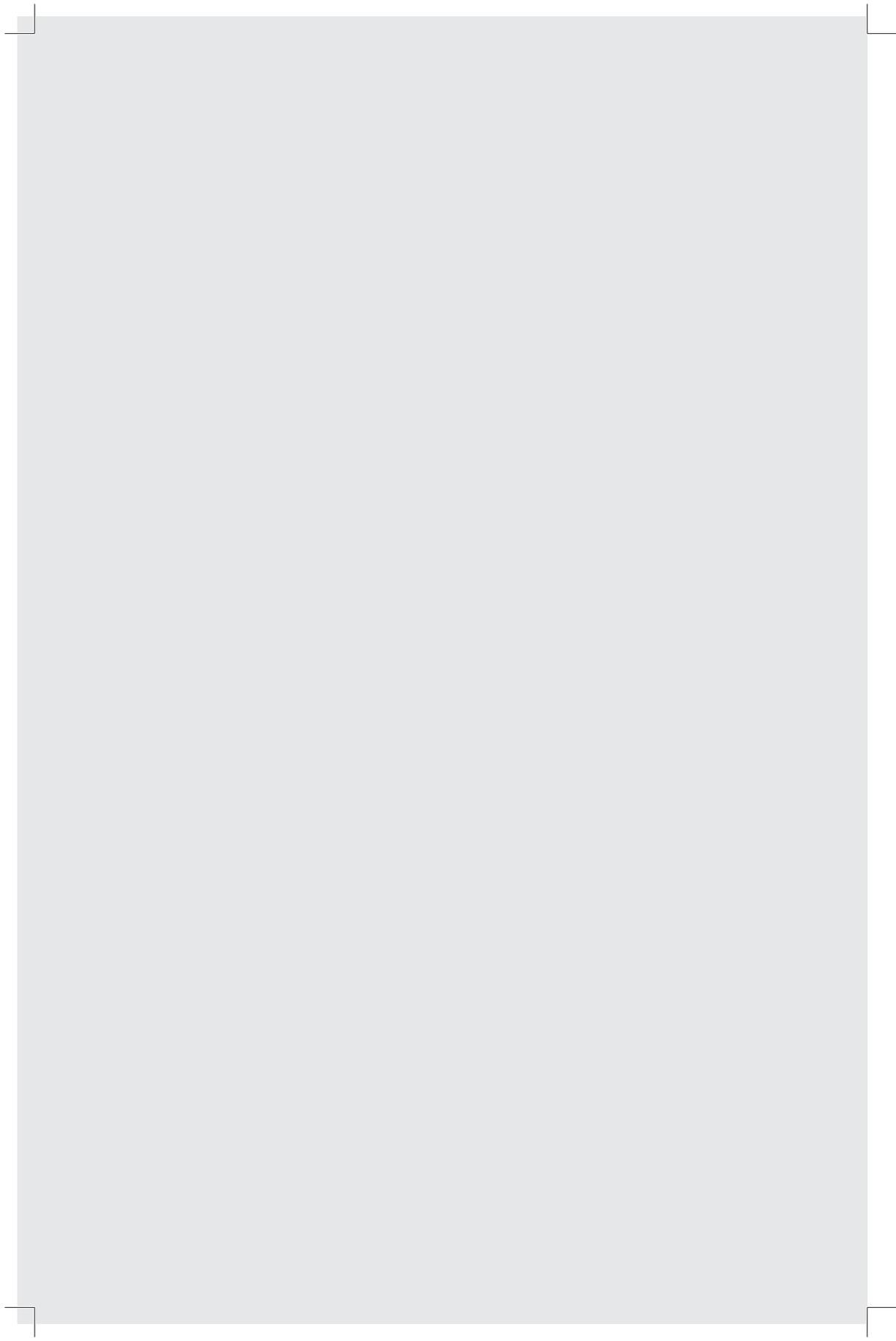


Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo

Carlos Bernal Pulido

SUMARIO

1. Introducción.
2. Constituciones sin constitucionalismo.
3. La desproporción de la proporcionalidad.



I. INTRODUCCIÓN

Casi todas las constituciones del mundo incorporan un catálogo de derechos fundamentales. De esta manera, quienes las promulgan persiguen ofrecer la máxima protección jurídica en el derecho interno a intereses humanos que se consideran esenciales, frente a vulneraciones y amenazas provenientes de poderes públicos y privados.

En el derecho comparado del mundo occidental, las tradiciones dogmáticas norteamericana y alemana han liderado la investigación sobre las preguntas teóricas y prácticas que suscita la protección de intereses mediante los derechos fundamentales. La vertiente norteamericana ha buscado dar sentido a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos que versa sobre la aplicación de las enmiendas a la Constitución de dicho país, en las que se instituyen los derechos fundamentales. La tradición germana, de innegable influencia en el resto de Europa Continental y América Latina, ha abordado interrogantes conceptuales básicos: ¿Qué son los derechos fundamentales? ¿Cuáles son los intereses humanos que deben proteger? ¿Qué estructura tienen? ¿Cuáles son sus titulares y destinatarios? ¿En qué medida pueden limitarse? ¿Cuál es su objeto? ¿Cómo deben protegerse?¹

Estas dos tradiciones han moldeado las prácticas judiciales de un sinnúmero de jurisdicciones. En ciertos aspectos tradiciones y prácticas latitudes disímiles se han aproximado. Algunos autores, quizás no sin exagerar, predicán la existencia de un modelo global de derechos fundamentales.² Dentro de este marco, en este

¹ Cfr: Por ejemplo, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, segunda edición (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido).

² Cfr: Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

ensayo se discuten dos desafíos que surgen en la concepción que para los derechos fundamentales deriva de una perspectiva de encuentro entre diferentes tendencias y tradiciones jurídicas: el «neoconstitucionalismo».

El neoconstitucionalismo es una teoría del derecho y del Estado que sitúa a los derechos fundamentales en la cúspide del sistema jurídico y los convierte en la finalidad última del Estado. Como Ronald Dworkin ha advertido,³ las teorías jurídicas —incluido el neoconstitucionalismo— no tienen solo un propósito explicativo sino que, al dar cuenta de las prácticas sociales, intentan darles una forma compatible con ellas.⁴ A pesar de que algunos autores presentan al neoconstitucionalismo como un producto de la «singularidad» del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra,⁵ en las últimas tres décadas esta teoría ha orientado las prácticas constitucionales en Latinoamérica,⁶ y en países de otras regiones —incluidos algunos en donde impera la tradición jurídica anglosajona—. ⁷

Las características más prominentes del neoconstitucionalismo son la institucionalización del constitucionalismo democrático en los textos constitucionales, la iusfundamentalización del derecho, la judicialización de la política en los asuntos que tienen relación con los derechos fundamentales, y la utilización del principio de proporcionalidad como metodología de interpretación y aplicación jurídica. A continuación, solo me referiré a dos de los desafíos teóricos que emanan de la concepción de los derechos fundamentales desde una óptica neo-constitucional. Se trata de la imposibilidad de que haya constituciones sin constitucionalismo y de la desproporción de la proporcionalidad.

³ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2006, 140-141.

⁴ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2011, 404.

⁵ Cfr. Por ejemplo, Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 80-81; Alfonso García Figueroa, «Principios y derechos fundamentales», en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, Secretaría Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 235 y s.; Tecla Mazzaresse (ed.), *Neocostruzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2002.

⁶ Cfr. Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismos(s)*, Trotta, Madrid, 2003; y Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, 2007.

⁷ Cfr. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2004.

2. CONSTITUCIONES SIN CONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo supone aceptar que la constitución, en cuyo centro se ubican los derechos fundamentales, institucionaliza el constitucionalismo democrático. Esta asunción tiene un impacto teórico y práctico. Desde el punto de vista teórico, ella implica rechazar que pueda considerarse como constitución a un texto que, a pesar de haber sido aprobado por las autoridades competentes y de gozar de reconocimiento social, contenga un diseño del Estado y del derecho que se aparte del constitucionalismo democrático. De ello derivan consecuencias prácticas, tales como la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales⁸ o de las sustituciones constitucionales inconstitucionales, según la cual, si una reforma o una sustitución constitucional desnaturaliza el constitucionalismo democrático previsto en un texto vigente, tal reforma o sustitución es inconstitucional —y, según el sistema jurídico, en algunos casos debería ser anulada por la jurisdicción constitucional—. ⁹

Desde la perspectiva del neoconstitucionalismo, un texto que fundamente el derecho y el Estado solo puede ser considerado como una constitución si, además de haber sido promulgado por una autoridad competente y de gozar de reconocimiento social, incluye ciertos elementos esenciales vinculados con el propósito del constitucionalismo democrático. No puede haber constitución sin constitucionalismo. En este sentido, toda constitución debe institucionalizar por lo menos cuatro elementos esenciales: el principio del Estado de derecho, el principio de separación de poderes, la protección de los derechos fundamentales y el ideal democrático de que la legitimidad del Estado descansa sobre el consentimiento de los ciudadanos.

La constitución es necesariamente un medio para institucionalizar el principio del Estado de derecho. Es una estrategia que crea incentivos para que las autoridades políticas actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico,¹⁰ al someter todas

⁸ Cfr. Carlos Bernal Pulido, «Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, 339-357.

⁹ Cfr. Rosalind Dixon y David Landau, «Constraining Constitutional Change», *Wake Forest Law Review*, núm. 50, 2015, 859-890.

