

LA MIGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA*

Carlos BERNAL PULIDO

Sumario: I. *Introducción*. II. *Seis migraciones de la proporcionalidad a través de Europa*. III. *Una justificación de la migración del principio de proporcionalidad a través de Europa*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Un concepto de proporcionalidad*

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,¹ 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.² El sub-principio de necesidad exige

* Traducción del inglés por Rodrigo Camarena González.

¹ Sobre los diferentes conceptos de proporcionalidad véase: Bernhard Schlink, 'Proportionality (1)', en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 721. Véase también: Bomhoff, Jacco, "Genealogies of Balancing as Discourse", *L&EHR*, (1) 4 (2010), pp. 108-139.

² Algunos autores consideran que el sub-principio de idoneidad en realidad contiene dos elementos (la legitimidad del fin, y la adecuación fáctica de la intervención para alcanzar el fin) como diferentes sub-principios. Por ello, dichos autores consid-

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 que justifique el grado en que se limita el derecho.

2. *El debate sobre el principio de proporcionalidad*

La aplicación del principio de proporcionalidad ha generado una amplia discusión. Por un lado, reconocidos autores han adoptado este principio sin reparos. Por ejemplo, Beatty considera que el principio de proporcionalidad es “neutral”, “potencialmente racional”,³ y contiene la posibilidad de hacer que “el concepto jurídico de derechos sea el mejor posible”.⁴ Con base en estas premisas, Betty defiende a la proporcionalidad como “un criterio universal de la constitucionalidad”,⁵ la máxima expresión del Estado de derecho,⁶ y la regla de oro del derecho.⁷ 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 proporcionalidad⁸ y no existe ningún concepto alternativo que pudiera servir mejor que este para tal fin.⁹ De igual manera, Alexy sostiene que los jueces constitucionales no pueden evitar utilizar el principio de proporcionalidad. Para Alexy, este

eran que el principio de proporcionalidad está constituido por cuatro sub-principios. Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia J Transl Law*, 47 (2008), 75. Véase asimismo: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 3, y Barak, Aharon, “Proportionality (2)”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, núm. 1, p. 743. Barak distingue entre “fin adecuado” y “nexo causal racional” (*rational connection*). * A menos que se indique lo contrario todas las traducciones fueron realizadas por el traductor.

³ Beatty, David, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 171.

⁴ *Ibidem*, p. 174.

⁵ *Ibidem*, p. 162.

⁶ *Ibidem*, p. 185.

⁷ Beatty, David, “Law’s Golden Rule”, en Palombella, Gianluigi y Walker, Neil (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 103.

⁸ Véase *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, núm. 2, p. 3.

⁹ *Ibidem*, p. 8.

principio es la única manera racional en que se puede analizar la relación entre los derechos fundamentales y sus limitaciones.¹⁰ Finalmente, Garbbaum estima que el mandato de ponderación “refuerza adecuadamente el papel que las decisiones mayoritarias deben de tener en una democracia constitucional”.¹¹

Por otro lado, tanto en obras de la década pasada como en publicaciones previas,¹² 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”.¹³ Por su parte, Webber lamenta el hecho de que el principio de proporcionalidad haya creado un infundado “culto académica 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.¹⁴ Algunos jueces y juristas critican la ponderación y la consideran irracional. Otros autores deploran el uso de la proporcionalidad pues, según 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.¹⁵ Finalmente, una objeción común es que este principio permite al Poder Judicial inmiscuirse ilegíti-

¹⁰ Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 74.

¹¹ Gardbaum, Stephen, “A Democratic Defense of Constitutional Balancing”, *LE&EHR*, (1) 4, 2010, p. 78.

¹² Para un análisis crítico sobre la ponderación en el derecho constitucional estadounidense véase: Aleinikoff, Thomas Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale L. J.*, 96, 1987, pp. 943-1005.

¹³ Tsakyrakis, Stavros, “Proportionality: An Assault on Human Rights”, *I-COM*, (3) 7, 2009, p. 468.

¹⁴ Webber, Grégoire, “Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship”, *Can. J. L. Juris.*, 23, 2010, pp. 180, 190 y 191, y Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 88 y ss.

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, trad. de William Rehg, Cambridge, Mass, MIT Press, 1996, p. 254. Para un análisis de este aspecto, véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 131 y ss.

mamente 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.¹⁶

3. *En búsqueda de una justificación para la migración del principio de proporcionalidad*

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”.¹⁷ 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 varias 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 generales¹⁸ a los que el préstamo de conceptos constitucionales da lugar.¹⁹

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 tomar prestado este principio desde un sistema de derecho extranjero y trasplantarlo a otro sistema jurídico, en un tiempo determinado, y en un área del derecho en particular (por ejemplo, los derechos funda-

¹⁶ *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

¹⁷ Kumm, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *I·CON*, (2) 3, 2004, p. 595.

¹⁸ Sobre este punto, véase: Sujit Choudri, “Migration in Comparative Constitutional Law”, en Choudri, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 7 y ss.

¹⁹ Sin obviar las críticas que ha recibido, el presente ensayo utilizará el concepto ampliamente aceptado de préstamo constitucional (“*constitutional borrowing*”) para aludir a la importación de instituciones o conceptos jurídicos extranjeros, tales como el principio de proporcionalidad, a un sistema jurídico. Sobre las críticas al concepto de préstamo constitucional, véase Lane Scheppelle, Kim, “Aspirational and Aversive Constitutionalism: the Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models”, *I·CON*, (2) 1, 2003, pp. 296 y ss.

mentales, el control de la administración pública o el cumplimiento de tratados internacionales).

