y convincente" antes de hacerlo.[28] Estos dos resultados pueden reflejar,

[25] *Id.* p. 2602.
[26] Así, por ejemplo, justificar la exclusión de las parejas del mismo sexo porque no podían procrear, aparentemente, significaría que la prohibición debería extenderse a las parejas de sexo opuesto infértiles. *Id.* p. 2606.
[27] Véase *Lassiter v. Dep't de Soc. Servs. of Durham Cty., NC*, 452 U.S. 18, 27 (1981) (en el cual se discute el examen de *Mathews v. Elridge*, 424 U.S. 319 (1976)).
[28] Véase *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 757-58 (1982); *Lassiter*, 452 U.S. en 32-33.

en parte, los costos de nombrar un abogado en cada procedimiento de terminación, en comparación con los de adherirse al estándar claro y convincente.

Sin embargo, en casos penales, la Corte ha sido más vacilante en sugerir que se permita que los costos anulen derechos procesales importantes, aunque el grado de daño sufrido por el titular de los derechos puede ser relevante para los procedimientos requeridos. Por tanto, se debe nombrar un abogado para los indigentes que enfrentan encarcelamiento en sus juicios penales; pero no existe tal derecho cuando el acusado no está en prisión.[29] Cuando por derecho se presenta una apelación, el Estado debe nombrar un abogado y, en algunos casos, como el de los presos indigentes, si es necesario, asumir el costo de las transcripciones.[30] Esta línea de casos combina las preocupaciones por la igualdad entre los acusados indigentes y no indigentes con las preocupaciones por los derechos procesales importantes para la legitimidad del encarcelamiento impuesto por el Estado, especificando las circunstancias en las cuales deben incurrir en costos adicionales para proteger un derecho procesal fundamental sin tener en cuenta la probabilidad de que el resultado difiera o los méritos subyacentes del reclamo. Pero en casos civiles, las preocupaciones por los costos pueden jugar un papel más importante. En términos de la "proporcionalidad como tal", el interés del gobierno en procedimientos eficientes se hace más grande —tiene mayor peso relativo— en contextos civiles que en criminales.[31]

---

[29] Véanse *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) (en el cual se sostiene que los acusados indigentes en procedimientos penales en un tribunal estatal tienen derecho a que se les nombre un abogado); *Scott v. Illinois*, 440 U.S. 36 (1979) (en el cual se establece que los acusados criminales indigentes tienen derecho a que se les nombre un abogado sólo si están sujetos a un periodo de prisión); *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 36-37 (1972) (en el cual se sostiene que ninguna persona indigente puede ser privada de su libertad sin la asistencia de un abogado designado).

[30] Véase nota superior 33; *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 17-18 (1956) (Black, J., por mayoría) (en el cual se sostiene que negarse a proporcionar una transcripción gratuita a los acusados indigentes, necesaria para presentar por derecho una apelación, violó las cláusulas de debido proceso y de protección igualitaria, ya que la pobreza no estaba racionalmente relacionada con la culpa, la inocencia o los méritos de las apelaciones).

[31] Los asuntos administrativos también se han tratado como intereses legítimos del gobierno que justifican la intrusión en áreas normalmente protegidas por los derechos constitucionales en el

Regresando a los casos de igualdad, recuérdese que la mayoría en Frontiero concluyó que una clasificación legal entre hombres y mujeres justificada por razones de "mera conveniencia administrativa" no podría sobrevivir a un escrutinio constitucional estricto. Pero incluso esa mayoría no descartó clara y enteramente las justificaciones administrativas,[32] por lo que es discutible si se dejó abierta la posibilidad de que la conveniencia administrativa, en algunos casos, o cuando se combina con otras razones, sea suficiente. Y en un caso reciente de igualdad de género, los asuntos de conveniencia administrativa desempeñaron un papel importante en la defensa de la clasificación de género frente a una reclamación constitucional.

En *Nguyen v. INS*,[33] la Corte confirmó una ley que establecía una clasificación de género con el propósito de transmitir la ciudadanía estadounidense: los y las menores nacidos en el extranjero cuyos padres son ciudadanos estadounidenses podrían convertirse en ciudadanos sólo si cumplían requisitos más allá de los aplicables a menores nacidos en el extranjero de madres ciudadanas estadounidenses, incluyendo el reconocimiento de la paternidad antes de que el o la menor cumpliera 18 años. Nguyen era un niño nacido en el extranjero de madre no estadounidense, pero criado en Estados Unidos por su padre, ciudadano estadounidense desde los seis años de edad; el padre trató de formalizar su paternidad sólo después de que el niño, de poco más de 20 años, fue condenado por un delito y se enfrentó a la deportación.[34] Al defender la

contexto de la administración penitenciaria. Véase *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 89, 93 (1987) (en el cual se declara que "cuando una regulación de la prisión incide en los derechos constitucionales de los reclusos, la regulación es válida si está razonablemente relacionada con intereses penológicos legítimos", y mantiene una prohibición en la correspondencia de preso a preso, debido a los riesgos de seguridad que tal correspondencia plantea, y el alto costo agregado y la "carga absoluta" de implementar la revisión individual de las cartas).

[32] 411 U.S. en 690 (en el cual se señala que "cuando ingresamos al ámbito del 'escrutinio judicial estricto', no puede haber duda alguna de que la 'conveniencia administrativa' no es una doctrina anticuada, cuya mera recitación dicta la constitucionalidad"); también, Engles (1985, pp. 149 y 159-60) (en el cual se considera como ambigua a la mayoría en *Frontiero* respecto a si la demostración de conveniencia administrativa no era lo suficientemente fuerte o si las razones administrativas nunca son suficientes para justificar el uso de una clasificación sospechosa).

[33] 533 U.S. 53 (2001).

[34] *Id.* p. 57.

norma de género que prohíbe a Nguyen la ciudadanía, la Corte consideró que estaba respaldada por razones suficientes basadas en los diferentes papeles de las madres y los padres para asegurar lazos genéticos y en las oportunidades para desarrollar una relación significativa (dado que las madres están presentes en el nacimiento).[35] Al rechazar los argumentos que consideraban que la distinción reforzaba la discriminación de género y que la presencia de lazos genéticos y la realidad de una relación podía determinarse en audiencias individuales, la Corte explicó que el Congreso no estaba obligado a proporcionar investigaciones individualizadas, pero podía promulgar, como lo hizo, "un *esquema fácil de administrar* para promover el […] interés sustancial de garantizar al menos una oportunidad para que se desarrolle una relación padre-hijo-hija".[36] La Corte, entonces, concluyó que los intereses del gobierno, incluida la conveniencia administrativa, superaron los intereses sobre la igualdad de los reclamantes, rechazando implícitamente un enfoque alternativo "menos restrictivo" o, de forma alternativa, tratando a la conveniencia administrativa como un interés importante que justifica las clasificaciones de género bajo "escrutinio intermedio".

No conozco algún caso moderno en el que la Corte haya aceptado la comodidad o los costos administrativos como una razón que respalda las clasificaciones basadas en la raza;[37] de hecho, su tratamiento al requisito de "dirección concreta" tanto en la acción afirmativa como en los entornos penitenciarios sugiere que la raza puede legalmente tomarse en cuenta sólo sobre una base altamente individualizada.[38] La propia Corte ha uti-

[35] *Id.* pp. 62-70.

[36] *Id.* p. 69 (énfasis agregado). Pero véase *id.* p 88 (O'Connor, J., disintiendo) ("Éste no es un caso en el que los asuntos de conveniencia administrativa son tan poderosos que justificarían la discriminación basada en el sexo […] especialmente cuando el uso del sexo como un proxy está tan mal adaptado a los supuestos fines como aquí. Y, en la medida en que el Congreso podría tratar simplemente de garantizar una 'oportunidad' para una relación, parecería que las pequeñas inconveniencias administrativas están acompañadas de un requisito de presencia neutral al sexo, conocimiento del nacimiento o contacto entre el padre y/o la madre y el o la menor antes de cierta edad".

[37] *Cf.* Perry (1979, pp. 1023-1035) (en el cual se sugiere que las razones administrativas del costo nunca serán suficientes para justificar una clasificación basada en la raza).