¹⁰ Philip Selznick ha resaltado que existen varias concepciones del principio del Estado de derecho (cfr., «Democracy and the Rule of Law», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 33, 2005, p. 29. Brian Tamanaha las clasifica en teorías formales y materiales (cfr., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 91-113. Sin embargo, a todas las concepciones son comunes por lo menos dos elementos: el control del poder y la sujeción del poder político al derecho. Cfr. Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 19 s.

las actuaciones de las autoridades públicas a «las estructuras, procesos, principios y valores de la constitución».¹¹ Asimismo, las constituciones implementan e interconectan las ideas de que las autoridades deben ejercer el poder político para el servicio de los intereses de los individuos, por una parte, y que la legitimidad de las autoridades públicas depende del consentimiento que a ellas otorguen los individuos que les están sujetos, por otra.¹² Es bien cierto que la incorporación a la Constitución de un catálogo de derechos fundamentales (de raigambre liberal, democrática e incluso económica y social) es una estrategia posible, pero no necesaria, para cumplir dicha finalidad. Existen estrategias que ofrecen una protección más fuerte —como la de incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno (artículo 93 de la Constitución Política de Colombia) o de declarar la intangibilidad de las disposiciones constitucionales que establecen derechos fundamentales (artículo 79 de la Ley Fundamental de Alemania)— que impiden incluso la derogación de derechos fundamentales por parte del poder de reforma de la Constitución. También existen estrategias más débiles —como la creación de leyes que contienen derechos y libertades (la Ley de derechos humanos del Reino Unido de 1998, la Carta de derechos libertades de Canadá de 1982 o las Leyes de derechos humanos de Nueva Zelandia de 1990 y 1993)—. En todo caso, el neoconstitucionalismo exige la adopción de por lo menos una estrategia de este talante. Por último, la separación de poderes hace posible controlar que las autoridades políticas actúen de acuerdo con el derecho y respeten los derechos y las instituciones democráticas.¹³

En breve, el neoconstitucionalismo presupone entender que la constitución instituye una forma de gobierno en la que el poder público es limitado y está controlado, los ciudadanos tienen la capacidad democrática de controlar las fuentes del derecho, y el aparato estatal está anclado a las aspiraciones de los individuos, cuyos intereses representan su finalidad última.¹⁴

¹¹ Cfr. Martin Loughlin, «What is Constitutionalisation?», en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 47.

¹² Cfr. Dieter Grimm, «The Achievement of Constitutionalism», en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 8.

¹³ Cfr. Cheryl Saunders, «Separation of Powers and the Judicial Branch», *Judicial Review*, vol. 4, núm. 11, 2006, p. 337-347. Sobre la conexión entre la separación de poderes y el principio del Estado de derecho, cfr. Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1976, p. 210.

¹⁴ Cfr. Jeremy Waldron «Constitutionalism – A Skeptical View», en Thomas Christiano y John Christman (ed.) *Contemporary debates in political philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2009, p. 270 y 279.

Esta característica del neoconstitucionalismo supone desafíos vinculados a dos interrogantes. Esta concepción impide catalogar como constitución a un representativo número de textos constitucionales existentes, que carecen de los cuatro elementos constitucionales esenciales. Entonces, primero ¿cómo debe llamarse a estas «constituciones»? Segundo, esta concepción soslaya que incluso estas «constituciones» cumplen ciertas funciones innegables y útiles.

Algunos trabajos recientes en el campo de la teoría constitucional ofrecen elementos valiosos para contestar estas preguntas. En cuanto a la primera de ellas, Graham Walker utiliza el término constituciones «no-liberales» para referirse a los textos constitucionales que fundamentan regímenes políticos despóticos o arbitrarios.¹⁵ Asimismo, Li-Ann Thio propone una taxonomía de los constitucionalismos existentes en sociedades no-liberales. Dicha taxonomía incluye: regímenes mixtos —en los que solo en ciertos ámbitos se respetan las libertades—, sistemas constitucionales teocráticos, y estructuras de poder —como aquellas basadas en los llamados «valores asiáticos»— en las cuales las prioridades culturales de la comunidad, enraizadas en el derecho constitucional, prevalecen sobre los derechos individuales.¹⁶ En un sentido similar, Mark Tushnet sostiene que el constitucionalismo autoritario puede considerarse como constitucionalismo y que reconocer una pluralidad de concepciones sobre el constitucionalismo puede enriquecer la claridad conceptual.¹⁷

En lo que concierne a la segunda objeción, incluso en sociedades no-liberales o en regímenes políticos autoritarios, las constituciones son instrumentos fundacionales que articulan la identidad política de una sociedad, expresan sus valores más caros,¹⁸ pergeñan una arquitectura normativa que permite la coordinación social¹⁹

¹⁵ Graham Walker, «The Idea of Nonliberal Constitutionalism», en: Ian Shapiro y Will Kymlicka (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, NYU Press, Nueva York, 1997, p. 169.

¹⁶ Li-Ann Thio, «Constitutionalism in Illiberal Polities», en: Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 137 s.

¹⁷ Cfr. Mark Tushnet, «Authoritarian Constitutionalism. Some Conceptual Issues», en: Tom Ginsburg y Alberto Simpser, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 36 s.

¹⁸ Sobre la expresión de valores sociales en las constituciones, cfr. Denis J. Galligan y Mila Versteeg, «Theoretical Perspectives on the Social Foundations of Constitutions», en: Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 8 s.

¹⁹ Cfr. Russel Hardin, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 133; Id., «Why a Constitution?», en: Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, op. cit., p. 59 s.

y sientan los acuerdos y compromisos entre rivales políticos.²⁰ En dichos contextos, las constituciones también abocetan la «distribución estructural del poder, mediante la definición de las relaciones entre las instituciones públicas y entre estas y los ciudadanos».²¹ A pesar de que los líderes autocráticos por lo general se ven constreñidos a hacer concesiones para promulgar constituciones sin tinte liberal, esta estrategia les da capacidad para adoptar reformas políticas duraderas, así como para proteger sus intereses personales y económicos mientras ejercen el poder político y cuando se desprendan del mismo.²² Como sugiere Hirschl, en cualquier contexto, adoptar una constitución es un «seguro o una maniobra para preservar la hegemonía».²³

Es innegable que todas las constituciones desempeñan estas funciones estructurales. Sin embargo, a los teóricos neo-constitucionalistas les asiste razón al defender que ellas no son suficientes para institucionalizar los fines del constitucionalismo. El problema real que de esto deriva es que la utilización del término «constitución» para referirse a un texto jurídico que fundamenta un régimen autoritario no es neutral desde el punto de vista normativo. Este uso genera una ilusión de legitimidad que cubre las acciones de las autoridades del régimen autoritario que sean consistentes con dicho texto jurídico. Esta razón desaconseja utilizar el término ‘constitución’ para referirse a leyes estructurales fundamentales que no institucionalicen los cuatro elementos esenciales del constitucionalismo.

Más difícil es para los teóricos constitucionalistas responder a la objeción democrática que surge del efecto práctico de la tesis de la institucionalización del constitucionalismo, es decir, la doctrina de la reformas y remplazos constitucionales inconstitucionales. Como ha ocurrido en países como Colombia²⁴ e India,²⁵

²⁰ Ran Hirschl, «The Strategic Foundations of Constitutions», en: Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, op. cit., 167 s.

²¹ Li-Ann Thio, «Constitutionalism in Illiberal Polities», op. cit., 133.

²² Gabriel L. Negretto, «Authoritarian Constitution Making. The Role of the Military in Latin America», en: Tom Ginsburg y Alberto Simpser, *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 83.

²³ Ran Hirschl, «The Origins of the New Constitutionalism: Lessons from the ‘Old’ Constitutionalism», en Stephen Gill y A. Claire Cluter, *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 97.

²⁴ Cfr: Carlos Bernal Pulido, «Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine», op. cit.

²⁵ Cfr: Los casos: *Kesavananda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461; y *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789. Asimismo, Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and Con-*

esta doctrina solo puede implementarse si el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo controlan la constitucionalidad de los cambios constitucionales formales desde el punto de vista sustancial. La objeción es entonces la siguiente: ¿Es democráticamente legítimo que las opiniones de los magistrados del Tribunal Constitucional o Supremo, que no han sido elegidos por el pueblo, acerca de los cambios constitucionales formales prevalezcan sobre las decisiones de las mayorías parlamentarias cualificadas que los procedimientos para llevar a cabo dichos cambios exigen, o incluso sobre los votos de millones de ciudadanos que hayan participado en un referéndum?

La doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales supone que el poder de reforma de la constitución no puede alterar los elementos esenciales de la Constitución (según la doctrina colombiana) o su estructura básica (según la doctrina india). Sería fácil responder estas preguntas si siempre existiesen criterios compartidos para determinar cuáles son los elementos esenciales y cuál es la estructura básica y cómo se alteran aquellos o esta. Es posible que exista, y de hecho a veces existe, un desacuerdo razonable acerca de la respuesta para estas preguntas. Este desacuerdo es análogo al desacuerdo que existe en torno a cuál es la interpretación correcta de los derechos fundamentales. Por esta razón, las objeciones que se hacen valer en contra de la supremacía judicial en cuanto a la interpretación constitucional también pueden aducirse en contra de la supremacía judicial aplicada a la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales.