Hasta el momento, la mayoría de los estudios tanto nacionales como de derecho constitucional comparado han analizado el primer factor. 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.²⁰ Otros autores han propuesto variaciones a estos modelos,²¹ y han justificado el uso del principio de proporcio-

²⁰ 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. Alexy complementó este modelo en el epílogo de la traducción al inglés de la misma obra (Veáse: n. 10) 388-425. La aportación más relevante que encontramos en dicho epílogo es el análisis lógico de la ponderación a la luz de la, así llamada, “fórmula del peso” (*Infra* n. 64, p. 408) y sus teorías sobre los márgenes de discrecionalidad judicial (pp. 394-397 y 414-425). Alexy continuó desarrollando su fórmula del peso en: “The Weight Formula”, trad. de Bartosz Brożek y Stanley L. Paulson, en Stelmach, J. et al. (eds.), *Studies in the Philosophy of Law 3. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Kraków, Jagiellonian University, 2007, pp. 9-27. 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. Véase Barak, Aharon, “Proportionality and Principled Balancing”, *L&EHR*, (1) 4, 2010, p. 8; “Proportionality (2)” (n. 2), y, particularmente, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, n. 2, pp. 243-455.

²¹ Algunas posturas que pretenden mejorar el modelo de proporcionalidad propuesto por Alexy pueden encontrarse en: Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 7-14 y 45-85; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cap. 6; Ber-

nalidad 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.²²

A diferencia de dichas obras, este ensayo centra su atención 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 concepto jurídico en el contexto original, no explican, *per se*, su migración. El derecho constitucional es, en parte, una expresión de la identidad nacional.²³ Esta singularidad aplica no solo cuando analizamos 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 son antidemocráticos. 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 popular.²⁴ Otros

nal, Carlos, "The Rationality of Balancing", *Archiv für Rechts- und Sozial Philosophie*, 92 (2) 2006, pp. 195-208, y Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

²² Para un análisis sobre las ventajas del principio de proporcionalidad y las respuestas a sus críticos, véase *infra* Parte II, 2.2, (iii).

²³ Véase Jackson, Vicki C., "Being Proportional about Proportionality. The Ultimate Rule of Law", *Const. Commentary*, 21, 2004, p. 857.

²⁴ 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, véase Choudri, Sujit, "Migration

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.²⁵

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 través 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,²⁶ que atienden sobre todo a las razones estratégicas que los jueces tienen para utilizar este principio, hay 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 pueden darse para justificar el trasplante del principio de proporcionalidad,²⁷ y no el trasplante de algún otro concepto jurídico que pudiera fungir de manera similar.²⁸ 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?

4. Objeto y finalidad de la investigación

El objetivo principal del presente ensayo es responder estas preguntas para así poder comprender la migración del principio de proporcionalidad a

in Comparative Constitutional Law” (n. 19), pp. 7 y ss. Véase, asimismo, Saunders, Cheryl, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law (The George P. Smith Lecture in International Law)”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13 (1), 2006, pp. 37 y ss.

²⁵ Véase Perju, Vlad, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, n. 1, pp. 1321 y ss.

²⁶ Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, n. 2, pp. 97-158, y Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, n. 2, pp. 175-210.

²⁷ Como ha señalado Vlad Perju, cualquier préstamo constitucional exige una justificación normativa. Véase: “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, n. 24, pp. 1321 y ss.

²⁸ 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, véase: Epstein, Lee y Knight, Jack, “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”, *I-COM*, (2) 1, 2003, pp. 196 y ss.

través de Europa. 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 interpreten y se apliquen los derechos fundamentales. En contraste con dicha tesis, este ensayo defiende una justificación normativa para el trasplante del principio de proporcionalidad. La hipótesis central se divide en dos partes. 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.

Esta investigación tiene gran relevancia, tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Por un lado, si no existiera una justificación normativa para la migración del principio de proporcionalidad, entonces sería normativamente plausible que los países que aún no han utilizado este concepto rechazaran su importación.²⁹ Por otro lado, este artículo representa el análisis de un caso específico que puede iluminar el análisis y la evaluación de las migraciones de instituciones del derecho constitucional. En este sentido, esta investigación busca aportar fundamentos para la construcción de una teoría de los trasplantes constitucionales.³⁰ Asimismo, este ensayo busca contribuir a la reflexión sobre el objeto del derecho constitucional comparado en lo concerniente a la búsqueda de las “prácticas normativas más adecuadas”.³¹ Esta investigación persigue indagar si el uso del principio de proporcionalidad pertenece o no a este

²⁹ Por ejemplo, en Australia el análisis que ha efectuado su Tribunal Supremo en los casos recientes *Momcilovic v. Queen* y *Wotton, v. Queensland* ha revivido el debate sobre si el uso del principio de proporcionalidad por parte jueces representa o no un ejercicio legítimo del poder judicial. Véase: *Momcilovic v The Queen* [2011] HCA 34 and *Wotton, v. Queensland* [2012] HCA 2. De no haber justificación normativa para el trasplante del principio de proporcionalidad, la Corte tendría razones para rechazar la importación de este principio.

³⁰ Sobre la falta de dicha teoría y la necesidad de ella, véase Ran Hirlsh, “On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law”, *The Migration of Constitutional Ideas*, n. 23, p. 43.

³¹ Sobre este objetivo del derecho constitucional comparado, véase: Jackson, Vicki, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, n. 1, p. 70.

grupo de prácticas normativas más adecuadas, en particular, en el campo de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

Este ensayo está dividido en dos secciones con diferentes agendas y metodologías que, a pesar de ello, guardan una clara relación entre sí. La primera sección estudia, de manera analítica, la propagación del principio de proporcionalidad a través de Europa en seis migraciones.³² Debo advertir que un análisis de esta naturaleza implica llevar a cabo ciertas simplificaciones. Además, cabe decir, que las seis migraciones que analizan cómo el principio de proporcionalidad se ha expandido a través de diferentes sistemas jurídicos y áreas del derecho no son ni unidireccionales ni exclusivas. Sin embargo, esta simplificación es útil para entender ciertas tendencias relacionadas con la justificación del trasplante del principio de proporcionalidad y para identificar varios puntos en común que las tendencias guardan entre sí. La segunda sección tiene un enfoque normativo. Esta sección evalúa las diferentes justificaciones del trasplante concreto del principio de proporcionalidad en las seis migraciones mencionadas. Aquí también se evalúa la tesis de la necesidad conceptual y muestran sus debilidades. Luego, se defiende la hipótesis central de este ensayo, esta es, que el común denominador para las diferentes migraciones es la necesidad normativa del principio de proporcionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales.