[38] *Cf. Johnson v. California*, 543 U.S. 499 (2005) (en el cual se sostiene que las clasificaciones raciales para asignar a los reclusos a la vivienda inicial deben justificarse con estrictos requisitos de

lizado un lenguaje que resuena con las cuestiones del análisis de "proporcionalidad como tal" para explicar su enfoque: el escrutinio estricto de todas las clasificaciones raciales está diseñado para "asegurar que [el gobierno] está persiguiendo un objetivo lo suficientemente importante como para justificar el uso de una herramienta altamente sospechosa". Esto lleva a la conclusión de que los costos administrativos pueden ser un interés legítimo, pero no "lo suficientemente importantes" como para justificar el uso de la raza, una herramienta "altamente sospechosa". Pero la aceptación de tal argumento en un caso que involucra un escrutinio "intermedio" de una clasificación abierta de género, demuestra que los costos o la comodidad administrativa, como justificaciones para las clasificaciones excesivas o subinclusivas, no se limitan a casos que en teoría involucran sólo "bases racionales" o el nivel de revisión más relajado.

En los casos con base racional, los costos administrativos a menudo juegan un papel importante, quizás demasiado importante. Por ejemplo, en *Armour v. Ciudad de Indianápolis*,[39] la Corte rechazó una demanda de protección igualitaria respecto a una decisión en la que se condonaron las contribuciones exigidas, pero aún no pagadas por los propietarios que optaron por pagar a plazos, sin proporcionar ningún mecanismo para el reembolso de ninguna proporción del pago, el cual sí fue realizado por completo por otros respecto a la misma contribución.[40] Debido a que la ciudad estaba cambiando a un nuevo método de contribuciones, decidió abandonar el sistema para realizar el seguimiento de los pagos a plazos y, así, condonar pagos pendientes.[41] Como el ministro Breyer redactó

---

escrutinio, incluida la "adaptación concreta"), con *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) y *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244, 270–71 (2003) (en los cuales se sugiere, en conjunto, que el uso de la raza en las admisiones universitarias puede cumplir con exámenes de adaptación concreta sólo en una evaluación holística de cada aplicación en la que la raza no puede jugar un papel tan dominante).

[39] 132 S Ct 2073 (2012).

[40] De 180 propietarios de viviendas, 38 optaron por pagar el monto total por adelantado, mientras que el resto eligió una de las tres opciones de pago a plazos. Armor, p 2078.

[41] La Ley Barrett de Indiana había autorizado a las ciudades recuperar los costos de los proyectos de mejora de alcantarillado de los propietarios que se beneficiarían de ellos, ya fuera mediante una suma total o pagos a plazos. Unos 24 proyectos de este tipo estaban abiertos cuando la ciudad desarrolló un enfoque diferente para distribuir los costos y decidió condonar los pagos a plazos pendientes de la Ley Barrett. *Id.* pp. 2073, 2078.

"Ordinariamente, las consideraciones administrativas pueden justificar una distinción relacionada con los impuestos […] Y la decisión de la ciudad de dejar de cobrar las deudas pendientes de la Ley Barrett tiene fundamento racional en asuntos administrativos relacionados".[42] El presidente de la Corte Suprema, acompañado por los ministros Scalia y Alito, disintieron argumentando que

> las cargas administrativas [no pueden] justificar un tratamiento fiscal extremadamente disparejo entre aquellos que el Estado ha determinado que deben ser tratados de manera similar […] La cláusula de Protección Igualitaria no establece que algún estado "negará a alguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes, a menos que sea demasiada molestia".[43]

Armour podría verse como ilustración de algunos de los efectos adversos de la naturaleza categórica del análisis "escalonado" de la protección igualitaria. Los disentimientos de Thurgood Marshall en *Dandridge v. Williams*[44] y en *Distrito Escolar de San Antonio v. Rodríguez*[45] objetaban la forma en la que se clasifican los problemas, involucrando sólo una revisión con base racional, ya que no se tuvo en cuenta, de forma adecuada, las desigualdades sustantivas que se imponen a los beneficiarios de la asistencia social y a los menores, debido al tamaño de su familia, pobreza y ubicación. En *Armour*, la aplicación del análisis con base racional también permitió a la mayoría evitar reconocer el costo humano de la desigualdad sustantiva impuesta por el esquema impositivo.

Se puede estar seguro de que cualquier esquema impositivo implementará diferencias arbitrarias para los contribuyentes ubicados en cada lado de una línea numérica; se requiere un margen de maniobra sustancial para lo que podría llamarse "arbitrariedad racional"[46] para sustentar

---

[42] *Id.* p. 2081.
[43] *Id.* p. 2086 (Roberts, C.J., disidente).
[44] 397 U.S. 471, 508 (1970) (Marshall, J., disidente).
[45] 411 U.S. 1, 70 (1973) (Marshall, J., disidente).
[46] Véase Vermeule (2015, p. 475) (en el cual se argumenta que cuando las probabilidades son inciertas pero se requiere una decisión, las decisiones pueden ser racionalmente arbitrarias).

cualquier sistema tributario diferenciado.[47] Pero no es probable que las diferencias en el trato dado a las empresas —o incluso las diferencias en el trato a los contribuyentes en función de sus ingresos, que, por lo general, es confidencial— perturben el sentido de ciudadanía igualitaria entre los miembros de un Estado, ya que la legitimidad gubernamental fluye del consentimiento de éstos. La proximidad física y las diferencias conocidas, obvias y sustanciales —como las que están en disputa en Armour— tienen alto potencial para crear una mayor sensación de injusticia. Los vecinos fueron tratados de manera muy diferente y de forma adversa, basado en si ellos, previamente, habían actuado en beneficio del gobierno al pagar todos los impuestos adeudados por adelantado.[48] Debido a que la contribución particular en cuestión se había hecho sólo en 2004, un año antes del cambio en el método de financiamiento, la diferencia entre los montos de quienes pagaron la totalidad y los que lo hicieron a plazos era muy alta. La intensidad de la experiencia del trato injusto justificó un reconocimiento más detallado.

Incluso si al final el resultado fuera el mismo, el análisis de proporcionalidad habría identificado y evaluado el daño sufrido por los quejosos, de una manera en la que se podría haber mostrado más respeto y consideración por ellos.[49] Pero la opinión mayoritaria no tuvo en cuenta ni

---

[47] Los sistemas impositivos en general dependen de clasificaciones numéricas; cualquier sistema de clasificación numérica puede considerarse irracional en los márgenes. *Cf. Fitzgerald v. Racing Ass'n*, 539 U.S. 103 (2003) (en el cual se rechaza una demanda de protección igualitaria respecto a las tasas impositivas diferenciadas impuestas al juego en máquinas tragamonedas en barcos de río y en hipódromos, concluyendo que el esquema impositivo fue, en general, racional en la recaudación de dinero para el estado y en la provisión de beneficios, aunque de valor diferencial, tanto para los propietarios de hipódromos como para los propietarios de barcos de río).

[48] Las contribuciones y la tasa de interés fueron enviadas a los propietarios de viviendas en julio de 2004. *Armour*, p 2078. Quienes en un plan a plazos pagaron intereses a una tasa de 3.5% anual (para planes de 10, 20 o 30 años). *Id.* Estos términos fueron bastante generosos para los contribuyentes: en comparación, en julio de 2004, los bonos de tesorería de Estados Unidos (a 30 años) tenían una tasa de interés promedio de más de 8%; las notas de tesorería (para plazos de hasta 10 años) estaban en 3.577%. Véanse Treasury Direct (s. f.; 2004). Al momento de redactar este texto, las tasas hipotecarias en el país eran iguales o superiores a 6% para las hipotecas a 30 años, superiores a 5% para las hipotecas a 15 años y alrededor de 4% para las hipotecas de tasa ajustable a un año (Mortage-X, 2004).

[49] En lugar de ignorar la sensación de daño, una de las opiniones pudo haber expresado, en efecto, "Entendemos cuán molesto es para los contribuyentes que apoyaron al gobierno al pagar sus

identificó el daño que los demandantes afirmaron haber sufrido; con versiones laxas del análisis con base racional, la Corte sólo necesita clasificar la regulación como económica y de carácter impositivo y después considerar las razones del gobierno.[50] El análisis de proporcionalidad, comenzando con la pregunta de si ha habido una violación *prima facie* del derecho a ser tratado como otros situados de manera similar con respecto a las cargas y beneficios de las mejoras municipales, habría dado una mejor explicación del rango de intereses en juego.