Las objeciones en contra de la supremacía judicial en la interpretación constitucional se basan en conocidos argumentos democráticos. Este tipo de supremacía otorga preeminencia a las concepciones acerca del significado de las disposiciones constitucionales de un reducido número de magistrados que ni son elegidos por el pueblo ni le rinden cuentas. De este modo, la supremacía judicial «priva de sus derechos a los ciudadanos ordinarios y hace a un lado principios constitucionales medulares, tales como los de representación e igualdad política en la solución definitiva de conflictos acerca de los derechos fundamentales».²⁶ Este tipo de supremacía implica «una restricción sustancial del poder del pueblo

stitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 71 s., y Madhav Khosla, «Constitutional Amendment», en Sujit Choudhry, Madhav Khosla, y Pratap Bhanu Mehta, *The Oxford Handbook of the Indian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 235 s.

²⁶ Jeremy Waldron, «The Core of the Case against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1346-1406, en la p. 1353.

para gobernarse a sí mismo».²⁷ Cuando existen varias interpretaciones incompatibles de las disposiciones constitucionales, todas ellas razonables, «¿por qué la interpretación razonable que defiende el Tribunal Supremo debe prevalecer sobre la interpretación (también) razonable del legislador?»²⁸ Un Tribunal Supremo o Constitucional está compuesto por individuos que pertenecen a una élite social a la que injustificadamente se ha atribuido una competencia suprema. Su supremacía como un indeseable elemento aristocrático que macula el sistema democrático.²⁹ Si la Constitución ha sido creada por el pueblo, entonces el pueblo mismo, y no el Tribunal, es el que debería tener la supremacía para interpretar la Constitución. Asimismo, sus interpretaciones deberían ser definitivas y deberían tener capacidad de prevalecer no solo sobre otras interpretaciones sino incluso sobre el propio texto de la Constitución.

Esta objeción democrática se fortalece aún más si se aduce en contra de la supremacía judicial en el ámbito de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales. En gracia de discusión, permítaseme admitir sin reparos, por un momento, que esta doctrina es correcta y que goza de una amplia aceptación en la sociedad en la que opera. Sin embargo, como quiera que la Constitución ha sido creada por el pueblo, se aduce, el pueblo mismo, y no el Tribunal, es quien debería ostentar la autoridad para determinar cuáles son los elementos esenciales de la Constitución o cuál es su estructura básica. Si el pueblo mismo, de forma directa o por medio de sus representantes, ha aprobado una reforma constitucional, es porque ha decidido que el elemento que se modifica no es esencial. Esta decisión debería valer como la última palabra. En la misma línea argumentativa, si el pueblo mismo y no el Tribunal debe tener la autoridad suprema para interpretar las más o menos indeterminadas disposiciones de derechos fundamentales, con mayor razón debería estar revestido de la autoridad suprema para definir el contenido del concepto de «elemento esencial» o de estructura básica, que es aún más abstracto y vago. En caso de que existan desacuerdos razonables, la concepción del pueblo acerca de cuáles son los elementos esenciales de la Constitución debería prevalecer sobre la concepción que puedan tener los magistrados del Tribunal Constitucional.

Por lo demás, algunas de las refutaciones de la objeción democrática a la supremacía judicial pierden su eficacia si se intentan hacer valer para defender el control

²⁷ Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. x-xi.

²⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁹ Larry Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 7.

de constitucionalidad del contenido de las reformas constitucionales. Esto ocurre, por ejemplo, con el modelo de constitución modesta de Schauer. De acuerdo con este autor, el concepto de Constitución debe interpretarse en una forma modesta, como «un conjunto de reglas que imponen restricciones de segundo orden a las preferencias del pueblo, de sus representantes elegidos por voto, así como de los funcionarios del poder ejecutivo».³⁰ Estas restricciones de segundo orden están al servicio de los valores profundos que tiene el pueblo a largo plazo. En de este contexto, la supremacía judicial se justifica como una garantía externa para hacer efectivas estas restricciones de segundo orden. De este modo, la supremacía judicial busca proteger los intereses a largo plazo del pueblo que se ven amenazados por los deseos de corto plazo que el propio pueblo pueda tener.³¹ La interpretación judicial de estas restricciones de segundo orden debe prevalecer sobre la interpretación que de ellas mismas tenga el pueblo, cuando tales restricciones entran en colisión con los deseos de corto plazo. A causa de estos deseos de corto plazo, el pueblo se halla medio de un conflicto de intereses. Como consecuencia, no tiene una «separación mental» que le permita considerar la colisión en juego con suficiente equidad e imparcialidad.³²

Incluso si en gracia de discusión se admitiera que esta es una respuesta plausible para la objeción democrática en el caso de la interpretación constitucional, el concepto de constitución modesta de Schauer no podría salirle al paso a esta objeción si esta se hace valer frente al control de constitucionalidad del contenido de las reformas constitucionales. La aprobación de una reforma constitucional manifiesta el cambio en los intereses a largo plazo del pueblo y, por consiguiente, en las restricciones de segundo orden. El argumento de Schauer no provee ninguna razón en contra de que el pueblo pueda cambiar sus valores e intereses a largo plazo. Si el pueblo tiene poder para decidir acerca de sus intereses y valores a largo plazo, también tiene poder para modificarlos y las decisiones que adopte a este respecto deben ser definitivas.

Con todo, el neoconstitucionalismo puede responder a esta objeción. Imaginémos que el pueblo expide una constitución imperfecta que establece un sistema de liberalismo político pero no reconoce la igualdad entre los ciudadanos sino un sistema de castas. Supongamos que, después de algún tiempo, las ideas igualitarias cobran popularidad y el pueblo promueve una reforma que introduce al texto

³⁰ Frederick Schauer, «Judicial Review and the Modest Constitution», *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004, p. 1045-1067, en la p. 1046.

³¹ *Ibidem*, 1057.

³² *Ibidem*, 1057.

constitucional una disposición que garantiza el derecho a la igualdad. Esta reforma tendría la finalidad de reducir algunos de los conflictos creados por la colisión existente entre el sistema de castas y otros principios del liberalismo político. Razones de coherencia y justicia inclinarían nuestras intuiciones a favor de la idea de que el Tribunal Constitucional no puede declarar que esta reforma es inconstitucional a pesar de que claramente reemplaza un elemento esencial de la Constitución. ¿Por qué tendría que ser declarada inconstitucional una reforma constitucional que modifica uno o más elementos esenciales de la Constitución con el propósito de hacer progresar el sistema político y de hacerlo más justo, solo por causa de una decisión política fundamental tomada por nuestros antepasados (muchos de los cuales han muerto y, por tanto, ya carecen de cualquier interés presente)? ¿Por qué nosotros, el pueblo, actuando mancomunadamente, no podríamos ejercer el poder de reforma constitucional para actualizar y perfeccionar la Constitución, incluso en sus elementos esenciales, sin las complicaciones y los riesgos asociados con una revolución?

El objeción democrática puede refutarse con el siguiente argumento de tipo normativo. Las constituciones son entidades intencionales. Son entidades de creación humana. Nosotros, el pueblo, actuando mancomunadamente de forma intencional, las creamos, bien por medio de una declaración solemne relativa a la validez de un determinado conjunto de enunciados escritos (en el caso de las constituciones escritas) o por medio de una práctica social en la que participamos (en el caso en que la Constitución es un conjunto de reglas no escritas). Asimismo, como ocurre con todas las entidades intencionales,³³ nosotros creamos las constituciones con ciertos propósitos específicos tales como la solución de los problemas más profundos de coordinación y nuestros problemas morales básicos cuyas soluciones son objeto de discusión y contienda.³⁴ Es posible resolver este tipo de problemas de variadas formas. Cada constitución implica una decisión acerca de la adopción de un cierto sistema político que implica una manera particular de resolver estos problemas morales básicos y estos problemas profundos de coordinación. Este tipo específico de sistema político atribuye a cada constitución histórica una diferencia específica.

Elegir un sistema político específico es un acto de dos dimensiones. En el sentido en que lo apunta la teoría de Carl Schmitt,³⁵ es innegable que esta decisión

³³ Cfr. Una explicación de las instituciones sociales como entidades fundadas en acciones intencionales colectivas en: John Searle, *Making the Social World*, Oxford, Oxford University Press, 2010, en especial el capítulo 1.

³⁴ Cfr. Sobre este propósito del derecho: Scott Shapiro, *Legality*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2011, p. 170.

³⁵ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 125-135.

es un hecho social contingente. En el caso de la expedición de una constitución escrita, el ejercicio de este poder es una acción intencional colectiva en la que algunos miembros relevantes de la sociedad hacen mancomunadamente una declaración de que el conjunto de disposiciones de la constitución escrita tiene validez y crea el Estado y el sistema jurídico. Esto corresponde a la dimensión fáctica del poder de creación o reforma de la constitución. Si este poder solo tuviera esta dimensión, un ejercicio del poder de reforma podría, en cualquier tiempo, sustituir total o parcialmente la Constitución por medio de una reforma constitucional. No existiría ninguna razón por la cual un nuevo ejercicio contingente del poder de creación constitucional no pudiera sustituir el resultado de un ejercicio previo de este poder. En todo caso, siempre existiría una excepción a esta afirmación. Solo un sistema político duradero puede ser capaz de resolver problemas morales básicos y problemas profundos de coordinación en una sociedad. Es imposible resolver este tipo de problemas si las disposiciones constitucionales se reforman constantemente. Esta es una razón pragmática a favor de preservar el sistema político adoptado por la Constitución.