II. SEIS MIGRACIONES DE LA PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA

1. *La primera migración: de la filosofía política al derecho*

La justificación subyacente del principio de proporcionalidad es que las limitaciones de los derechos fundamentales no pueden ser excesivas. Las limitaciones no pueden ir más allá de lo que es estrictamente necesario. Esta idea emergió originalmente en el campo de la filosofía política en tiempos de la Ilustración, en momentos en que se discutía el origen del Estado, y la justificación de la coerción. Los filósofos que defendían la teoría contractualista del derecho natural afirmaban que los seres humanos han sido

³² Sobre la relevancia del análisis de la historia de la migración de instituciones y conceptos constitucionales como un método de análisis del derecho constitucional comparado, véase, *id.*, 59.

dotados con libertad, y que esta libertad antecedió a toda asociación política. De acuerdo con la obra pionera de Locke, en el estado de naturaleza cada ser humano es “amo y señor de sí mismo y de sus posesiones”.³³ Todo individuo puede ejercer su libertad sin restricción alguna. Sin embargo, en este “estado de barbarie” —como lo llamaba Kant—, la libertad de los seres humanos es susceptible de una constante usurpación por la ley de la sobrevivencia del más fuerte.³⁴ Por lo tanto, los individuos se ven en la necesidad de adherirse a un pacto civil, por medio del cual someten el ejercicio de su libertad al imperio de la ley. A cambio, el Estado se obliga a proteger sus vidas, su libertad y sus propiedades.

Tres elementos políticos-filosóficos que fundamentan el principio de proporcionalidad se desprenden de esta conocida justificación del Estado. Primero, la libertad personal debe ser protegida en la sociedad civil como algo inherente a cada individuo. Segundo, el Estado tiene la facultad de restringir la libertad para satisfacer los derechos de otros y el interés común. Estos dos elementos dan lugar a una paradoja. Aquí será denominada la paradoja de la libertad. De acuerdo con esta paradoja, el Estado está facultado para limitar la libertad y, simultáneamente, la libertad debe ser protegida de las limitaciones estatales. La paradoja se puede resolver por medio de un tercer elemento. El Estado tiene el poder de limitar la libertad solo cuando es necesario y en la medida que esta limitación vaya encaminada a satisfacer exigencias que emanen de los derechos de otros individuos,³⁵ o del bien común.³⁶ Como corolario de estas tres premisas es posible afirmar que el mayor disfrute posible de la libertad debe ser la regla general, y las limitaciones estatales a la libertad deben ser la excepción y deben circunscribirse solo a alcanzar el fin perseguido por ellas.

³³ Locke, John, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Libro II, cap. 5, párr. 44, p. 298.

³⁴ Kant, Immanuel, “Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Purpose”, en Reiss, Hans (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. de H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991), 47.

³⁵ Según Kant: “El derecho no es más que la limitación de la libertad de unos, de tal manera que su libertad pueda coexistir con la mía de acuerdo con una ley universal”. Véase “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’” (trad. alt.), en Kant, Immanuel, *Kant: Political Writings*, n. 22, pp. 75-76.

³⁶ Locke afirma que el poder del legislador esta “limitado por el bien común de la sociedad”. Véase Locke, John, *Two Treatises of Government*, n. 21, Libro II, cap. XI, párr. 135, p. 357.

Estos elementos son base de la exigencia de que las limitaciones estatales a las libertades individuales deban ser proporcionadas. Una de las primeras ejemplificaciones de esta exigencia ética fue la observación de Beccaria, según la cual, las penas deben ser proporcionales a los delitos.³⁷ Posteriormente, la Asamblea Nacional de Francia reconoció esta exigencia como un derecho en el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fuera aprobada el 26 de agosto de 1789.³⁸

Sin embargo, no fue sino hasta el derecho prusiano del siglo dieciocho que regulaba el uso de la fuerza policiaca (*Polizeirecht*) cuando el principio de proporcionalidad se configuró como un criterio jurídico —y ya no solo como un principio político-filosófico para resolver la paradoja de la libertad—.³⁹ El artículo § 10 del apartado II del Título 17 del Código Civil Prusiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) de 1794 estableció que: “La policía adoptará las medidas necesarias para mantener la paz pública, la seguridad y el orden”.

La obra de Carl Gottlieb von Svarez, quien sentara las bases generales del principio de proporcionalidad, fue sumamente relevante para la aprobación y la interpretación de esta disposición, que después sería considerada como la piedra angular del derecho prusiano administrativo.⁴⁰ Svarez sostuvo que “un principio esencia del derecho público” es que “el Estado se encuentra autorizado para limitar la libertad personal solo cuando es necesario para hacer compatibles la libertad y la seguridad”.

³⁷ Cesare Beccaria escribió: “Mientras más se opongan los delitos al bien común, y mayor sean los incentivos para cometerlos, mayor deben ser los obstáculos que lo impidan. Este principio establece la necesidad de una proporcionalidad entre los delitos y las penas”. Véase Beccaria, Cesare, *Crimes and punishments: Including a New Translation of Beccaria's 'Dei Delitti E Delle Pene'*, 2a. ed., trad. de James Anson Farrer, Londres, Chatto & Windus, 1880, p.196. La exigencia de sanciones proporcionadas ya había sido aceptada por la filosofía antigua y el derecho romano. Sobre este punto, véase Wieacker, Franz, “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung”, en Lutter, Marcus *et al.* (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin y Nueva York, W. de Gruyer, 1979, pp. 867 y ss.

³⁸ Este artículo establece: “La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias...”.

³⁹ Para un análisis del contexto político y jurídico del derecho prusiano de policía durante el siglo XVIII, véase Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, C. H. Beck, 1988, vol. 1, pp. 386 y ss.

⁴⁰ Sobre el concepto de proporcionalidad como un principio del derecho Prusiano de Policía y su difusión en todo el derecho alemán Administrativo, véase Merkl, Adolf Juilius, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienna-Berlin, Springer, 1927, pp. 249 y ss.