Una visión de la doctrina de la proporcionalidad radica en cómo evalúa la fuerza del interés del gobierno en el contexto. Un interés que justifique legítimamente algunos tipos de trato desigual no justificará otros; un interés que puede ser convincente en un contexto puede ser menos en otro. La doctrina de la proporcionalidad se pregunta si el propósito del gobierno es de carácter suficiente como para justificar la discriminación particular denunciada en formas que, en muchos casos, son excluidas por las categorías inflexibles del análisis de Estados Unidos.[51]

C. Desafíos en la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad a las demandas de igualdad

Si bien el análisis de proporcionalidad tiene algunos beneficios reales en los casos de igualdad, hay aspectos en las demandas de ésta para los

impuestos en su totalidad y que ven a sus vecinos, que no han pagado la totalidad, recibir un trato financieramente ventajoso. Es natural que tengan una sensación de injusticia, porque la diferencia en el trato fiscal se siente arbitraria. Pero la única forma de tener un sistema fiscal manejable es tolerando tales diferencias".

[50] Los peticionarios habían definido el "quid de la violación constitucional" como "que, a pesar de una promesa explícita de igualdad, los peticionarios pagaron 30 veces más que sus vecinos por el mismo beneficio". *Armour*, 132 S Ct 2073, Breve Respuesta de los Peticionarios en 4. La mayoría no reconoce la gravedad de esta queja, sino que se enfoca, más bien, en la racionalidad del deseo de la ciudad de evitar los costos de mantener un sistema de cobro para los contribuyentes con deudas a plazo, dado que dichos planes no se utilizarían en el futuro (cuando las mejoras en el alcantarillado serian financiadas a través de bonos y una tarifa plana única de conexión). 132 S Ct en 2081.

[51] En la lista, extrañamente larga, de intereses gubernamentales "convincentes" en el derecho constitucional de Estados Unidos, véanse, por ejemplo, Hasen (2012, pp. 240-242) (en el cual se argumenta que la Corte identifica rutinariamente los intereses gubernamentales como convincentes pero no explica su razonamiento); Strauss (1995, p. 29) ("El requisito de que un interés sea 'convincente' rara vez es lo que derrota una ley; a lo largo de los años, la Corte Suprema ha encontrado que son 'convincentes' una enorme gama de intereses gubernamentales").

cuales la doctrina de la proporcionalidad secuenciada no es adecuada. La libertad (ya sea de movimiento, actividad o expresión) puede ser imaginada como un estado "natural" para un individuo, incluso si es falso imaginar a las personas, en general, viviendo en autonomía unas de otras. Sin duda, la libertad adquiere importancia sólo frente a alguna amenaza, que surge de una fuente de coerción externa a la persona y, por lo tanto, la libertad como principio legal sólo adquiere importancia en la sociedad organizada. Pero la igualdad ni siquiera puede, de manera significativa, ser *imaginada* en un Estado solitario; la igualdad sólo puede, de manera significativa, ser imaginada y existir en una situación social. Los intereses de libertad, entonces, pueden ser analizados por medio de una línea base más fácil de imaginar. Por estas razones, la igualdad a veces se siente como un valor más contingente que la libertad.

El análisis de proporcionalidad puede ser aplicado a las demandas de libertad de una manera relativamente sencilla si "libertad" se entiende como completa libertad de la regulación.[52] Sin embargo, declarar una violación de la igualdad *prima facie* requiere cierta atención preliminar a la justificación de la clasificación, ocupando parte del espacio de razonamiento de "proporcionalidad";[53] ésta, además, no ayuda a resolver los problemas del "universo de comparación". Y el análisis de proporcionalidad es relevante para algunas, pero no todas, preguntas sobre los efectos a terceros.

La justificación como algo interno para identificar las violaciones a la igualdad. No todas las diferencias en el trato se considerarán una negación

[52] *Cf.* Möller (2012) (en el cual se argumenta que todas y cada una de las libertades individuales están presuntamente protegidas y, por lo tanto, cualquier límite gubernamental debe estar sujeto a justificación bajo un análisis de proporcionalidad) con Tsakyrakis (2013) (en el cual se argumenta en contra del concepto de "libertad total" de los derechos liberales individuales como una "abstracción metodológicamente defectuosa que hace a la justicia social incomprensible" lo cual termina por no proporcionar "derechos" a los individuos que no pueden ser removidos por la sociedad).

[53] *Cf. Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535, 549 n. 23, 553–54 (1974) (que trata de una preferencia por los "indígenas", definidos como personas con al menos "un cuarto de sangre indígena" y miembros de una tribu reconocida, que no implica una "discriminación racial" o preferencia racial (que presumiblemente habría desencadenado un "escrutinio estricto"), sino más bien como análogo al requisito para los miembros del Congreso que establece que deben vivir en el estado de donde en el que son elegidos, lo cual es sostenible como "razonable y directamente relacionado con un objetivo legítimo, no racial").

constitucionalmente reconocible de igualdad. Toda ley clasifica; no siempre es obvio qué clasificaciones interfieren con los tipos de igualdad que deberíamos promover. Sin un análisis más detallado de lo que significa negar la igualdad, cualquier ley podría ser impugnada por alguien afectado adversamente por una violación a la ley de igualdad, lo que parece un enfoque demasiado amplio para cualquier sistema legal.[54] Incluso las jurisdicciones reconocidas por su generosa interpretación de los derechos protegidos, como Canadá, han reconocido la necesidad de "descartar" demandas de igualdad que son esencialmente "triviales".[55] Se requiere algún tipo de razonamiento normativo para determinar si hay una violación de la igualdad *prima facie* con la cual comenzar, y que puede replicar algunos de los razonamientos que de otro modo podrían ocurrir con la rúbrica del análisis de "proporcionalidad".[56]

Los comentarios sobre la doctrina de la proporcionalidad, en Canadá y en otros lugares, típicamente argumentan que está asociada con una definición muy amplia de los derechos en cuestión, con un análisis más serio en la etapa justificativa utilizando la proporcionalidad. Pero en los

[54] Véase, por ejemplo, Alexy (2002, p. 262) (en el cual se explica que la "igualdad" constitucional "no puede significar" que la legislatura debe poner a todos en la misma posición o asegurar que todos vivan en las mismas circunstancias materiales). Como Jessica Eisen me sugirió, los compromisos económicos con las libertades del mercado implicarán cierto grado de desigualdad económica y, por lo tanto, no se puede entender que las garantías de igualdad, en los sistemas basados en el mercado, requieran una igualdad económica total.

[55] *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143, en 180-83 (en el cual se señala también que "no es cada distinción o diferenciación en el trato legal" lo que viola la cláusula de igualdad de la Carta); véase *Corbiere v. Canadá (Ministerio de Asuntos Indígenas y del Norte)*, [1999] 2 SCR 203, 11 (en el cual se describe la función de "exclusión" del requisito de un motivo de distinción enumerado o análogo).

[56] *Cf.* Alexy (2002, 264-265) (en el cual se explica que un derecho constitucional a la igualdad debe significar "similitud y diferencia evaluativa" y, que la evaluación debe basarse en normas además de en un valor general de igualdad); *id.* pp. 267-273 (en el que se señala que en Alemania, "la violación del principio de igualdad [es] dependiente de la naturaleza arbitraria del trato" que, a su vez, depende de si hay una "razón adecuada […] que permite o exije la diferencia de trato"). En Canadá, el tribunal primero determina si existe una distinción establecida en un motivo enumerado o análogo, como raza, sexo, alienación, edad y similares. Luego, determina si esa distinción es una "discriminación" en el ámbito de la sección 15, basada en un análisis contextualizado de factores que han diferido con el tiempo. Sólo si se encuentra una violación a la sección 15, considera si la discriminación es "justificada" bajo el análisis de proporcionalidad de la sección 1.

casos de *igualdad* canadienses, no forzosamente es así. El proceso necesario de razonamiento justificativo para encontrar una violación a la igualdad *prima facie* puede ayudar a explicar por qué la Corte canadiense resuelve de forma interna la mayoría de las demandas de igualdad, mediante la aplicación de la sección 15 de la Carta, en lugar de los exámenes de proporcionalidad de la sección 1. Gran parte del difícil trabajo normativo consiste en establecer si hay o no una violación a la igualdad con la cual empezar.