Además de lo anterior, el ejercicio del poder de creación o de reforma constitucional también tiene una dimensión crítica o ideal.³⁶ En esta dimensión, este poder necesariamente eleva una pretensión de corrección relativa a la adopción de un determinado sistema político, en el sentido de que dicho sistema respetará ciertos principios básicos de justicia. Esta pretensión está implícita en el propio acto de expedición de la Constitución. Si se me permite una paráfrasis de un conocido texto de Alexy, sería absurdo que, por ejemplo, una Asamblea Constituyente estableciera en el preámbulo de una Constitución algo como lo siguiente: esta Asamblea, en representación del pueblo soberano, expide esta Constitución que institucionaliza un sistema político injusto.³⁷ Como explica Alexy, este es un absurdo que deriva de una contradicción performativa, es decir, la contradicción que se forma entre la pretensión implícita de establecer un sistema político justo, que este preámbulo eleva, y lo que explícitamente declara, es decir, que el sistema político que establece es injusto. La existencia de esta contradicción pone de manifiesto que la expedición de una Constitución implica que el poder de creación constitucional pretenda, e implícitamente se proponga, adoptar un sistema político correcto. Para que un grupo de personas que actúan de consuno puedan

³⁶ Robert Alexy, «The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, Vol. 23, núm. 2, 2010, p. 167-182, en la p. 167.

³⁷ *Ibidem*, p. 170.

ser consideradas como un poder de creación constitucional, deben compartir la intención de adoptar un sistema político correcto para su sociedad.

En la dimensión ideal, en la concepción del neoconstitucionalismo, la constitución pretende institucionalizar en el derecho un sistema político correcto. Este sistema es una democracia deliberativa. A pesar de que existe un fuerte debate acerca del concepto de democracia deliberativa,³⁸ en general se entiende como un sistema que establece un ideal de legitimidad política. Las decisiones políticas que persiguen resolver problemas morales y de coordinación moral son legítimas, en la dimensión ideal, si se adoptan por medio de un procedimiento discursivo. Este procedimiento implica la necesidad de justificar todas las decisiones políticas y de adoptarlas por medio de un intercambio público de argumentos «entre participantes comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad», en el cual, asimismo, todos los afectados por la decisión pueden participar directamente o por medio de sus representantes.³⁹ La constitución pretende institucionalizar este ideal no solo mediante el reconocimiento de los cuatro elementos esenciales del constitucionalismo, sino también por medio de la garantía de determinados derechos fundamentales (tales como los de libertad personal, libertad de expresión, y libertad de asociación política, entre otros) y por medio de particulares procedimientos democráticos de toma de decisiones políticas.⁴⁰

De la dimensión ideal del poder de creación constitucional deriva que para que cualquier ejercicio de este poder sea legítimo, este poder debe pretender adoptar un sistema político correcto. En consecuencia, para que cualquier ejercicio de este poder o del poder de reforma sea legítimo este poder debe pretender conservar o mejorar el sistema político adoptado en la constitución, si este es un sistema correcto. De esta manera, la conservación o el mejoramiento del sistema político original correcto no puede ser incompatible con el contenido de las intenciones de los miembros del poder constituyente derivado que actúan mancomunadamente, ni, por consiguiente, con el contenido de las reformas constitucionales. Si esto es así, el contenido de las reformas constitucionales no puede ser incompatible con el objetivo de conservación o mejoramiento de la democracia deliberativa. La con-

³⁸ Cfrl Sobre esa discusión: Cristina Lafont, «Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?», en Samantha Besson y Jose Luis Martí (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Ashgate, 2009, p. 3-25.

³⁹ Jon Elster, «Introduction», en Id. (ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, 1998, p. 8. También: Amy Gutman y Dennis Thomson, «Why Deliberative Democracy», Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 3.

⁴⁰ Robert Alexy, «Discourse Theory and Human Rights», *Ratio Juris*, vol. 9, 1996, p. 209-235.

clusión sería que el contenido de las reformas constitucionales no puede derogar ninguno de los derechos fundamentales específicos ni los procedimientos que hacen posible que el sistema político institucione una democracia deliberativa.

3. LA DESPROPORCIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

El segundo desafío al que se enfrentan los derechos fundamentales en el neo-constitucionalismo al que quisiera referirme es al pretendido uso desproporcionado del principio de proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad es un criterio jurídico utilizado alrededor del mundo para la protección los derechos fundamentales. Este principio nació en Alemania pero hoy en día ha migrado a otros sistemas jurídicos y a diversas áreas del derecho. Aunque el concepto de proporcionalidad no es unívoco,⁴¹ la mayoría de jueces y juristas coinciden en que se trata de un principio conformado por tres sub-principios a saber: idoneidad, necesidad, y el mandato de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Cada sub-principio establece una exigencia que cualquier limitación en derechos fundamentales debe de satisfacer. El sub-principio de idoneidad exige que la limitación sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El sub-principio de necesidad exige que la limitación sea la menos gravosa, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto exige que la limitación alcance el fin que se propone en un grado de justifique el grado en que se limita el derecho.

La aplicación del principio de proporcionalidad ha generado una amplia discusión. Por un lado, reconocidos autores han aceptado el uso expansivo de este principio sin reparos. Por ejemplo, Beatty considera que el principio de proporcionalidad es «neutral», «potencialmente racional»,⁴² y origina la posibilidad de hacer que «el concepto jurídico de derechos fundamentales sea el mejor posible».⁴³ Con base en estas premisas, Betty defiende que este principio debe considerarse como «un criterio universal de la constitucionalidad»,⁴⁴ la

⁴¹ Sobre los diferentes conceptos de proporcionalidad, *cf.*: Bernhard Schlink, 'Proportionality (1)', en: Michel Rosenfeld y András Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 721.

⁴² David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 171.

⁴³ *Ibid.*, p. 174.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 162.

máxima expresión del Estado de derecho,⁴⁵ y la regla de oro del derecho.⁴⁶ Barak comparte una postura similar. El expresidente de la Corte Suprema de Israel cree que la constitucionalidad de cualquier limitación de los derechos fundamentales solo puede justificarse mediante un análisis de proporcionalidad⁴⁷ y que no existe ningún concepto alternativo mejor que este para tal fin.⁴⁸ De igual manera, Alexy sostiene que los jueces constitucionales no pueden evitar utilizar el principio de proporcionalidad. Para Alexy, este principio es la única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones.⁴⁹ Finalmente, Gardbaum estima que el mandato de ponderación «refuerza adecuadamente el papel que las decisiones mayoritarias deben de tener en una democracia constitucional».⁵⁰

Por otro lado, tanto en obras de la década pasada como en publicaciones previas,⁵¹ el principio de proporcionalidad ha sido objeto de feroces críticas. Tsakyrakis ha sostenido que este principio es «un atropello a los derechos humanos» y un «camino equivocado en busca de precisión y objetividad».⁵² Por su parte, Webber lamenta el hecho de que el principio de proporcionalidad haya creado un infundado «culto académico a los derechos fundamentales», que ha desencadenado en una concepción extremadamente individualista de los derechos y un simultáneo desprecio hacia las leyes democráticas que persiguen la protección de intereses sociales.⁵³ Algunos jueces y juristas critican la ponderación y la consideran irracional. Otros autores deploran el uso de la proporcionalidad pues, según

⁴⁵ Ibid., p. 185.

⁴⁶ David Beatty, «Law's Golden Rule», en: Gianluigi Palombella y Neil Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2009, p. 103.

⁴⁷ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 3.

⁴⁸ Ibid., p. 8.

⁴⁹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 111.

⁵⁰ Stephen Gardbaum, «A Democratic Defense of Constitutional Balancing», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 1, núm. 4, 2010, p. 78.

⁵¹ Para un análisis crítico sobre la ponderación en el derecho constitucional estadounidense, cfr. Thomas Alexander Aleinikoff, «Constitutional Law in the Age of Balancing», *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 943-1005.

⁵² Stavros Tsakyrakis, «Proportionality: An Assault on Human Rights», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 3, 2009, p. 468.

⁵³ Grégoire Webber, «Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, 2010, p. 180 y 190-191; y Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 88 s.

ellos, desvirtúa la esencia de los derechos fundamentales como limitaciones sobre el ejercicio del poder público. Por ejemplo, Habermas sostiene que este principio vulnera la «firmeza» de los derechos fundamentales como quiera que, en ocasiones, estos tienen que ceder ante otros intereses jurídicamente protegidos.⁵⁴ Finalmente, una objeción común es que este principio permite al poder judicial inmiscuirse ilegítimamente en competencias del legislativo y de la Administración Pública. En ese sentido, Lord Ackner consideró en el caso *Brind* que el uso judicial de la proporcionalidad implicaba un «análisis de fondo de las decisiones políticas». En una democracia, este tipo de decisiones deben ser adoptadas solo por autoridades políticas.⁵⁵

Según estima Kumm, el principio de proporcionalidad, junto con el control de constitucionalidad de las leyes, es el «trasplante jurídico más exitoso del siglo veinte».⁵⁶ Sin embargo, el profundo debate acerca de la conveniencia del uso de la proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales suscita varios interrogantes: ¿Existe alguna razón que justifique el hecho de que el principio de proporcionalidad se haya sido difundido a lo largo de diferentes contextos y sistemas jurídicos? Esta inquietud adquiere una relevancia aún mayor si se tienen en cuenta los problemas que, de por sí, el trasplante de ideas y conceptos constitucionales, de un sistema a otro puede generar. La migración de la proporcionalidad sin duda alguna también se enfrenta a estos problemas generales⁵⁷ a los que el préstamo de conceptos constitucionales da lugar.⁵⁸

La posibilidad de justificar la migración del principio de proporcionalidad depende de dos factores. El primero es una justificación en abstracto para el uso de este principio. El segundo es una justificación concreta para la migración de este principio desde un sistema de derecho a otro, en un tiempo determinado, y en un área del derecho en particular (por ejemplo, los derechos fundamentales, el control de la Administración Pública o el cumplimiento de tratados internacionales). Uno de los mayores desafíos del neoconstitucionalismo a nivel global consiste en proveer una respuesta para estas justificaciones.