Svarez también consideraba que la legitimidad de cualquier limitación estatal a las libertades individuales depende de su intensidad e idoneidad para alcanzar el fin perseguido por la autoridad pública.⁴¹ Además, señaló que es necesario considerar que no cualquier fin justifica la limitación de las libertades individuales por parte de la autoridad. El Estado cuenta con una justificación mayor cuando su intención es evitar daños o disminuir un riesgo inminente —en otras palabras, existe una justificación mayor cuando el Estado actúa en defensa de la sociedad— que cuando éste se mueve con el propósito de “promover el bienestar de la comunidad o conseguir un fin estético, o fomentar metas secundarias de naturaleza similar”. Finalmente, Svarez también escribió que “el daño evitado por la limitación de la libertad debe ser considerado más importante que la restricción que dicha limitación causa en la comunidad y en los individuos”.⁴² Este último postulado traza la base para el contenido del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

2. *La segunda migración: la expansión en el derecho administrativo europeo*

Desde que el principio de proporcionalidad fue concebido en el derecho prusiano de Policía, su uso se ha ampliado y expandido a lo largo del derecho público europeo. Este criterio jurídico adquirió relevancia en las más variadas áreas del derecho prusiano administrativo en el siglo XIX. Un factor determinante para esta expansión, relacionado con la paradoja de la libertad, fue el consenso general sobre la idea según la cual los actos de autoridad deben respetar las libertades inherentes de los individuos, y que la intensidad de todas y cada una de las limitaciones a dichas libertades debe perseguir un fin legítimo. De esta manera, por ejemplo, Mayer escribía a finales del siglo XVIII que “los derechos naturales exigen que el uso de la fuerza policiaca ejecutada por el gobierno sea proporcionada”.⁴³

⁴¹ Sobre este concepto que sería la base para el sub-principio de idoneidad, y su desarrollo en el derecho prusiano de policía, véase, también, Remmert, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg, C. F. Müller, 1995, p. 200.

⁴² Véase Gottlieb von Svarez, Carl, *Vorträge über Recht und Stadt (1791)*, eds. Hermann Conrad y Gerd Kleinheyer, Cologne y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1960; *Wissenschaftliche Abhandlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen*, vol. 10, pp. 486 y ss.

⁴³ Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht (1895)*, Berlín, Dunker & Humblot, vol 1, 2004, pp. 267 y ss.

Con el objeto de controlar este tipo de proporcionalidad, los tribunales empezaron a proteger la libertad, como una forma de derecho natural. La creación de una Jurisdicción Administrativa independiente, el Tribunal Superior Administrativo Prusiano (*Oberverwaltungsgericht*), fue otro elemento que contribuyó a la expansión del principio de proporcionalidad. Este tribunal empezó a funcionar en 1875, y constantemente invocaba la violación al principio de proporcionalidad como razón para anular medidas coercitivas que limitaban los derechos individuales de manera excesiva.⁴⁴ El Tribunal Superior Administrativo Prusiano comprendió el principio de proporcionalidad como en los términos del sub-principio de necesidad; es decir, como un criterio para asegurarse que las libertades se limiten en realidad con el medio menos gravoso.⁴⁵ Gracias a estos elementos, para finales del siglo XIX y principios del XX, el principio de proporcionalidad era ya un principio general del derecho administrativo alemán.⁴⁶

Después de la aprobación de la Ley Fundamental Alemana, Rupperecht von Krauss por primera vez analizó el principio de proporcionalidad como un concepto formado por sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴⁷ Con posterioridad, Peter Lerche desarrolló esta concepción acerca de la estructura de este principio.⁴⁸ Sin embargo, Lerche denominó a la proporcionalidad como “prohibición del exceso”, y dividió su estructura en solo dos sub-principios: necesidad y

⁴⁴ Para un detallado recuento histórico de la evolución del principio de proporcionalidad durante los siglos XVIII y XIX, véase Remmert, Barbara, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, n. 41, pp. 200 y ss., y Lerche, P. *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Cologne *et al.*, Carl Heymanns, 1961, pp. 234 y ss.

⁴⁵ Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad que ha hecho el Tribunal Superior Administrativo Prusiano, véase: Stern, Klaus, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes”, en Badura, P. y Scholz, R. (eds.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 1993, p. 168.

⁴⁶ Hirschberg, Lothar, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1981, pp. 4 y ss.

⁴⁷ Véase Rupperecht von Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, Appel, 1955, pp. 14 y ss.

⁴⁸ Véase: Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit* (n. 44), 19 s.

proporcionalidad en sentido estricto. Lerche consideraba que las exigencias del sub-principio de idoneidad se encontraban implícitas en los otros dos sub-principios. Estas bases conceptuales de la proporcionalidad serían de suma relevancia para la jurisprudencia de diversos países. Desde la Segunda Guerra Mundial, los jueces administrativos de Alemania y Suiza han utilizado el principio de proporcionalidad para llevar a cabo el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos.⁴⁹

En los últimos sesenta años, la aplicación de la doctrina alemana de proporcionalidad ha proliferado en varios países europeos a lo largo de diversos campos del derecho administrativo que protegen derechos individuales, ya sean de índole constitucional o legal. Por ejemplo, las jurisdicciones francesa, italiana y española utilizan este principio como un criterio para controlar la legalidad de los actos de la administración pública, en especial, la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales.⁵⁰ A pesar de que el principio de proporcionalidad no está tipificado en ninguna disposición positiva del derecho administrativo francés, la jurisdicción contencioso-administrativa lo aplica implícitamente con bastante frecuencia.⁵¹ Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se

⁴⁹ Sobre el papel que el principio de proporcionalidad ha desempeñado en el derecho administrativo alemán a partir de 1949, véase: Henning Lohmann, Hans, “Die Praktikabilität des Gesetzesvollzugs als Auslegungstopos im Verhältnismäßigkeit”, *AöR*, 110, 1975, pp. 415 y ss.; Jakobs, Michael Ch., “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit”, *DVBl*, 1985, pp. 97 y ss.; Erich Dahlinger, “Gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Bereich der Leistungsverwaltung?”, *DöV*, (1966), 818 s. Sobre la utilización de este principio en el derecho administrativo suizo, véase: Huber, Hans, “Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht”, *Festschrift für Robert Fischer*, núm. 37, pp. 1 y ss.