Por lo tanto, en *Gosselin v. Quebec (Fiscal General)*,[57] la Corte no encontró violación a la sección 15 en una distinción en la ley de bienestar entre personas menores de 30 años y mayores a esa edad. La Corte consideró que el propósito del esquema legal, en su conjunto, era ayudar a todos sus beneficiarios, y las distinciones en la ley no estigmatizaron a los menores de 30 años, sino que fueron señalados como parte de un paquete para ayudar a los jóvenes a encontrar trabajo. No se necesitó un análisis de la sección 1. Pero las justificaciones para la distinción estuvieron presentes en el análisis de la Corte sobre si había alguna violación a la igualdad. De manera similar, en *Withler v. Canadá (Fiscal General)*,[58] la Corte determinó que un plan que reducía los beneficios para el o la cónyuge sobreviviente por cada año que el difunto vivió, más allá de cierto punto, no violaba la disposición de igualdad, porque su propósito, en conjunto con otros apoyos sociales provistos por los sistemas de salud y seguros, era proveer en general el bienestar y los "intereses en competencia de […] varios grupos" en la sociedad.[59] Otra vez, no se realizó un análisis separado de la sección 1.[60]

[57] [2002] 4 SCR 429.
[58] [2011] 1 SCR 396 .
[59] *Id.* pp. 429-430.
[60] *Id.* Véase también *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 SCR 950 (en el cual se sostiene que la exclusión al Fondo de las Naciones Originarias de Ontario no fue degradante para la dignidad de los grupos excluidos porque el proyecto financiado satisfizo las necesidades de las naciones originarias incluidas y no fue diseñado para satisfacer los necesidades similares de grupos excluidos; debido a que el reconocimiento del esquema de diferencias entre grupos era legítimo, no hubo violación a la sección 15).

Por el contrario, en la mayoría de los casos en los que se encontró una violación a la sección 15, el análisis de proporcionalidad no salva a la ley, lo que sugiere que las demandas de igualdad requieren un conjunto de justificaciones normativas para el hallazgo inicial de una violación *prima facie* de maneras que difieren de otros derechos constitucionales. Así, en *Eldridge v. Columbia Británica (Fiscal General)*,[61] la Corte canadiense consideró que no proporcionar interpretación de lengua de señas era una violación a la sección 15 y no se salva con lo previsto en la sección 1. En M. *v.* H.,[62] la Corte señaló que una disposición que no extendía a las parejas del mismo sexo los elementos del esquema de manutención del cónyuge disponible para parejas del sexo opuesto violaba la sección 15 y no estaba justificada por la sección 1.[63] En *Trociuk v. Columbia Británica (Fiscal General)*,[64] la Corte determinó que una ley que prohibía la inclusión del nombre de un padre en el certificado de nacimiento dañaba la dignidad del padre y no estaba justificada por la sección 1. Y en *Nova Scotia Workers Compensation Bd v. Martin*[65] la Corte consideró que una norma que negaba beneficios que estaban disponibles para otros trabajadores con discapacidad a las personas que sufren dolor crónico era degradante para su dignidad y no se justificaba con la sección 1.[66] En un número significativo de casos, entonces, la Corte no ha estado dispuesta a encontrar justificación bajo el análisis de proporcionalidad para las violaciones *prima facie* de la sección 15. En parte, esto refleja el grado en que la violación de igualdad *prima facie* se basa en encontrar la práctica impugnada inconsistente con la dignidad de los demandantes, un hallazgo que se vuelve muy difícil de superar en la etapa de proporcionalidad.

[61] [1997] 3 SCR 624.
[62] [1999] 2 SCR 3.
[63] Véase también *Corbiere v. Canadá (Ministro de Asuntos Indígenas y del Norte)*, [1999] 2 SCR 203 (en el cual se sostiene que una distinción en los derechos de voto entre los aborígenes que viven dentro y fuera de la reserva viola la sección 15 y no se justificaba con la sección 1).
[64] [2003] 1 SCR 835.
[65] [2003] 2 SCR 504.
[66] Véase también *Canadá (Fiscal General) v. Hislop*, [2007] 1 SCR 429 (en el cual se sostiene que la distinción en los beneficios para los sobrevivientes de uniones del mismo sexo violaba la sección 15, y no se justificaba con la sección 1, pero también concluyó que la doctrina de la no retroactividad impidió que la obligación de compensación comenzara antes de 1999).

Los casos en los que se encuentra una violación a la sección 15, pero se mantiene la ley bajo la sección 1 son excepcionales. En uno se enfrentó una emergencia financiera inusual. En *Terranova (Ministerio del Tesoro) v. NAPE*,[67] la Corte determinó que el aplazamiento de un acuerdo de equidad salarial violaba la sección 15 porque su efecto era continuar pagando a las mujeres menos que a los hombres por un trabajo similar, pero la ley de aplazamiento se justificaba con la sección 1 dada la genuina y sustancial crisis financiera que enfrenta el gobierno provincial. Al aplicar las pruebas de proporcionalidad de la sección 1, la Corte consideró que el aplazamiento era una respuesta racional para evitar una crisis importante y que menoscaba mínimamente los derechos, dada la naturaleza del problema enfrentado, ya que el acuerdo de equidad salarial no se canceló, sino que se implementó de manera más lenta (y en consulta con el sindicato). Finalmente, la Corte determinó que el impacto adverso de la demora en la equidad salarial fue superado por la necesidad de recuperar la salud fiscal y continuar brindando servicios esenciales como la atención hospitalaria.

En otro caso en el que se encontró una violación a la igualdad, pero mantenía la ley impugnada bajo la sección 1, los ministros estaban excepcionalmente divididos. En *Quebec Att'y General v. A* (2013),[68] la Corte (cinco a cuatro) encontró una violación a los derechos de igualdad de la sección 15, ya que Quebec fracasó al no tratar a los matrimonios de facto como portadores de toda la gama de derechos de propiedad y apoyo cuando la relación termina, como en los matrimonios formales o uniones civiles. Sin embargo, una de los cinco miembros de la Corte, la ministra presidenta McLachlin, concluyó que la ley podía justificarse y mantenerse bajo el examen de proporcionalidad de la sección 1; para ella, el objetivo del esquema era "elección y autonomía para todas las parejas de Quebec […] para estructurar su relación afuera […] del régimen obligatorio aplicable a los cónyuges casados y de unión civil",[69] respal-

[67] [2004] 3 SCR 381.
[68] [2013] 1 SCR 61.
[69] *Id.* 435 (McLachlin, CJ).

dado por consideraciones de federalismo.[70] Como resultado, la impugnación fue rechazada.

En resumen: al juzgar las violaciones de la ley de igualdad, a menudo, el análisis normativo o la justificación son internos para la identificación de una violación *prima facie*, y se deja menos espacio para el análisis justificativo independiente una vez que se encuentra una violación. A continuación, se revisan otros dos aspectos de los desafíos de analizar las demandas de igualdad, en los que quizá no se haga referencia a la proporcionalidad.