⁵⁴ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, MIT Press, Cambridge, 1996, p. 254.

⁵⁵ *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

⁵⁶ Mattias Kumm, «Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 595.

⁵⁷ Sobre este punto, *cf.*: Sujit Choudri, «Migration in Comparative Constitutional Law», en Id. (ed), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 7 s.

⁵⁸ Sobre las críticas al concepto de préstamo constitucional, *cf.*: Kim Lane Scheppele, «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, p. 296 s.

Al respecto, la justificación abstracta del uso del principio de proporcionalidad suele implicar el propósito de solucionar tres problemas: racionalidad, legitimidad y prioridad. El problema de la racionalidad consiste en determinar si puede o no haber un uso racional de la proporcionalidad. El problema de la legitimidad es si los tribunales tienen legitimidad constitucional para usar este criterio. Por último, la pregunta acerca de la prioridad radica en establecer si la aplicación de principio de proporcionalidad permite a los tribunales reconocer a los derechos fundamentales una prioridad dentro del sistema jurídico. En pocas palabras, habrá justificación abstracta para el uso judicial del principio de proporcionalidad siempre que exista una manera racional y legítima para aplicarlo, que además permita que los derechos fundamentales conserven su prioridad dentro del sistema jurídico.

Robert Alexy y Aharon Barak han desarrollado modelos exhaustivos del principio de proporcionalidad, que pretenden resolver los problemas de la justificación en abstracto.⁵⁹ Otros autores han propuesto variaciones a estos modelos,⁶⁰ y han justificado el uso del principio de proporcionalidad tanto en abstracto como en contextos específicos. Estos autores han hecho hincapié en las ventajas que este concepto representa para determinados sistemas jurídicos, y han respondido a importantes objeciones contra su utilización judicial.

Aquí no reiteraré estos argumentos. Más bien, me centraré en el segundo factor. Los conceptos jurídicos, como el principio de proporcionalidad, pueden tomarse prestados y trasplantarse de un sistema constitucional a otros. Bien puede decirse que existe una correlación entre la justificación en abstracto para el uso de un concepto jurídico y la justificación concreta para su migración. Una razón válida para trasplantar conceptos jurídicos deviene de su racionalidad y legitimidad intrínsecas. No obstante, esta justificación en abstracto, o el uso concreto del

⁵⁹ Robert Alexy introdujo los elementos básicos de su modelo en la publicación original, en alemán, de *La Teoría de los derechos fundamentales, Theorie der Grundrechte* (Baden-Baden: Nomos, 1985). El modelo de Barak toma los elementos básicos de la proporcionalidad de Alexy pero difiere en aspectos sustanciales que no se pueden analizar en este ensayo. Su propuesta sobre la estructura del principio de proporcionalidad refleja este desacuerdo. Cfr.: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., 243-455.

⁶⁰ Algunas posturas que pretenden mejorar el modelo de proporcionalidad propuesto por Alexy pueden encontrarse en: Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a. Ed., 2007), Capítulo 6; Carlos Bernal, 'The Rationality of Balancing', *Archiv für Rechts-und Sozial Philosophie*, 92 (2) 2006, p. 195-208; y Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (Baden-Baden: Nomos, 2002).

concepto jurídico en el contexto original, no justifican, *per se*, su migración. El derecho constitucional es, en parte, una expresión de la identidad nacional.⁶¹ Esta singularidad es relevante no solo para el análisis de disposiciones de las constituciones sino también en relación con los métodos de interpretación constitucional. Ambos elementos se encuentran arraigados en las actitudes y en el bagaje jurídico de los servidores públicos y los abogados de cada cultura constitucional. Más aun, estos elementos determinan, al menos en parte, el significado de las reglas constitucionales. Por lo tanto, estos elementos impactan de manera profunda la manera en que se trata de definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Esta singularidad explica el profundo debate que los trasplantes en materia constitucional han generado. Los críticos más radicales consideran que este tipo de trasplantes es antidemocrático. Estos autores opinan que los trasplantes constitucionales favorecen intereses e ideologías extrañas, y permiten que los jueces manipulen el contenido y alcance de las normas constitucionales. Esta posibilidad pondría en riesgo la integridad del proceso judicial, y la esencia de principio democrático, según el cual, las normas constitucionales deben representar la voluntad de cada pueblo.⁶² Otros críticos defienden una postura menos radical y escéptica. Estos autores consideran que los métodos y conceptos de otros sistemas constitucionales pueden tomarse prestados y adaptarse a ciertos contextos políticos, sociales, culturales y jurídicos en particular.⁶³

De esta línea argumentativa se sigue que las razones que justifican el uso del principio de proporcionalidad en abstracto no justifican por sí mismas su migración alrededor del mundo y a lo largo de diversas áreas del derecho. Por otra parte, si bien existen algunas explicaciones desde el punto de vista de la ciencia política sobre la difusión mundial del principio de proporcionalidad,⁶⁴ que atienden sobre todo a las razones estratégicas que los jueces tienen para utilizar este principio, hay

⁶¹ Vicki C. Jackson, «Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law», *Constitutional Commentary*, vol. 21, 2004, p. 857.

⁶² Para conocer este punto resulta ilustrativo la discusión que los jueces de la Corte Suprema Estadounidense tuvieron en los años 2003 y 2004 sobre la posibilidad de fundar sus decisiones en fuentes extranjeras, *cf.* Sujit Choudri, «Migration in Comparative Constitutional Law», *op. cit.*, p. 7 s. Asimismo: Cheryl Saunders, «The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, p. 37 s.

⁶³ *Cf.* Vlad Perju, «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», en: *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 1321 s.

⁶⁴ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, *op. cit.*, p. 175-210.

un déficit en el estudio del problema de si esta migración está o no justificada. Este análisis deberá responder dos preguntas básicas. Primero, qué razones puede darse para justificar el trasplante del principio de proporcionalidad⁶⁵ y no el trasplante de algún otro concepto jurídico que pudiera fungir de manera similar.⁶⁶ Segundo, si ponderamos entre las razones para trasplantar el principio de proporcionalidad y los peligros de los préstamos constitucionales ¿en qué dirección se inclina la balanza? ¿A favor de llevar a cabo el trasplante?

La mayoría de los autores parecen justificar la migración del principio de proporcionalidad con una tesis que aquí llamaremos: de la necesidad conceptual. La tesis de la necesidad conceptual sostiene que existe una relación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, de tal manera que este principio debe ser utilizado siempre y en todos los contextos en que se interprete y se aplique los derechos fundamentales. En contraste con dicha tesis, aquí defenderé una justificación normativa para el uso extensivo del principio de proporcionalidad. Una gran variedad de razones puede justificar la migración del principio de proporcionalidad a una nueva jurisdicción o un nuevo contexto jurídico. No obstante, existe un común denominador entre las migraciones de este principio, a saber, que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

Primero es preciso considerar la tesis de la necesidad conceptual. Es factible justificar las migraciones y los préstamos constitucionales con base en razones fuertes o débiles.⁶⁷ Alusiones al Derecho natural⁶⁸ y al *Ius Gentium*⁶⁹ representan razones fuertes para justificar el préstamo de instituciones constitucionales o de conceptos ligados a los derechos fundamentales. Por ejemplo, que un derecho sea un derecho natural fundamental, o que exista un reciente consenso mundial acerca de su validez moral y legal, sería una razón en sentido estricto, que

⁶⁵ Como ha señalado Vlad Perju, cualquier préstamo constitucional exige una justificación normativa. Véase: «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», op. cit., p. 1321 s.

⁶⁶ Sobre la relevancia del análisis de las razones para tomar prestadas ciertas instituciones constitucionales y, al mismo tiempo, rechazar otras, con el objeto de comprender y evaluar el diseño constitucional, *cfr.* Lee Epstein y Jack Knight, «Constitutional Borrowing and Nonborrowing», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 1, 2003, p. 196 s.

⁶⁷ *Cfr.*, Vlad Perju, «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», op. cit., p. 1324.

⁶⁸ Sobre la posible justificación con base en el derecho natural, *cfr.*: Roger P. Alford. «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review*, vol. 52 (2004-2005), p. 659 s.