⁵⁰ Sobre la utilización del principio de proporcionalidad como un criterio para el ejercicio de poderes discrecionales en el derecho francés, véase: Philippe, Xavier, *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*, Aix-en-Provence: Economica- PUAM, 1990, p. 261. Philippe subraya que, gracias a su “versatilidad”, el principio de proporcionalidad simplifica el control de la constitucionalidad sobre el ejercicio de poderes discrecionales, dado que permite que los jueces establezcan un equilibrio entre el ejercicio de esa facultad, y el sometimiento de las autoridades al derecho.

⁵¹ En relación con la utilización implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, Xavier Phillippe advierte que “el juez francés —ya sea de la jurisdicción administrativa u ordinaria— siempre ha decidido evitar usar el término [proporcionalidad]. Sin embargo, ha aplicado este concepto mediante el recursos a conceptos similares, paráfrasis o sinónimos”. No obstante, el mismo autor reconoce que esta tendencia empezó a cambiar en la última década del siglo XX, como consecuencia de la influencia que las decisiones del Tribunal Europeo

integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado.⁵² En cambio, en el derecho administrativo italiano, este principio ha comenzado a aplicarse como criterio autónomo. No obstante, en algunas ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos.⁵³ Finalmente, el principio de proporcionalidad es ahora un principio general del derecho administrativo español, un campo en el que la tradición jurídica alemana siempre ha sido relevante.⁵⁴

3. *La tercera migración: del derecho administrativo al derecho constitucional*

La utilización del principio de proporcionalidad ha evolucionado en Europa especialmente en el campo del derecho constitucional. El primer capítulo de la Ley Fundamental Alemana (1949) institucionalizó la protección de la libertad por medio de un catálogo de derechos fundamentales. Al mismo tiempo, la Constitución facultó a las autoridades políticas para limitar estos derechos, y estableció un Tribunal Constitucional con la atri-

de Derechos Humanos, y del Tribunal de Justicia Europeo han tenido en los jueces franceses. Esto llevó a tales jueces a reconocer de manera explícita y directa el uso del principio de proporcionalidad. Véase “El principio de proporcionalidad en el derecho público francés”, *Cdp*, 5 (1998), 256.

⁵² Véase Xynopoulos, George, *Le Contrôle de Proportionnalité dans le Contentieux de la Constitutionnalité et de la Legalité en France, Allemagne et Angleterre*, París, L.G.D.J., 1995, p. 64; Guy Braibant, “Le Principe de Proportionnalité”, en *Mélanges Offerts à Marcel Waline, le Juge et le Droit Public*, París: L.G.D.J., 1974; Teitgen, Francis, “Le Principe de Proportionnalité en Droit Français”, en *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Europäische Rechtsordnung*, ed. Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission, Heidelberg, C. F. Müller, 1985, pp. 61 y ss.

⁵³ Véase Villamena, Stefano, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milán, Giuffrè, 2008; Urania Galleta, Diana, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1998; Sandulli, Aldo, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padua, Cedam, 1998; Sandulli, Aldo, “Eccesso di Potere e Controllo di Proporzionalità. Profili Comparati”, *RTDP*, 2, 1995, pp. 360 y ss.

⁵⁴ Véase, entre otros, Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; López González, José Ignacio, “El principio de proporcionalidad en derecho administrativo”, *Cdp*, 5, 1998, pp. 143-158.

bución de analizar la constitucionalidad de las limitaciones que a ellos se impongan. De esta manera, la paradoja de la libertad se incorporó al campo de los derechos fundamentales.

No muchos años después de que fuera aprobada la Ley Fundamental Alemana, el Tribunal Constitucional empezó a utilizar el principio de proporcionalidad como un criterio para resolver esta paradoja. Como han sostenido Alec Stone Sweet y Jud Mathews, desde el punto de vista de la ciencia política, ciertos factores explican por qué el Tribunal empezó a utilizar este principio.⁵⁵ Primero, los componentes básicos del principio de proporcionalidad ya se encontraban presentes en la cultura jurídica alemana. Segundo, la mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional Alemán eran académicos familiarizados con el principio de proporcionalidad. Por último, gracias que la mayoría del pueblo alemán quería dejar atrás la era Nazi, el Tribunal contaba con una enorme legitimación en su compromiso para fungir como guardián de los derechos fundamentales. Asimismo, vale la pena enfatizar que la Ley Fundamental Alemana también salvaguardaba este compromiso. La Ley Fundamental no solo reconoció un catálogo de derechos fundamentales (artículos 1 a 19, 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104), y creó el Tribunal Constitucional Federal (artículo 93 y 94), sino que también estableció dos medios de control de la constitucionalidad mediante los cuales pueden controlarse las limitaciones a los derechos fundamentales. Existe un procedimiento en abstracto para el control constitucional de leyes (artículo 93 (1) n. 2), y un procedimiento para el análisis concreto de la constitucionalidad mediante la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 100.1), y la llamada queja o amparo constitucional (*Verfassungsbeschwerde*, artículo 93 (1) n. 4a).⁵⁶

En la sentencia dictada en el caso de las farmacias (*Apothekenurteil*) (del 11 de junio de 1958), el Tribunal Federal Constitucional Alemán inauguró el empleo de la doctrina de la proporcionalidad.⁵⁷ En este caso, un

⁵⁵ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, núm. 2, p. 108.

⁵⁶ La queja o amparo constitucional es un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales. Cualquier individuo está legitimado para denunciar la violación de sus derechos fundamentales. Este proceso faculta al Tribunal Constitucional Federal y a los otros Tribunales Constitucionales Estatales para analizar la proporcionalidad de las limitaciones de los derechos fundamentales en casos particulares.