Definiendo el universo de análisis. Delimitar el universo de análisis relevante —a veces expresado como el problema de los "comparadores"[71]—

[70] *Id.* 439-49; véase *id.* 447 (en el cual se describe a Quebec como en la búsqueda de "maximizar" su autonomía y elección). Tres de los otros miembros de la Corte que consideraron que hubo una violación a la sección 15 habrían confirmado todas las disposiciones de apoyo, excepto las de la sección 1. *Id.* 382 (Deschamps, J., disidente en parte). El quinto miembro de la mayoría que encontró una violación a la sección 15 concluyó que ninguna de las violaciones a la igualdad estaba justificada por la sección 1. Véase *id.* 358-80 (Abella, J., disidente) (en el que se argumenta que un enfoque de "exclusión", con la presunta aplicación de las mismas reglas al matrimonio de facto como al formal, fue menos perjudicial, porque protegería mejor a la pareja económicamente vulnerable e igualmente avanzaría en el propósito de promover la libertad de elección).
En *Egan v. Canadá* [1995] 2 SCR 513, la Corte también estaba fuertemente dividida respecto a la validez de la legislación que excluía a las parejas del mismo sexo de ciertos beneficios. Cuatro de los miembros consideraron que no hubo violación a la sección 15; cuatro señalaron que sí hubo violación a la sección 15 no justificada en la sección 1. Un miembro consideró que sí hubo una violación a la sección 15, pero que estaba justificada bajo la sección 1, aceptando el argumento de que el gobierno podría gradualmente extender los beneficios más allá de una clase, la cual consistía originalmente sólo en las parejas de sexo opuesto formalmente casadas, y considerando las distinciones racionales, de mínima interferencia y proporcionales a la luz de los objetivos del proyecto y tomando en cuenta el hecho de que los fondos no eran ilimitados.

[71] Antes, Canadá requería un comparador "espejo", pero recientemente ha suavizado el requisito, al no lograr capturar dimensiones sustantivas de igualdad. Véase *Withler v. Canadá (Fiscal General)* [2011] 1 SCR 396, 41, 49, 55-56, 57-59, 63-65 (en el cual se rechaza el carácter dispositivo del "enfoque comparativo de espejo", que en ese caso habría favorecido la posición de los demandantes). Withler ilustra los desafíos de identificar el universo de comparación. La Corte rechazó las impugnaciones de igualdad en las distinciones, en función de la edad del difunto, en cuántos beneficios se pagaron a los sobrevivientes. (Como se señaló, la ley canadiense no trata todas las distinciones basadas en motivos prohibidos enumerados como formas de discriminación prohibida; se requiere más que el simple uso de una clasificación para establecer una violación de la sección 15). Aunque hubo una distinción basada en un motivo enumerado sobre la cual se prohibió la discriminación, la Corte en el caso Withler señaló que la distinción no equivalía a una "discriminación" dado el más amplio contexto legislativo: los beneficios más bajos para los sobrevivientes fueron "compensados hasta

es a menudo discutible y no necesariamente auxiliado por las consideraciones de proporcionalidad. En el litigio, el demandante define la comparación inicial propuesta, de manera que puede influir en los puntos de vista de los tribunales. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que hubo una violación a la igualdad como resultado de que una empresa de servicios públicos colocara medidores en postes en vecindarios de gitanos en Bulgaria. La empresa defendió su decisión basándose en la tasa de rompimiento de los medidores, sugiriendo que la comparación adecuada era entre vecindarios con diferentes tasas de rompimiento; pero la Corte consideró que, observando los efectos de la práctica, la sección gitana debería ser comparada con no gitanas, y la colocación diferencial de los medidores violaba la Directiva de Igualdad Racial (2000/43) (*Race Equality Directive* [RED]), porque impuso un estigma sobre la comunidad gitana.[72] Por lo tanto, pueden existir múltiples ejes de comparación, la elección del comparador impugnada y no justificada por la doctrina de la proporcionalidad, pero resuelto en mayor medida por el derecho constitucional sustantivo.

La pregunta de los comparadores también puede surgir en el entorno empresarial: una empresa puede estar en desventaja, por ejemplo, por un aspecto del código tributario y favorecida por otro, ¿el contribuyente tiene

---

cierto punto" por pensiones y beneficios de salud, con el "paquete completo, incluyendo pensiones, atención dental, prescripción médica y salud extendida, así como otros programas gubernamentales universales", lo que significa que no hubo "estereotipos negativos o maliciosos" basados en la edad. Esta no era una situación en la que la distincción basada en la edad "perpetúa la desventaja", algo que sucede "cuando la ley trata a un grupo desfavorecido históricamente de una manera que exacerba la situación del grupo" (35). Tampoco fue esta una situación en la que "la desventaja impuesta por la ley se basa en un estereotipo que no corresponde a las circunstancias y características reales del reclamante o grupo de reclamantes (36).

[72] Véase el asunto C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashita ot discriminatsia*, 15 de julio de 2015, disponible en http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C- 83/14. Se señaló el rechazo de la Corte al costo-eficiencia como justificación de una "práctica aparentemente neutral, si en realidad impacta de manera diferente a un grupo racial o étnico en particular". Véase Open Society Foundations, disponible en https://www.opensocietyfoundations.org/voices/case-watch-roma-ruling-advances-anti-discrimination-protections-european-union. ("Los proveedores de servicios pueden verse obligados a hacer un suministro adecuado, incluso si esto costará más"). Como también se observó, "la sentencia abre nuevos caminos al determinar que la discriminación indirecta con efectos 'ofensivos y estigmatizantes' no puede justificarse". Esta explicación es consistente con el patrón de los casos de igualdad canadiense discutidos anteriormente.

un reclamo de igualdad grave centrado sólo en la desventaja particular reclamada?, o bien una escuela del vecindario puede tener menos de un tipo de recursos —laboratorios de ciencias, por ejemplo— que otras, pero tiene más de un recurso diferente —teatros, por ejemplo—. En las impugnaciones que alegan discriminación contra la escuela del vecindario porque no se le proporcionan suficientes laboratorios de ciencias, surgiría la misma pregunta. Sobre tales cuestiones, la proporcionalidad en sí misma no informa acerca de qué tan amplia o estrechamente se determina el universo de análisis.

El problema del universo de análisis puede surgir en casos que involucran cuestiones más centrales de igual dignidad humana, como en *Obergefell v. Hodges*, que defendió el derecho de las parejas del mismo sexo a casarse por motivos de libertad e igualdad.[73] Las demandas de igualdad posiblemente plantearon una pregunta de "universo de comparación". Los defensores del *statu quo* anterior argumentaron que las leyes que limitaban el matrimonio a personas del sexo opuesto no implicaban una diferencia procesable respecto al trato, sujeto al "escrutinio intermedio" como una forma de discriminación sexual, ya que a las mujeres y a los hombres se les permitía casarse por igual con alguien del sexo opuesto e igualmente se les prohibía casarse con alguien del mismo sexo.[74] La Corte rechazó implícitamente ese argumento, tratando la comparación relevante entre parejas del mismo sexo y del sexo opuesto.[75] Esta diferencia podría verse de manera razonable como una forma de discriminación sexual —en función de si la pareja deseada era del sexo "correcto" o no—. Otra vez, el análisis de proporcionalidad no necesariamente proporciona una guía sobre cuál es el universo correcto de comparación.

[73] 135 S Ct 2584 (2015).

[74] Véase, por ejemplo, Escrito de Demanda, *Bourke v. Beshear*, uno de los tres casos consolidados en *Obergefell v. Hodges*, 2015 WL 1384105, en *26-28 ("las leyes de matrimonio de Kentucky se aplican por igual a miembros de ambos sexos y, sobre esa base, no discriminan.").

[75] 135 S Ct at 2602-04. De forma alternativa, la Corte pude haber visto la comparación correcta entre dos personas, una quería casarse con una persona del sexo opuesto y otra, con una del mismo sexo.

Intereses de terceros. Las demandas de igualdad necesariamente involucran intereses de terceros —es decir, de personas que no iniciaron la demanda, pero cuyo tratamiento o estatus frente al gobierno o la sociedad es invocado explícita o implícitamente por el reclamante—. Esto es cierto si un demandante busca ser tratado de manera más igualitaria al recibir un beneficio o estatus previamente otorgado sólo a otros, si se le permite ejercer una libertad otorgada antes a otros pero no a ellos o si el demandante busca un pedazo del pastel limitado que disfrutan otros. En los remedios para tales violaciones está implícito el reconocimiento de la igualdad de los demandantes en alguna dimensión que actualmente no está aceptada en la ley o en la práctica.[76] Tal reconocimiento necesariamente implica algún cambio en el estado o posición (reales o percibidas) de los demás.[77] Sin embargo, no todos estos efectos son dignos de considerarse justificación legítima de las distinciones existentes.[78]

Las impugnaciones a las leyes (que versan sobre segregación racial o que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo) no se basan sólo en asuntos de proporcionalidad, sino también en otras formas de normatividad. Al igual que en el caso de elegir el universo de comparación, la doctrina de la proporcionalidad no otorga necesariamente las herramientas para hacer estos juicios normativos —las respuestas deben encontrarse en otro lugar—. Es un reto distinguir aquellas preguntas que deben resolverse mediante las cuestiones de proporcionalidad y las que fundacionalmente están relacionadas con otros valores constitucionales. Algunos "intereses", materiales o psíquicos, de terceros pueden no ser considera-

[76] Quizá se considere menos probable que un cambio correctivo cree efectos adversos a terceros cuando un beneficio se extiende a una clase más amplia sin afectar la cantidad o la calidad de los beneficios que disfrutan los beneficiarios existentes; pero incluso en esta situación, los beneficiarios existentes pueden experimentar efectos adversos, por ejemplo, si son competidores comerciales.