⁶⁹ Sobre la posible justificación con base en el *Ius Gentium*, *cfr.*: Jeremy Waldron, «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, vol. 119, núm. 1, 2005, p. 139.

podría justificar que un tribunal lo importara a un sistema jurídico.⁷⁰ Razones débiles podrían ser que los tribunales nacionales quisieran unirse a un diálogo jurisprudencial cosmopolita con tribunales de otras naciones. El propósito de este préstamo constitucional sería motivar una reflexión normativa acerca de la idoneidad de instituciones locales a la luz de un estudio comparativo con alternativas extranjeras.⁷¹

Una razón fuerte que puede justificar la migración del principio de proporcionalidad se puede inferir de la idea que este principio es conceptualmente necesario para el control de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Esta tesis sostiene que, una proposición necesariamente verdadera acerca de la naturaleza misma de los derechos fundamentales es que estos tienen que ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. Si esta tesis fuera correcta, ello significaría que en todo momento y lugar en que existan derechos fundamentales, los jueces tendrían que aplicarlos por medio del principio de proporcionalidad.⁷² Si la tesis de la necesidad conceptual fuera verdadera entonces, una vez que los derechos fundamentales son reconocidos en un sistema jurídico, trasplantar el principio de proporcionalidad no solo sería una acción justificable sino inevitable. Si los derechos fundamentales necesariamente implicaran el uso del principio de proporcionalidad, entonces, sería imposible protegerlos sin utilizar este criterio. Utilizar el principio de proporcionalidad no sería obligatorio sino imprescindible. La proporcionalidad sería un criterio de aplicación forzosa. Esto tendría a su vez un impacto en la justificación en abstracto del uso del principio de proporcionalidad, en especial, en lo que se refiere al problema de la legitimidad. La necesidad conceptual del principio de proporcionalidad significaría que el uso este principio no podría ser considerado ilegítimo. Bastaría que un Estado promulgara una declaración de derechos fundamentales y facultara a los jueces para aplicarlos, para que estos no solo pudieran sino que tuvieran forzosamente que utilizar el principio de proporcionalidad. Como conclusión, el préstamo del principio de proporcionalidad sería una consecuencia necesaria de la institucionalización de los derechos fundamentales en una jurisdicción.

⁷⁰ Cabe destacar, claro está, que la plausibilidad de estos razonamientos depende de la presunción de que efectivamente exista el derecho natural o el *Ius Gentium*.

⁷¹ Cfr. Vlad Perju, «Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order», *Constellations*, vol. 12, 2005, p. 464 s.

⁷² Para un uso similar de la noción de necesidad conceptual utilizada en el debate sobre la naturaleza del derecho, cfr., Robert Alexy, «On the Concept and the Nature of Law», *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, 2008, p. 284.

Puede haber al menos dos versiones de la tesis de la necesidad conceptual. Una versión estricta de esta tesis puede inferirse de lo sostenido por Aharon Barak, cuando afirma que «[cualquier] restricción de un derecho fundamental [...] será constitucionalmente permisible si, y solo si, es proporcionada».⁷³ Esta proposición equivale a sostener que el principio de proporcionalidad establece condiciones suficientes y necesarias para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si esta proposición fuera verdadera, entonces existiría una doble implicación de suficiencia y necesidad entre las exigencias de la proporcionalidad y las exigencias para la constitucionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales. Una limitación sería constitucional si y solo si satisface las exigencias del principio de proporcionalidad. La satisfacción de estas exigencias implicaría necesariamente la constitucionalidad de la limitación. Bastaría que una de estas exigencias no se cumpliera para considerar la limitación como inconstitucional. De ello se seguiría que no podría controlarse la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin aplicar el principio de proporcionalidad. A la vez, todos los supuestos y elementos del control de constitucionalidad de dichas limitaciones se podrían reducir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

La versión estricta de la tesis de la necesidad conceptual no parece plausible. Cada uno de los sub-principios de proporcionalidad establece, en efecto, una condición necesaria para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales. Si una limitación incumple con cualquiera de las exigencias expresadas en los sub-principios, debe ser considerada como una violación del derecho fundamental que limita; por tanto, deberá declararse inconstitucional. No obstante, los sub-principios de la proporcionalidad no expresan ni conjunta ni separadamente condiciones suficientes de constitucionalidad. Las limitaciones de los derechos fundamentales pueden ser inconstitucionales por otras razones, por ejemplo, por contradecir de forma expresa el texto constitucional o por que haya existido una irregularidad de cierta entidad en el proceso legislativo o administrativo que condujo a la promulgación del acto que limita los derechos fundamentales. Asimismo, existen supuestos de control constitucional que no exigen ni implican el uso de la proporcionalidad. Ejemplos de ello se encuentran en la solución de casos fáciles con fundamento en reglas constitucionales concretas, *verbi gratia*, la imposición de una limitación a un derecho fundamental sin con-

⁷³ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 3. Barak afirma: «La constitucionalidad de la limitación, en otras palabras, se determina por su proporcionalidad».

tar con las mayorías parlamentarias que algunas constituciones existen para la aprobación de limitaciones de esta naturaleza, la atribución a los órganos de seguridad del estado del poder para torturar detenidos en contra de una disposición constitucional que literalmente lo prohíba, o la ampliación legislativa del plazo en el que las personas detenidas deben de ser llevadas ante la presencia de un juez.

Una versión menos estricta de la tesis de la necesidad conceptual se encuentra desplegada en la obra de Alexy, particularmente, de su artículo «Constitutional Rights and Proportionality». Alexy no sugiere que todo el control de constitucionalidad pueda reducirse a un análisis de proporcionalidad. Este autor reconoce que existen normas de derechos fundamentales que pueden aplicarse mediante de un ejercicio de subsunción. Alexy denomina a este tipo de disposiciones «reglas» y las contrapone a los «principios».⁷⁴ No obstante, Alexy sostiene que «existe una implicación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad».⁷⁵ A pesar de que Alexy no cataloga esta implicación como una conexión conceptual, algunos de sus argumentos llevan a concluir que dicha implicación tiene este talante.

La tesis de Alexy contiene dos elementos. La primera parte consiste en el postulado que afirma que existe una clase de normas constitucionales, los principios, que tienen una conexión necesaria con el principio de proporcionalidad. Los principios son «mandatos de optimización» que exigen que la protección del derecho fundamental que institucionalizan se lleve a cabo en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Según Alexy, cada uno de los sub-principios del principio de proporcionalidad expresa la idea de optimización:

Los principios, como mandatos de optimización, exigen un grado de optimización respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y necesidad exigen una optimización en relación con las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una optimización frente a las posibilidades jurídicas.⁷⁶

⁷⁴ Sobre la diferencia entre reglas y principios, y su aplicación, respectivamente, mediante la subsunción y la ponderación, *cf.*: Robert Alexy, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 4, 2003, p. 433-449.

⁷⁵ Robert Alexy, «Constitutional Rights and Proportionality», *China Yearbook of Constitutional Law*, 2010, p. 221. Tiene traducción al castellano de Jorge Portocarrero como «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 11 s.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 222.

Este razonamiento implicaría que existe una conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad y los principios. La segunda parte de la tesis de Alexy pretende demostrar que además existe una conexión necesaria entre principios y derechos fundamentales. Si este segundo elemento de la tesis fuera correcto, entonces, como consecuencia, Alexy habría demostrado que los derechos fundamentales implican conceptualmente la utilización del principio de proporcionalidad, o, en otras palabras, que es imposible controlar la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales sin utilizar la proporcionalidad.

La existencia de una necesaria conexión conceptual entre principios y derechos fundamentales implicaría que en cualquier momento y en cualquier lugar en el que existan derechos fundamentales, necesariamente algunos de ellos tendrían la estructura normativa de principios y deberían, entonces, ser aplicados por medio del principio de proporcionalidad. La existencia de esta conexión implicaría algo que, recientemente, Matthias Jestaedt ha rechazado, esto es, que la teoría de los principios de Alexy es una «teoría metodológica universal y un elemento esencial de los derechos fundamentales».⁷⁷ Jestaedt reconoce que, en algunas prácticas concernientes a los derechos fundamentales, existe una necesidad de ponderar.⁷⁸ No obstante, a su parecer, de ello no se sigue que los derechos fundamentales sean, en su propia esencia, principios.

En su réplica, Alexy considera que Jestaedt propone una versión que puede denominarse como la tesis de la contingencia. De acuerdo con la tesis de la contingencia, la conexión entre principios y proporcionalidad, por un lado, y entre principios y derechos fundamentales, por otro lado, depende en exclusiva la decisión específica que las autoridades políticas —sobre todo, los autores de la constitución—. ⁷⁹ Entonces, los derechos fundamentales tendrían la estructura de principios solo si los autores de la constitución los diseñan como tales en el derecho positivo o establecen como obligatorio el uso del criterio de proporcionalidad para la protección de los derechos.

Alexy cuestiona la tesis de la contingencia con un argumento que apoya la versión débil de la tesis de la necesidad conceptual. El razonamiento establece que los

⁷⁷ Matthias Jestaedt, 'The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses', en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 159 y 172.

⁷⁸ Ibid. 159.

⁷⁹ Robert Alexy, «Comments and Responses», en *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, op. cit., p. 332-333.

derechos fundamentales tienen una naturaleza dual. Los derechos fundamentales forman parte del derecho positivo. Sin embargo, también tienen una naturaleza ideal que «se mantiene, más allá de su positivización». En su naturaleza ideal, ellos son derechos humanos morales y abstractos, «principios sustantivos» que el poder constituyente convirtió en Derecho positivo.⁸⁰ Como derechos abstractos que «se refieren simple y llanamente a objetos como libertad e igualdad, vida y propiedad, libertad de expresión y la protección de la personalidad», estos objetos, inevitablemente colisionan entre sí. Esto explica porque la práctica de aplicación de los derechos fundamentales debe necesariamente solucionar las colisiones entre estos derechos humanos abstractos con el status ontológico de principios sustantivos. Finalmente, el principio de proporcionalidad es necesario para resolver dichas colisiones. Estas razones tocantes a la naturaleza de los derechos humanos, como principios abstractos sustantivos transformados en derecho positivo, hace que el uso de proporcionalidad sea necesario para cualquier práctica de aplicación de los derechos fundamentales.