⁵⁷ El Tribunal Constitucional Alemán había hecho una breve mención sobre este principio seis años antes (véase la sentencia BVerfGE 1, 167 en 178 (1952)). El caso trataba de una ley del estado de Renania del Norte-Westfalia que regulaba asuntos

farmacéutico, impugnó mediante el recurso de queja o amparo constitucional, una decisión del gobierno de Alta Baviera, expedida con fundamento en el artículo 3.1 de una ley de 1952 sobre la regulación de las farmacias en Baviera. El recurrente consideró que la negación por parte del gobierno de un permiso para la apertura de una farmacia en Traunreut vulneraba su libertad de elección profesional, garantizada por el artículo 12.1 de la Constitución. La citada ley establecía las exigencias para la apertura de toda nueva farmacia. Las exigencias se referían a la calificación del solicitante, a razones de interés sanitario y a condiciones económicas y de competencia comercial con otros establecimientos de la misma índole. La resolución administrativa recurrida se basó estrictamente en los términos de esta regulación legal.

El gobierno de Alta Baviera consideró que el interés público no exigía la apertura de una farmacia y que, por el contrario, dicha apertura restringiría en un 40% los potenciales beneficios económicos de las farmacias ya existentes, a causa de una insuficiente demanda de productos farmacéuticos. Por lo tanto, la nueva farmacia no solo carecía de viabilidad suficiente, sino que además pondría en peligro a las farmacias existentes en la zona. Para resolver este caso, el Tribunal Federal Constitucional Alemán estudió la constitucionalidad del artículo 3.1 de la Ley de Farmacias en Baviera y lo declaró inconstitucional. Después de llevar a cabo un repaso histórico sobre las razones que sustentan la necesidad de regular públicamente la apertura y el funcionamiento de las farmacias (este análisis no era otra cosa sino el análisis de la legitimidad del fin de la limitación del derecho fundamental), y después de considerar la naturaleza y alcance del derecho a elegir y ejercer una profesión, el Tribunal sostuvo que el principio de proporcionalidad era un criterio adecuado para resolver el caso. El Tribunal estableció que cuanto mayor sea la afectación en la órbita del individuo, mayor debe de ser el interés público que la justifique.⁵⁸ Asimismo, el Tribunal señaló que la órbita de la libertad individual solo puede ser limitada con el medio más benigno,⁵⁹ y enunció la teoría de los niveles de intervención legislativa en los derechos fundamentales. Según esta teoría:

El legislador debe efectuar regulaciones al artículo 12.1.2 en el nivel que implique la menor intervención en la libertad de elección de profesión, y solo

electorales. Véase Grimm, Dieter, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *U. Tor L. J.*, 57, 2007, p. 385.

⁵⁸ BVerfGE 7, 377 (408).

⁵⁹ *Ibidem*, 405.

puede pasar al siguiente nivel, cuando pueda ser evidenciado con alta probabilidad, que los peligros temidos no pueden ser conjurados efectivamente con las medidas constitucionales pertenecientes al nivel anterior.⁶⁰

Esta sentencia del Tribunal Constitucional Federal inauguró la tendencia según la cual el principio de proporcionalidad constituye la piedra angular sobre la que deben descansar las decisiones de control de constitucionalidad en Alemania. En 1963, en un caso en el que se analizó el derecho a la integridad física, el Tribunal declaró que el principio de proporcionalidad debe ser aplicado en todos los casos en que el Estado limita la “esfera de libertad individual”.⁶¹ El tribunal ha insistido en esta idea y ha desarrollado toda una doctrina en innumerables decisiones posteriores.⁶² De acuerdo con esta línea jurisprudencial, cualquier intervención en un derecho constitucional que no cumpla con las exigencias del principio de proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional.⁶³

4. *La cuarta migración: del derecho constitucional alemán al derecho comunitario europeo, y al derecho europeo de los derechos humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁴ y el Tribunal Europeo de

⁶⁰ *Ibidem*, 409, trad. del alemán de Carlos Bernal Pulido.

⁶¹ BVerfGE 16, 194 at 201.

⁶² Para un análisis de las sentencias más relevantes del Tribunal Constitucional Federal Alemán en materia del principio de proporcionalidad, véase Michael, Lothar, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, 9, 2001, pp. 866 y ss.

⁶³ Sobre el principio de proporcionalidad en el derecho alemán actual en el campo del control de la constitucionalidad, véase, entre muchos otros: Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, núm. 10, pp. 66-69, y 394-414; Alexy, Robert, “Balancing, Constitutional Review and Representation”, *I-COJ*, 3 (2005), 572-581; Laura Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (n. 20); Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.

⁶⁴ Sobre el uso del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase: Arai-Takahashi, Yukata, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen-Oxford-Nueva York, Intersentia, 2001; McBride, Jeremy, “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, en Ellis, Evelin (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, pp. 23 y ss.; Letsas, George, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford J. Legal. Stud.*, 26, 2006, pp. 711 y ss.; Steven Greer, “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford J. Legal. Stud.*,

Justicia⁶⁵ han seguido los pasos de la jurisprudencia alemana. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza el principio de proporcionalidad como un criterio para determinar si las limitaciones hechas por los Estados miembros del Consejo de Europa violan o no los derechos individuales protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos. Es en este contexto que el principio de proporcionalidad es particularmente relevante para determinar si los Estados han rebasado el llamado “margen de apreciación”, es decir, el espacio discrecional que tienen para implementar los derechos previstos por la Convención, en consideración de las particularidades de cada nación. El Tribunal Europeo de Justicia aplica el principio de proporcionalidad como criterio para analizar dos tipos de medidas, aquellas adoptadas por las instituciones de la Unión Europea y las medidas tomadas por los Estados miembros. En este campo, el principio de proporcionalidad es utilizado, sobre todo, como un criterio para resolver casos asociados con la legalidad de las intervenciones de los Estados miembros en las “cuatro libertades fundamentales” de la Unión Europea (libre circulación de mercancías, de trabajadores, de servicios, y de capitales),⁶⁶ y para analizar si las limitaciones impuestas a dichas libertades por las ins-

23, 2003, pp. 409 y ss.; Drooghenbroeck, Sébastien van, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 2001; Fernández Nieto, Josefa, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Madrid, Dykinson, 2009; Fassbender, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”, *Cdp*, 5, 1998, pp. 52 y ss.