[77] Se podría argumentar que esto no es distintivo, que el reconocimiento de la libertad de una persona para fumar en un edificio público o en un parque afecta la libertad de los demás de no exponerse al humo. Pero hay demandas de libertad que no implican impactos plausibles en otros, por ejemplo, aquellos que involucran crímenes "sin víctimas", como en el procesamiento de una persona por fumar marihuana en su propio hogar.

[78] Esta observación no es en absoluto novedosa. *Cf.* Mill (1859) (en el cual se identifica el principio de "daño" a otros).

dos legítimamente sujetos a algún proceso de ponderación, pues se piensan ilegítimos en sí mismos, por razones que no tienen nada que ver con la proporcionalidad.[79]

Por ejemplo, cuando David Beatty escribió en su libro *El último Estado de derecho* que los estudiantes blancos en el sur no tenían interés en oponerse a la integración racial porque no afectaba su propio "carácter y estatus en la comunidad" (Beatty, 2004, p.186), existía un juicio necesariamente normativo detrás de esa declaración, acerca de la *legitimidad* de los intereses que esos menores y sus familias pueden tener para mantener su estatus en las jerarquías basadas en la raza. La segregación racial era parte de una jerarquía de subordinación. Parece incorrecto decir que el estado de los menores blancos y sus familias no se vería afectado en la medida en que se basaba en una jerarquía racializada. Lo que debe decirse es que debido a que sus intereses se basaban en una jerarquía racial injusta, éstos eran ilegítimos. El reconocimiento de la ilegitimidad de los intereses declarados de los menores blancos en el mantenimiento de la segregación racial no depende de los principios de proporcionalidad, sino de los principios de igualdad humana que impiden mantener una jerarquía racial mediante líneas de separación impuestas por el gobierno basadas en la raza o el color.

Ahora, podría decirse que, de acuerdo con la versión canadiense de proporcionalidad, la ilegitimidad de los intereses de terceros se refleja en la pregunta inicial sobre la legitimidad del propósito del gobierno. El propósito legítimo es un sello distintivo del derecho constitucional, no sólo en Canadá, también en Estados Unidos; no se necesitan las preguntas secuenciadas del análisis de proporcionalidad para resolver esto. Quizá se pueda concebir una ley motivada por un propósito legítimo del gobierno, pero, en su aplicación, terceros tienen intereses ilegítimos;[80] se

[79] Para estar seguros, las fórmulas de "ponderación" podrían tratar tales intereses como de valor cero, pero simplemente decir esto disminuiría la fuerza del razonamiento deontológico en la ley.
[80] Considere una ley de cuarentena aplicada a quienes han visitado recientemente paises extranjeros, en particular en los que hay una enfermedad infecciosa. El gobierno puede tener un propósito

podría argumentar que la ilegitimidad de esos intereses puede reflejarse en la etapa final de "proporcionalidad como tal" dándoles un peso igual a cero. Sin embargo, el uso de una metáfora de ponderación, cuando el problema es que, por razones de justicia constitucional, algunos intereses no son legítimos, puede restar valor a la legitimidad de la ley.

En algunos casos de igualdad, hay intereses legítimos en ambos lados. En éstos, el análisis de proporcionalidad y las preguntas estructuradas que formula proporcionan un marco útil —aunque no dispositivo— para los tipos de decisiones normativas que deben alcanzarse. Considere las impugnaciones a las medidas llamadas de acción afirmativas para avanzar en la representación de los miembros de las minorías raciales en las universidades o en entornos de empleo, o las impugnaciones llamadas de "impacto dispar" para las reglas o requisitos supuestamente neutrales que se afirma afectan de manera negativa a un grupo desfavorecido. En estos casos, el efecto de otorgar alivio a los demandantes en sus reclamos de igualdad puede ser el disminuir la capacidad de otras partes para obtener posiciones o beneficios. Si esos intereses de terceros son legítimos, se pueden evaluar en las etapas de mínima interferencia y proporcionalidad como tal del análisis de proporcionalidad.

D. Hacia una mayor proporcionalidad en los estándares de revisión

En Canadá, la doctrina de la proporcionalidad logra sus objetivos examinando caso por caso los argumentos para considerar que las intrusiones particulares tienen un peso particular en el contexto de la persecución de objetivos particulares. Otro enfoque, como en Estados Unidos, es ponderar *ex ante* los posibles daños de las categorías de clasificaciones en una amplia gama de entornos de hecho. En Estados Unidos, las conside-

legítimo de salud pública; la validez de la ley puede ser examinada mediante del análisis de proporcionalidad. Pero si un grupo racista antinmigración buscara apoyar la ley porque así se desalentaría el intercambio entre diferentes grupos raciales y étnicos, este interés debería considerarse ilegítimo.

raciones sobre el principio de proporcionalidad (aunque no la doctrina) informan la estructura básica de los diferentes "niveles" de la revisión judicial de la legislación bajo la protección igualitaria y el debido proceso sustantivo. Las clasificaciones que se considera que probablemente implican violaciones a los valores constitucionales requieren una revisión más estricta. Aquí, la proporcionalidad como principio funciona como una meta-guía para la doctrina, especificando aquellas categorías en las que se requieren mayores y menores grados de escrutinio. Por lo tanto, el sistema escalonado de múltiples estándares de revisión de Estados Unidos está vinculado a la proporcionalidad, no como una doctrina para el análisis caso por caso, sino más bien como un principio. Si se mantiene este enfoque, esto debería hacerse más proporcional, es decir, los límites del enfoque categórico deberían relajarse para tener un mejor recuento de los valores humanos de igualdad.

A diferencia de Canadá o Europa, la doctrina de Estados Unidos no trata a los "impactos dispares" basados en la raza o el género, como sujetos a formas intensificadas de revisión judicial, incluso cuando los efectos dispares adversos son estadísticamente significativos y grandes. *En Washington v. Davis*,[81] los afroamericanos reprobaron un examen escrito de empleo público cuatro veces más que los blancos. En el caso del *Administrador de Personal de Massachusetts v. Feeney*,[82] una preferencia duradera y absoluta por los veteranos (que en ese momento más de 98% eran varones) aplicable a todos los puestos clasificados del servicio civil (aproximadamente 60% de los trabajos públicos en el estado) tuvo graves consecuencias adversas para las mujeres que buscaban puestos de alto grado. A pesar de los efectos adversos dispares sustanciales, la Corte concluyó que, en ausencia de una intención de discriminar a los afroamericanos o a las mujeres, respectivamente, las prácticas estaban sujetas sólo a una revisión con base racional.[83]

[81] 426 U.S. 229, 237 (1976).
[82] 442 U.S. 256, 264–71 (1979).
[83] La falta de cambio cuando una práctica tiene un impacto altamente adverso en un grupo tradicionalmente discriminado podría verse como una indiferencia deliberada para magnificar los efectos de

Los efectos de estas decisiones son el resultado de ciertas características (algunos podrían decir que son patologías) del sistema de revisión "escalonado".[84] Las leyes que se refieren de manera explícita a la raza o el género están sujetas a formas estrictas de revisión, con independencia de si se les atribuye una carga para los grupos tradicionalmente desfavorecidos o favorecidos, mientras que las leyes que perjudican (a veces de forma severa) a las minorías raciales o a las mujeres están sujetas a una revisión extremadamente laxa. Un enfoque más "proporcionado" para los niveles de revisión, más graduado que categórico, podría captar mejor la gama de intereses constitucionales.