La postura defendida por Alexy da lugar a dos críticas. Ambas críticas van dirigidas a la segunda parte de su tesis. Si se me permite, las llamaré, respectivamente, la crítica ontológica y la crítica metodológica. La crítica ontológica consiste en que la postura de Alexy se basa fundamentalmente en la existencia de «principios sustantivos» detrás de los derechos fundamentales. Sin lugar a dudas, la existencia de estos principios sustantivos probaría que hay una conexión conceptual necesaria entre principios y derechos fundamentales. Además, existen razones lingüísticas que hablarían a favor de la existencia de dichos «principios sustantivos». El hecho de que las disposiciones constitucionales se refieran a conceptos como los de igualdad, libertad o debido proceso, podría justificar la afirmación de que efectivamente exista algo llamado el principio sustantivo de igualdad, libertad o debido proceso. Estos principios serían el objeto de las proposiciones expresadas por las disposiciones constitucionales. Ellos existirían en algo similar al Tercer Reino de Frege.⁸¹ Sin embargo, la tesis de Alexy no puede persuadir ni a escépticos que no descreen en esta idea, ni a escépticos de la existencia de los derechos humanos como entidades morales abstractas pre-positivos y sustanti-

⁸⁰ Id., 333-334.

⁸¹ Según Gottlob Frege, los pensamientos expresados por proposiciones tienen una existencia objetiva. Su existencia es independiente de la concepción que de ellos tengamos en nuestra mente. Frege defiende la idea de que los pensamientos existen en un «tercer reino» el cual es independiente de los reinos mentales y físicos. *Cf.*: Gottlob Frege, «Über Sinn und Bedeutung», *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, vol. 100, 1892, p. 25-50.

vas.⁸² La mayoría de los teóricos actuales de los derechos humanos sostienen que estos derechos no existen objetivamente, sino que son el objeto de proposiciones éticas que promueven perspectivas acerca de qué derechos deben ser protegidos jurídicamente.⁸³ La tesis de Alexy tampoco tiene capacidad de convencer a estos teóricos. Por lo tanto, sería deseable encontrar una justificación para el uso de la proporcionalidad que pudiera aglutinar un consenso más extendido. Esta tesis constituiría una base más robusta para la tesis de la necesidad del principio de proporcionalidad y, de esta manera, para justificar la migración de este principio.

La crítica metodológica consiste en afirmar que aun si existiera un consenso acerca de la existencia de los principios sustantivos subyacentes a las disposiciones constitucionales, de ello no se sigue que necesariamente que las colisiones entre deban ser resueltas mediante la proporcionalidad. Puede haber, y de hecho las hay, prácticas constitucionales que utilizan herramientas metodológicas alternativas para resolver estas colisiones. El principio de proporcionalidad no es el único instrumento jurisprudencial disponible para la aplicación de los derechos fundamentales. La lista de criterios alternativos incluye: el análisis categórico utilizado en casos relativos a la primera enmienda de la constitución estadounidense, el análisis concerniente a la existencia de un contenido esencial de derechos fundamentales (*Wesensgehalt*), las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales desarrollada por parte de la doctrina constitucional alemana y utilizada por un sector de la jurisprudencia, la doctrina británica atinente a la irrazonabilidad y otros criterios del derecho de igualdad que se utilizan en el derecho constitucional estadounidense.⁸⁴

La existencia de estas prácticas probaría el hecho de que no hay una conexión conceptual necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.⁸⁵ Puede haber, y efectivamente hay, protección de los derechos fun-

⁸² La crítica de Bentham en contra de los derechos naturales es un conocido ejemplo de este escepticismo. Cf: Jeremy Bentham, «Anarchical Fallacies», en: J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Simpkin, Marshall, & Co., Londres y Edimburgo, 1838-1843.

⁸³ Sobre estas teorías, vease: Hill Steiner, «Moral Rights», en: David Copp (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 460.

⁸⁴ Sobre los criterios jurisprudenciales alternativos al principio de proporcionalidad, cf: Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., capítulos 3 y 4.

⁸⁵ Una refutación a este argumento puede ser que las prácticas constitucionales basadas en estos criterios alternativos esconden o enmascaran las exigencias del principio de proporcionalidad. No puedo discutir aquí esta línea argumentativa. Alec Stone Sweet y Jud Mathews sugieren algo similar respecto a diversos criterios del derecho constitucional estadounidense. Cf.: «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing», *Emory Law Journal*, vol. 60, núm. 4, 2011, p. 799-875.

damentales sin el uso del principio de proporcionalidad. Esto significaría que la necesidad conceptual tesis de la necesidad conceptual no justifica la migración de la doctrina de proporcionalidad. Como consecuencia, no sería plausible sostener que es necesario importar el principio de proporcionalidad siempre que se quiera desarrollar una práctica de aplicación de derechos fundamentales mediante el control de constitucionalidad.

Aquí quisiera defender una tesis alternativa, que se relaciona con la necesidad normativa (no conceptual) del principio de proporcionalidad. Esta necesidad normativa apunta al empleo de la proporcionalidad con el objeto de resolver varias expresiones de la paradoja de la libertad. Esta paradoja filosófico-política tiene lugar en el derecho administrativo, en el derecho constitucional, en el derecho europeo de derechos humanos y en el derecho europeo comunitario. En todas estas áreas, las autoridades están facultadas para limitar los derechos y, al mismo tiempo, proteger estos derechos de limitaciones. Los jueces utilizan el principio de proporcionalidad para garantizar que las limitaciones sean legítimas, idóneas, necesarias y moderadas.

Indudablemente, es también posible emplear criterios alternativos para resolver la paradoja de la libertad. Los análisis categóricos y las teorías internas de los derechos fundamentales restringen el ámbito normativo de los derechos a un contenido restringido, de tal manera que las autoridades políticas están facultadas para llevar a cabo cualquier acción siempre y cuando no tenga que ver con las posiciones jurídicas protegidas en dicho ámbito.⁸⁶ El contenido esencial de los derechos (*Wesensgehalt*) establece un contenido mínimo de cada derecho, que no puede ser objeto de limitación alguna. Finalmente, el principio de razonabilidad permite toda clase de limitaciones a los derechos, a menos que éstas traspasen cierto umbral de irracionalidad que las haga inadecuadas e incomprensibles.

En este punto surge una interesante pregunta: ¿existe alguna justificación para el hecho de que los tribunales alrededor de todo el mundo hayan trasplantando el principio de proporcionalidad y no algún otro de estos criterios alternativos?

A continuación defenderé la tesis según la cual, la justificación de este hecho estriba en que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para

⁸⁶ Sobre el control de los derechos fundamentales por medio de análisis categóricos (con especial referencia al derecho estadounidense), *cf.*: Aharon Barak, 'Proportionality (2)', en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, op. cit., 752 s. Sobre las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales véase: Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 23.

la protección de los derechos fundamentales. Para fundamentar esta tesis, quisiera ofrecer el siguiente argumento en tres pasos y la conclusión que de ellos deriva:

(i) Es necesario normativamente adoptar un medio si se cumplen dos condiciones: (1) Que sea el mejor medio para alcanzar un fin, o que sea el mejor medio disponible para alcanzar un fin (y el medio no esté prohibido); y (2) que el fin deba ser perseguido.⁸⁷

(ii) La protección de los derechos fundamentales tiene lugar en ciertas circunstancias particulares en las que los jueces deben velar por ciertos valores (fines) derivados del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de Derecho;

(iii) Existen diversos criterios (medios) disponibles que los jueces pueden emplear para velar por estos valores. En comparación con las alternativas, el principio de proporcionalidad alcanza el fin perseguido en el mayor grado posible (es el mejor medio para dicho fin);

Conclusión: Si se tiene en cuenta que (iii) cumple la condición (i-1) y (ii) la condición (i-2), el uso del principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales.

Una explicación de (ii) y (iii) es la siguiente:

(ii) Las circunstancias de aplicación de los derechos fundamentales

(a) La protección de los derechos humanos tiene lugar bajo ciertas circunstancias.⁸⁸ Estas circunstancias incluyen los siguientes hechos:

(1) Los derechos fundamentales son el resultado de la positivización de los ideales políticos de libertad e igualdad en la forma de disposiciones constitucionales;

(2) Las disposiciones de los derechos fundamentales son vagas, ambiguas, evaluativamente abiertas y tienen textura abierta, por cuanto son el resultado de fórmulas dilatorias. Su alcance y contenido se refiere a la manera en que la comu-

⁸⁷ El principio Kantiano, según el cual: «Quien quiere el fin quiere los medios» puede dar ciertas bases teóricas para este concepto de la necesidad normativa sobre el que no puedo abundar en este artículo. Sobre este principio, *cf.*: Emmanuel Kant, 'Foundations of the Metaphysics of Morals', en *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, University of Chicago Press, Chicago, 1949, p. 417.

⁸⁸ Estas circunstancias son análogas a las circunstancias de justicia de John Rawls. *Cf.*: *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, MA., revised edition, 1999, p. 109. En una sociedad constitucional, existe una continuidad entre las circunstancias de justicia y las circunstancias del control de la constitucionalidad. No puedo explorar esta continuidad en el presente artículo.

nidad política protegerá la libertad y la igualdad. No obstante, los redactores de la constitución no han definieron de manera precisa dicho alcance y contenido, como señalara Carl Schmitt, mediante una «determinación objetiva». En lugar de eso, los constituyentes utilizaron fórmulas dilatorias capaces de incluir «todas las pretensiones contrapuestas»,⁸⁹

(4) Estas fórmulas dilatorias dan lugar a colisiones entre pretensiones contrapuestas que los tribunales deben resolver para proteger los derechos fundamentales;

(5) De (1), (2), (3) y (4) se sigue que puede haber incertidumbre y desacuerdos en cuanto al contenido y alcance de los derechos fundamentales y en la manera en que se resuelve su colisión.⁹⁰

(6) En una democracia, el legislador tiene en principio la competencia para determinar el y contenido y el alcance de los derechos y resolver las colisiones. La manera en que lo hace es mediante la introducción de limitaciones a los derechos fundamentales.