⁶⁵ Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, véase: Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, caps. 3, 4 y 5; Emiliou, Nicholas, *The Principle of Proportionality in European Law, A Comparative Study*, Londres, The Hague and Boston, Kluwer, 1996, caps. 4, 5, 6 y 7; Jacobs, Francis G., “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, núm. 63, pp. 1 y ss.; Harbo, Tor-Inge, “The Function of the Principle of Proportionality in EU Law”, *ELJ*, (2) 16, 2010, pp. 171 y ss.; Koch, Oliver, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003; Emmerich Fritsche, Angelika, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG – Rechtssetzung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, p. 96 f; Georgiadou, Anna N., “Le Principe de la Proportionnalité dans le Cadre de la Jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne”, *ARSP*, 4, 1995, pp. 532 y ss.

⁶⁶ Sobre el principio de proporcionalidad en este ámbito, véase: Jukka Snell, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship Between the Freedoms* (Oxford: Oxford University Press, 2002) 194 s.; Jan H. Jans, ‘Proportionality Revisited’, *LIEI*, (3) 27 (2000), 239 s.; y Stefan Enchelmaier, ‘Four Freedoms, How Many Principles?’, *Oxford J. Legal. Stud.*, 24 (2004), 169 s.

tuciones comunitarias están justificadas.⁶⁷ También existe una mención especial al principio de proporcionalidad en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada en Niza (Francia) el 7 de diciembre de 2000. Este artículo establece lo siguiente:

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta debe ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.⁶⁸

5. *La quinta migración: del derecho comunitario y el derecho europeo de los derechos humanos al derecho constitucional nacional de los países europeos*

La utilización del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Justicia ocasionó la migración del principio al derecho constitucional de virtualmente todos los países europeos. La causa principal es la obligatoriedad que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal comunitario tienen en las jurisdicciones nacionales. Por un lado, los tribunales constitucionales han trasplantando el principio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al campo de la protección de los derechos nacionales. Por otro lado, los tribunales y jueces han tomado la doctrina de proporcionalidad, tal y como la ha diseñado el Tribunal Europeo de Justicia, como una

⁶⁷ Asimismo, el Protocolo para la implementación del Tratado de Ámsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establece lo siguiente:

“Al ejercer las competencias que le han sido conferidas cada institución... garantizará el respeto del principio de proporcionalidad, según el cual ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado”. Texto en original de la versión en español

⁶⁸ *Texto original de la versión en español. Sobre la relevancia de este artículo para la protección de los derechos fundamentales dentro del marco del Derecho Comunitario, véase: Borowski, Martín, “Limiting Clauses. On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause Art. 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Leg.*, 1, 2007, pp. 199-240.

manera de garantizar el principio de supremacía del derecho comunitario. Este principio consiste en que, en caso de conflicto entre normas de derecho comunitario y normas de los Estados miembros, debe prevalecer el primero.⁶⁹ Esto ha hecho que el principio de proporcionalidad se haya convertido en un criterio para el control de la constitucionalidad en España,⁷⁰ Francia,⁷¹ Italia,⁷² Portugal,⁷³ Bélgica,⁷⁴ Austria,⁷⁵

⁶⁹ Sobre el principio de supremacía como una causa de la expansión del principio de proporcionalidad, véase: Favret, Jean Marc, “La Primauté du Principe Communautaire de Proportionnalité sur la Loi Nationale”, *RFDA*, 2, 1997, pp. 389 y ss.

⁷⁰ Véase Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit.; Gonzalez Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2003. El Tribunal Constitucional Español empezó a aplicar el principio de proporcionalidad, como lo habían desarrollado el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Tribunal Europeo de Justicia a partir de la sentencia STC 66/1995. Otros fallos relevantes son las sentencias 55/1996, 161/1997, 136/1999, 261/2005, 300/2005, 327/2005, 11/2006, y 90/2006.

⁷¹ Véase Goessel-le-Bihan, Valérie, “Réflexion Iconoclaste sur le Contrôle de Proportionnalité Exercé par le Conseil Constitutionnel”, *RFDC*, 30, 1997, pp. 227 y ss. Esta autora distingue entre el principio de proporcionalidad como lo había aplicado el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) hasta finales del año 1990, y la manera en que se empezó a aplicar a partir del 6 de diciembre de 1990, 10 de enero y 6 de julio de 1994. Goessel-le-Bihan sostiene que es solo en la versión más reciente del principio de proporcionalidad cuando este se entiende como un concepto formado por los sub-principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

⁷² Un sector importante de los constitucionalistas italianos consideran que el principio de proporcionalidad es una expresión del principio de *ragionevolezza* (razonabilidad). Véase Morrone, Andrea, “Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness”, en Bongiovanni, Giorgio *et al.* (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 215 y ss.; Scaccia, Giuseppe, *Gli ‘strumenti’ della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000, pp. 348 y ss.; Zagrebelsky, Gustavo, *Giustizia Costituzionale*, 2a. ed., Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 147 y ss.

⁷³ Véase Vaz, M. A., “O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações”, en Miranda, Jorge (ed.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Almedina, 1996, vol. II, pp. 323 y ss.; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 259 y ss.; Costa Leão, Anabela, *Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*, Coimbra, Almedina, 2001.

⁷⁴ Véase Brammer, Gernot, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Deutschem und Belgischem Recht*, Aachen, Shaker Verlag, 2000.