Plyler v. Doe[85] es un ejemplo de un enfoque más gradual. La Corte, aplicando nominalmente la revisión de "base racional", consideró que, aun cuando no se involucraron derechos fundamentales o clasificaciones sospechosas en una ley de Texas que prohíbe a los menores presentes ilegalmente asistir a una escuela pública gratuita, un gobierno "racional" necesitaría un argumento fuerte para su decisión, debido el daño al futuro de los menores al ser privados de una educación: "a la luz de estos costos compensatorios [para los menores inocentes que son el objetivo de la ley impugnada], la discriminación contenida en [la ley] difícilmente puede se considerará racional a menos que promueva algún objetivo sustancial del Estado".[86] Aplicando esta revisión más rigurosa de "base racional", se podría haber dicho en *Feeney* que, dada la historia de discriminación contra las mujeres, el Estado necesitaría una razón "fuerte" para tener una preferencia por los veteranos tan profunda y duradera, al tiempo que permite las preferencias para los veteranos de carácter menos drástico.[87]

---

la discriminación pasada, lo que plantea una inferencia de intenciones inadmisibles. Sin embargo, según la ley constitucional de Estados Unidos, en la actualidad tal indiferencia no es suficiente para desencadenar una mayor revisión constitucional.

[84] Sobre un argumento de que el mismo Davis pudo haber sido motivado por las patologías de un doctrina de niveles de revisión demasiado rígida, la preocupación de considerar que las formas de impacto dispares de demandas de discriminación resultaría completamente inmanejable al amenazar la validez de muchos estatutos, véase Jackson (2015, pp. 3175-3177).

[85] 457 U.S. 202 (1982).

[86] *Id.* p. 224.

[87] *Cf.* Alexy (2002, pp. 274-275) (discutiendo cómo la igualdad requiere que haya razones "adecuadas" para permitir las diferencias en el trato).

Se podría haber dicho en Davis que, dada la larga historia de discriminación contra los afroamericanos, incluyendo en especial la negación a la educación, una ciudad racional (con una población afroamericana mayoritaria) necesitaría una razón muy fuerte para utilizar un criterio de empleo que excluye de forma desproporcional a los afroamericanos; una razón tan fuerte podría haber consistido en validar el examen para el desempeño real del trabajo, lo cual no había ocurrido.[88]

Según la doctrina actual, existe un gran abismo en el escrutinio dado a la "discriminación intencional" y la acción de "impacto dispar", a pesar de que ambas pueden dañar a grupos tradicionalmente desfavorecidos. Un enfoque más proporcionado (que implique estándares de revisión menos categóricos y más porosos) podría, por ejemplo, buscar argumentos "racionales" más fuertes cuando las leyes tienen efectos que reflejan aquellas razones que podrían lograrse mediante el uso explícito de clasificaciones sospechosas. Tal cambio no amenazaría la validez de sistemas legales completos, como temía la Corte en el caso *Davis* debido a la superposición entre la raza y la desigualdad económica,[89] pero requeriría un escrutinio más exhaustivo de las prácticas con los mayores efectos adversos en el mantenimiento de los sistemas de subordinación social que surgieron de pasadas formas de discriminación *de iure*. Dichas formas de discriminación pasadas son insuficientes para justificar, en opinión de la Corte, el uso afirmativo de la raza como remedio (dados los efectos a terceros); pero esto no necesariamente significa ignorar ese pasado al analizar el contexto para determinar la razonabilidad de las leyes neutrales con efectos adversos dispares en los grupos tradicionalmente desfavorecidos.

Un beneficio de la revisión con base racional más rigurosa en casos de impacto dispar, que involucran efectos adversos para los grupos histó-

[88] 457 U.S. en 235. El examen fue validado para predecir el desempeño en la escuela de capacitación; es posible que, incluso bajo una revisión racional más rigurosa, esto hubiera sido suficiente, a la luz de otros esfuerzos realizados al momento del reclutamiento y contratación de más oficiales afroamericanos. Véase *id.* pp. 235, 246.
[89] *Id.* p. 267.

ricamente discriminados, es la limitación de los efectos del sesgo en la toma de decisiones del gobierno. La prevalencia del sesgo, con frecuencia implícito o inconsciente, continúa siendo bien documentada por los científicos sociales.[90] Aunque las declaraciones explícitas del sesgo racial o de género por parte de los legisladores (o hacedores de leyes) son menos frecuentes que hace décadas, no es inverosímil ver que las prácticas de retención con efectos adversos para los grupos desfavorecidos reflejen una falta de igual consideración por dichos grupos. El probar la racionalidad real de los esquemas legales puede ayudar a reducir la influencia de tal sesgo y dar como resultado la indiferencia al bienestar de los miembros de grupos discriminados.[91]

En este momento de interés académico renovado por una revisión más exigente de "racionalidad", vale la pena recordar los argumentos formulados por los ministros en el pasado. Thurgood Marshall abogó por un enfoque más gradual para aplicar la cláusula de protección igualitaria, sugiriendo que la naturaleza de las cargas que justifican el interés del gobierno sobre grupos relativamente indefensos y desfavorecidos debería ser más fuerte que aquellas que justifican las leyes que regulan a los grupos menos desfavorecidos. El ministro Stevens sugirió de manera similar que sólo hay una cláusula de protección igualitaria, cuya aplicación requeriría diferentes tipos de razones en diversas situaciones. En ambos puntos de vista, se podría aplicar un examen de "base racional" si se entendiera no como una investigación estática sobre si existe alguna razón plausible, sino como una investigación más dinámica que pregunta, como lo hizo la Corte en Plyler, si —dada la naturaleza de la supuesta lesión—

[90] Para literatura legal que resume los datos, véanse, por ejemplo, Jolls y Sunstein (2006, p. 969); Quintanilla (2011, p. 1). Pero *cf*. Banks y Ford (2009, p. 1053) (en el que se cuestiona si el sesgo "implícito" es inconsciente o consciente y se plantean preguntas críticas de si estos hallazgos son importantes o por qué lo son).

[91] *Cf.*, por ejemplo, *Ciudad de Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985) (en el cual se aplica la "racionalidad con tajada", descontando las razones propuestas para zonificar hogares para las personas con discapacidad mental tan desconectadas del alcance de la regulación como para sugerir que un sesgo en contra de las personas con discapacidad mental motivó la regulación, la cual se consideró inválida).

hay una razón sustancial suficiente para la práctica impugnada; cuanto más perjudique la discriminación a un grupo más desfavorecido, se requerirá mayor grado de justificación.

Al mismo tiempo, avanzar hacia un estándar de revisión más flexible —o adoptar el análisis de discriminación y proporcionalidad al estilo canadiense— no resolverá las preguntas normativas más disputadas en la ley constitucional sobre igualdad. Para quienes creen que nuestra sociedad se arriesga más al negarle a las legislaturas democráticas carta blanca en áreas que involucran la economía o los sistemas de bienestar por medio de la revisión judicial, la atención a la proporcionalidad mediante una revisión de racionalidad mejorada puede ser poco atractivo. Para aquellos que creen que las enmiendas posteriores a la Guerra Civil encarnan un profundo valor de "daltonismo", los argumentos sobre la proporcionalidad de las medidas de acción afirmativa serán irrelevantes; del mismo modo, tal vez, para quienes creen que, debido a injusticias pasadas, se requieren y permiten reparaciones masivas en todas las formas de beneficios políticos y sociales para compensar a los descendientes de aquellos que fueron esclavizados o tratados injustamente. Pero para aquellos que creen que hay valores constitucionales importantes en ambos lados de los debates sobre, por ejemplo, la acción afirmativa, la cual debería dejar espacio para programas cuidadosos diseñados para promover la integración de grupos desfavorecidos en la sociedad sin imponer de forma injusta una carga a las oportunidades de los demás, pueden ser útiles las preguntas estructuradas del análisis de proporcionalidad.