(7) Si existe control de constitucionalidad, los jueces están facultados para analizar las limitaciones a los derechos fundamentales en el contexto de desacuerdos descrito en (5); esto implica que los jueces deban tomar decisiones respecto de las distintas pretensiones en colisión;

(8) Los jueces necesitan utilizar criterios jurídicos, como el principio de proporcionalidad u otros criterios alternativos, para fundamentar sus decisiones respecto del contenido de los derechos fundamentales, las colisiones entre ellos y la validez de las limitaciones que el legislador ha impuesto a los derechos.

Dadas estas circunstancias, es imposible imaginar la existencia de algún criterio objetivo para la protección de los derechos fundamentales, es decir, un criterio que otorgue respuestas que no den lugar a incertidumbre o a desacuerdos. Esto no solo es cierto respecto del principio de proporcionalidad sino de los criterios alternativos. No obstante, esto no implica que todo lo que queda es arbitrariedad o decisionismo. En los sistemas jurídicos europeos (y en otras naciones), la protección de los derechos fundamentales en la constitución va de la mano de ciertos valores que emanan del constitucionalismo, la democracia deliberativa y el Estado de Derecho. Esos valores son racionalidad, imparcialidad, no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones futuras, respeto por la separación de poderes,

⁸⁹ Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, Duke University Press, Durham, 2008, p. 85.

⁹⁰ Jeremy Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review', *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346-1406.

legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad, y la prioridad de los derechos fundamentales.

La democracia deliberativa implica los valores de racionalidad e imparcialidad. Las decisiones políticas y jurídicas que resuelven problemas de coordinación social y moral son legítimas cuando se adoptan y se justifican mediante un proceso de deliberación que tiene en cuenta todos los argumentos relevantes. Esto sucede cuando la justificación se expresa de manera conceptualmente clara y en términos consistentes, y cuando se cumplen las exigencias de respaldo por premisas completas y exhaustivas, respeto de lógica y de las cargas de la argumentación que sean relevantes.⁹¹

El Estado de Derecho implica el principio de no arbitrariedad, previsibilidad de las decisiones de los jueces y de las autoridades políticas, el respeto a la separación de poderes y la imparcialidad. De acuerdo con el principio del Estado de Derecho,⁹² las decisiones judiciales de protección de los derechos fundamentales no pueden ser arbitrarias. Ellas deben poder fundamentarse en razones plausibles. Además, deben ser previsibles, de tal manera que individuos y autoridades puedan conocer el derecho aplicable. Aunado a ello, deben respetar la integridad de las competencias de las autoridades políticas.⁹³ En particular, las decisiones judiciales deben ser el resultado de un ejercicio legítimo del poder judicial que respete los márgenes de discrecionalidad de los representantes del pueblo en la toma de decisiones políticas. En una democracia representativa, la legitimidad asociada con la representación política mitiga la falta de certeza acerca de la idoneidad de las decisiones políticas, y acerca de las valoraciones normativas y empíricas relevantes que la adopción de tales decisiones implica. Por último, en el constitucionalismo, la protección de los derechos fundamentales tiene prioridad sobre otros bienes e intereses políticos colectivos e individuales.

(iii) La proporcionalidad como el mejor criterio

Esto nos conduce al último paso del argumento. El uso de este criterio faculta a los jueces para velar por los valores antes mencionados en mayor grado, en comparación con otros instrumentos.

⁹¹ *Cf.*: Carlos Bernal, «The Rationality of Balancing», op. cit.

⁹² Sobre la afirmación según la cual el Estado de Derecho excluye la arbitrariedad, *cf.*: Martin Krygier, «Rule of Law», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, op. cit., p. 235 y 241.

⁹³ T. R. S. Allan sostiene que cuando el estado de derecho se interpreta como un principio del constitucionalismo, implica el principio de separación de poderes. *Cf.*: *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, Capítulo 2.

En este punto el argumento que defiende la necesidad normativa del principio de proporcional se basa en la justificación en abstracto de su utilización y en la crítica a los instrumentos alternativos.⁹⁴ Existe una importante literatura acerca de estos dos aspectos. El principio de proporcionalidad protege la prioridad de los derechos fundamentales en mayor grado que el principio británico de razonabilidad.⁹⁵ Más aun, a diferencia del criterio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad tiene una estructura argumentativa racional y transparente.⁹⁶ El principio de proporcionalidad es también más imparcial y transparente que los análisis categóricos y que las teorías internas de los derechos fundamentales. Es un criterio con una estructura que de forma abierta tiene en cuenta todas las razones jurídicas, metodológicas y morales a favor y en contra de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales, así como los intereses de todas las partes que pueden verse afectadas por dicha limitación.⁹⁷ De esta manera, el principio de proporcionalidad permite que haya una crítica informada de las decisiones judiciales. A su vez, este principio impide decisiones arbitrarias atinentes a los derechos. Los jueces y las autoridades políticas deben justificar las limitaciones a los derechos fundamentales una vez que hayan considerado todos los argumentos e intereses en juego.⁹⁸ Por el contrario, las teorías categóricas e internas, y la idea de los derechos como triunfos, se preocupan únicamente por uno de los factores relevantes en el análisis de constitucionalidad, esto es, determinar si la esfera de la libertad que ha sido limitada por el estado se encuentra o no protegida por algún derecho fundamental.⁹⁹ Asimismo, las teorías absolutas del

⁹⁴ Sobre esta defensa, *cf.*: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit, p. 482-516.

⁹⁵ Como sostuvo Lord Diplock, en el caso *GCHQ*, el criterio de razonabilidad exige una clase de irracionalidad que solo puede tener lugar en una «decisión que sea tan atroz en su oposición con la sana lógica y la moral, que ninguna persona sensata pudiera haber llegado a esa conclusión». La exigencia de este grado extremo de irracionalidad socava la prioridad de los derechos fundamentales. *Cf.*: *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

⁹⁶ Véase: Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit, 375 s., 460 s.

⁹⁷ Véase: Kai Möller, «Proportionality: Challenging the Critics», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, 2012), p. 717 y 726.

⁹⁸ Matthias Kumm, «The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 1, núm. 4, 2010, p. 142-175.

⁹⁹ Mark Tushnet, «Comparative Constitutional Law», en Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1251.

contenido esencial de los derechos reducen el análisis de constitucionalidad a la pregunta de si existe una limitación de dicho contenido. El análisis conceptual del lenguaje de la constitución no puede dar cuenta ni de cuál es el contenido de los derechos fundamentales ni puede abarcar una deliberación acerca de todas las razones concernientes a la constitucionalidad de sus limitaciones. Paradójicamente, el uso de análisis conceptual para estos fines lleva a una menor protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁰ Además, el principio de proporcionalidad es más respetuoso de la separación de poderes y la democracia representativa, y hace posibles que las autoridades judiciales lleven a cabo el control de constitucionalidad en una manera más legítima que los criterios alternativos. La estructura del principio de proporcionalidad permite la inclusión de un análisis de los márgenes de discrecionalidad de las autoridades políticas.¹⁰¹ Asimismo, el principio de proporcionalidad alienta un diálogo entre los jueces, el legislador y el ejecutivo.¹⁰²

Por último, el empleo continuo del principio de proporcionalidad da lugar a resultados previsibles. Con el tiempo, las decisiones judiciales que utilizan este criterio construyen una red de precedentes que dan cuenta de las razones por las que cierto tipo de medidas son inadecuadas, innecesarias o desproporcionadas en sentido estricto. Esto permite que los derechos fundamentales sean aplicados de manera consistente y coherente.

Por otra parte, la necesidad normativa del principio de proporcionalidad tiene un mayor peso que las objeciones que el trasplante de este principio puede suscitar. Su necesaria conexión normativa con valores basados en el constitucionalismo, democracia y el Estado de Derecho hace poco plausible considerar que la migración de este principio sea contraria a la democracia, o que sea solo una estrategia judicial para manipular el contenido de la constitución. Finalmente, la naturaleza estructural de principio de proporcionalidad permite que surjan diferentes concepciones de este principio que se ajusten a distintos contextos. Esto hace posible reconocer márgenes nacionales de discrecionalidad específicos a cada jurisdicción,¹⁰³ así como también, que este criterio pueda usarse de consuno con otros criterios y conceptos jurídicos locales que no le sean incompatibles.

¹⁰⁰ Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 515 s.

¹⁰¹ Sobre el desarrollo de una teoría del principio de proporcionalidad dentro de los márgenes discrecionales del juez, *cfr.*: Matthias Klatt y Johannes Schmidt, «Epistemic Discretion in Constitutional Law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, num 1., 2012, p. 69-105.

¹⁰² Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, op. cit., p. 465 s.

¹⁰³ Sobre proporcionalidad y específicos márgenes discrecionales, *cfr.*: Julian Rivers, «Proportionality and Variable Intensity of Review», *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, p. 175.