Dada la necesidad en Estados Unidos de contar con orientación para los cientos de tribunales federales y estatales inferiores que pueden juzgar demandas constitucionales,[92] puede ser demasiado esperar que la Corte se aleje por completo de los niveles de revisión. Pero el alejamiento ya comenzó, pues la Corte se ha negado de forma repetida a determinar qué "nivel" de escrutinio se aplica a las impugnaciones que involucran

[92] Véase Grove (2016) (en el cual se asocia el aumento de los niveles de revisión con el aumento en la carga de casos de la Corte Suprema y las demandas de controlar a los tribunales inferiores).

la discriminación contra gays o lesbianas en función de su orientación sexual.[93] La proporcionalidad como principio tiene mucho que ofrecer a la ley de Estados Unidos en esta área —por lo menos, un entendimiento de que a las categorías no se les debe dar un peso talismánico—, ya sea presuntamente excluyendo el uso de clasificaciones "sospechosas" (en especial cuando se usan para promover integración en lugar de mantener una separación jerárquica) o al permitir presuntamente otras formas de clasificaciones sin tener en cuenta su justificación y efecto reales.

Fuentes

Alexy, R. (2002), *Una teoría de derechos constitucionales*, Rivers, J. (trad.), Oxford: Oxford University Press.

Banks, R. R. y Ford, R. T. (2009), "¿(Cómo) importa el sesgo racial inconsciente? Derecho, política y desigualdad racial", *Emory L. J.*, núm. 58, p. 1053.

Barnett, R. (2014), "Deber judicial de examinar la legislación", *Val. U. L. Rev.*, núm. 48, pp. 903-920.

Beatty, D. (2004), El último Estado de derecho.

Chemerinsky, E. (1989), "Adelante: la Constitución que se desvanece", *Harv. L. Rev.*, núm 103, pp. 43-105.

_____ (2016), "La prueba con base racional es constitucional (y deseable)", *Geo. J. L. Pub. Pol'Y,* núm. 14, pp. 401-418.

Doran, M. (2014), "La legislación fiscal en el Congreso de los EEUU contemporáneo", *Tax L. Rev.*, núm. 67, pp. 555-559.

[93] Véanse, por ejemplo, *Obergefell*, 135 S Ct en 2607 (en el cual se trata al matrimonio como un derecho fundamental pero no se hace refierencia al escrutinio estricto); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

Engles, William R. (1985), "Comentario, la cuestión de la 'relación sustancial' en los casos de discriminación por género", *U. Chi. L. Rev.*, núm. 52, pp. 149-160.

Ford-Mazrui, K. (2011), "La tradición como justificación: el caso del matrimonio entre personas de sexos opuestos", *U. CHI. L. REV.*, núm. 78, pp. 281-343.

Grimm, D. (2007), "La proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional canadiense y alemana", *U. Tor. L. J.,* núm. 57, pp. 383-396.

Grove, T. (2016), "Niveles de escrutinio en un Poder Judicial jerárquico", *Geo, J.L. y Pub. Pol'Y*, núm. 14, pp. 475.

Hasen, R. (2012), "Cabildeo, búsqueda de rentas y la Constitución", *Stan L. Rev*, núm. 191, pp. 240-242.

Jackson, V. C. (2015), "El derecho constitucional en una era de la proporcionalidad", *Yale L.*, núm. 124, pp. 3094-3196.

Jolls, C. y Sunstein, C. (2006), "La ley del sesgo implícito", *Cal. L. Rev.*, núm. 94, p. 969.

Mathews, J. y Stone Sweet, A (2011), "¿Todas las cosas en proporción? Revisión de los derechos americanos y el problema de la ponderación", *Emory L. J.*, núm. 60, pp. 797-844.

Mill, J. S. (1859), *Sobre la libertad*.

Möller, K. (2012), *El modelo global de derechos constitucionales*, Oxford, OUP.

Mortage-X (2004), *Promedio Hipotecario Mensual Nacional*, disponible en: «http://mortgage-x.com/general/national_monthly_average.asp?Y=2004».

Perry, M. J. "Protección igualitaria moderna: una conceptualización y evaluación", *Colum. L. Rev.*, núm. 79, pp. 1023-1035.

Quintanilla, V. D. (2011), "Más allá del sentido común: un estudio psicológico social del efecto de Iqbal sobre las denuncias de discriminación racial", *Mich. J. Race y L.*, núm. 17.

Resnik, J. (1991), "'Naturalmente' sin género: mujeres, jurisdicción y cortes federales", *N. Y. U. I. Rev.,* núm. 66, pp. 1682-1773.

Schlink, B. (2012), "La proporcionalidad en el derecho constitucional: ¿por qué en todas partes menos aquí?", *Duke J. Comp & Int'l L.*, núm. 22, pp. 291-293.

Solis, G. D. (2010), *El derecho de los conflictos armados: derecho internacional humanitario en la guerra,* Cambridge, Cambridge University Press.

Strauss, D. A. (1995), "Acción afirmativa y el interés público", *Sup. Ct. Rev.*, núm. 1, pp. 25-31.

Treasury Direct (s. f.), *Valores y Programas de Tesorería*, disponible en: «https://www.treasurydirect.gov/indiv/products/products.htm)».

Tsakyrakis, S. (2013), *Sociabilidad liberal: individualismo desproporcionado* (28 de diciembre de 2013), disponible en: «https://tsakyrakis.wordpress.com/2013/12/28/disproportional-individualism/».

_____ (*2004*), *Tasas de Interés Promedio: julio de 2004*, disponible en: «https://www.treasurydirect.gov/govt/rates/pd/avg/2004/2004_07.htm».

Vermeule, A. (2015), "Decisiones racionalmente arbitrarias en el derecho administrativo", *J. Legal Stud.*, núm 44, p. 475.

Autores

Aharon Barak

Exjuez y expresidente de la Corte Suprema de Israel. Ha sido profesor en universidades como Yale, Universidad de Alabama y Universidad de Toronto. Autor de una gran cantidad de artículos y capítulos de libros, así como libros que han sido traducidos al inglés y al español. El director Ram Landes hizo un documental titulado *El juez* basado en una entrevista con Aharon Barak.

Martin Borowski

Catedrático de Derecho Público, Teoría de la Constitución y Filosofía del Derecho en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Víctor Jesús Castañeda Rojo

Es licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en Derecho por la misma institución, con la tesis *Los principios en la teoría jurídica y la bioética*.

Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma universidad (2015-2018).

Sujit Choudhry

Facultad de Derecho y Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Toronto.

Bernardo Gallegos

Licenciado y maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado y doctor en Filosofía por la Facultad de Filosofía y Letras de la misma universidad. Profesor de Teoría Jurídica Contemporánea I en el Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Miguel Ángel García Godínez

Estudiante de doctorado en la Universidad de Glasgow.

Diana Beatriz González Carvallo

Doctora y maestra en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México y licenciada en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es investigadora del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Frida Daniela Ibarra Olguín

Licenciada en Derecho por el Centro de Estudios y Docencia Económicas (CIDE).

Vicki C. Jackson

Profesora Thurgood Marshall de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de Universidad de Harvard, Estados Unidos de América.

Matthias Klatt

Doctor en Derecho por la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, Alemania, bajo la dirección del profesor Robert Alexy. Catedrático en la Universidad Karl-Franzens de Graz, Austria, en la que dirige al grupo de trabajo Graz Jurisprudence, dedicado a la teoría y filosofía jurídicas. Entre otras obras, es autor de *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica* (Madrid, Marcial Pons, 2017).

Arnulfo Daniel Mateos Durán

Licenciado en Derecho por al Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Derecho por la Universidad Karl-Ruprecht en Heidelberg, Alemania. Investigador Aliado del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se especializa en temas de dogmática de los derechos fundamentales. Actualmente está finalizando el doctorado bajo la tutela del profesor Martin Borowski, con la tesis doctoral titulada *La relación de los derechos fundamentales nacionales e internacionales en el ordenamiento jurídico nacional*.

María Inés Pazos

Profesora-investigadora en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Academia de Filosofía e Historia de las Ideas-B.

Rubén Sánchez Gil

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores.

Jorge Silva Sampaio

Universidad de Lisboa, Lisboa, Portugal.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Abril de 2021.

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.