⁷⁵ Véase Pollak, Christiana, *Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungs-*

Grecia,⁷⁶ Suiza,⁷⁷ y más recientemente, en los países de Europa oriental como Bulgaria, Croacia, Lituania, Eslovaquia, Eslovenia, la República Checa,⁷⁸ Polonia, Estonia, Hungría, y Rumania.⁷⁹

6. *La sexta migración: del derecho comunitario europeo y derecho europeo humanitario al derecho británico*

Incluso el sistema jurídico británico, a pesar de sus marcadas diferencias con el derecho continental europeo, ha participado en este proceso de convergencia en el uso del principio de proporcionalidad. Es bien cierto que la idea de razonabilidad (*reasonableness*) ha formado parte de la cultura jurídica británica al menos desde del siglo XIX.⁸⁰ También es cierto que, a partir del caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corporation* (1948),⁸¹ el principio de irrazonabilidad manifiesta (*manifest unreasonableness*)

gerichtshofs, Baden-Baden, Nomos, 1991; Stelzer, Manfred, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Viena, Springer, 1991.

⁷⁶ El principio de proporcionalidad fue incorporado de manera expresa en el artículo 25 párrafo 1 de la Constitución de Grecia (en la reforma constitucional de 2011): “Cualquier restricción, que con base en la Constitución, pueda imponerse sobre estos derechos [los derechos del ser humano] debe de establecerse en la Constitución o en una ley, cuando se establezca en la ley, esta debe de respetar el principio de proporcionalidad”. Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho griego como criterio para el control de la constitucionalidad, véase Orfanoudakis, Sarantis K. y Kokota, Vasiliki, “The Application of the Principle of Proportionality in Greek and Community Legal Order: Similarities and Differences”, *HREL*, 4, 2007, pp. 691-720.

⁷⁷ Véase Zimmerli, Ulrich, “Schlußwort auf der 112 Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins zum Thema ‘Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht’”, *ZSR*, (II) 97 (1978), 559 s.; Furgler Kurt, “Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Öffentlichen Recht”, *ZSR*, (II) 97 (1978), 555 s.

⁷⁸ Véase Holländer, Pavel, “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur?”, en Sieckmann, Jan R. (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 179-195.

⁷⁹ Véase Sadurski, Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Post-Communist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht: Springer, 2005, pp. 266 y ss., y Sadurski, Wojciech, “Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations?”, *Israel L. Rev.*, (3) 42, 2009, p. 519.

⁸⁰ Sobre los orígenes de la idea de razonabilidad en el derecho británico, particularmente en los campos del derecho de daños, derecho administrativo, y derechos Humanos, véase Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, *Cam. L. J.*, (1) 63, 2004, pp. 167 y ss.

⁸¹ *Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

se ha convertido en un criterio utilizado en el derecho administrativo. De acuerdo con este principio, los jueces solo pueden anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos, cuando superen cierto umbral de irracionalidad, que haga incomprensible sus finalidades y su sentido. Sin embargo, solo algunos aspectos del principio de razonabilidad, en su sentido original, tienen zonas de intersección con el principio de proporcionalidad. Craig está en lo correcto cuando afirma que llegar al nivel de irracionalidad que el principio de razonabilidad presupone es en realidad bastante difícil.⁸² El principio de irrazonabilidad manifiesta es menos estricto que el de proporcionalidad. Como Lord Ackner señaló en el caso *Brind* [1991], el principio de proporcionalidad es un “parámetro diferente y más estricto que el principio de irrazonabilidad”.⁸³

La importación del principio de proporcionalidad en el derecho británico es una consecuencia directa de la influencia de derecho comunitario europeo.⁸⁴ En 1985, un *dictum* de Lord Diplock propuso “la posible adopción del principio de proporcionalidad, concepto reconocido en el derecho administrativo de otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea”.⁸⁵ No obstante, en la sentencia del caso *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind*, en 1991 la Cámara de los Lores se pronunció en contra de la importación de la doctrina de proporcionalidad en el derecho británico.⁸⁶

Después del caso *Brind*, no hubo consenso entre juristas ni jueces sobre la viabilidad de la importación del principio de proporcionalidad en el derecho del Reino Unido. A pesar de ello, algunos jueces ingleses han seguido utilizando este principio e incluso lo han preferido al principio de razonabilidad. Tal y como lo ha notado Hickman, esto sucedió por ejemplo cuando la Corte de Apelaciones propuso “abandonar” el principio *Wednesbury* de razonabilidad, y en su lugar prefirió utilizar “un

⁸² Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, n. 52, p. 94.

⁸³ *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Brind* [1991] 1 AC 696.

⁸⁴ Véase, entre muchos otros: Levitsky, Jonathan E., “The Europeanization of the British Legal Style”, *Am. J. Comp. L.*, 42, 1994, p. 376.

⁸⁵ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 410.

⁸⁶ En este caso se analizaron ciertas directrices emitidas por el secretario del interior, que limitaban la difusión de mensajes terroristas en televisión. En particular, se ordenaba que las voces de terroristas fueran dobladas por un actor. Siete periodistas y un representante del gremio impugnaron estas medidas. Los demandantes argumentaron que restringir la difusión directa de los mensajes era desproporcionada de acuerdo con el fin perseguido, o sea, la lucha en contra del terrorismo.

principio general de proporcionalidad”.⁸⁷ Craig y De Búrca coinciden en que este último principio fue aplicado de manera consistente, en especial, en casos —como *IFT*⁸⁸ e *International Stock Exchange*—⁸⁹ en los que el derecho comunitario debía ser aplicado.⁹⁰

Sin embargo, a finales de los años noventa, el principio de razonabilidad sufrió una transformación y experimentó un cierto grado de revitalización.⁹¹ En esta nueva forma, llamada “super-Wednesbury”, el principio de irrazonabilidad exigía a los tribunales llevar a cabo un análisis más estricto de los actos administrativos. Les imponía desplegar un “escrutinio escrupuloso”, un “nivel reforzado de escrutinio” o un “control riguroso” de los mismos.⁹² De esta manera, el principio “super-Wednesbury” ya no exigía que el acto administrativo fuera absurdo o despótico para que el juez pudiera declarar injustificada a la limitación de los derechos fundamentales en juego.⁹³ No obstante, este principio no podía garantizar el mismo nivel de protección que el principio de proporcionalidad sí ofrece. En el caso *Smith*,⁹⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que aun aplicando el criterio super-Wednesbury “los jueces nacionales se encontraban efectivamente impedidos para analizar si la limitación de los derechos respondía a una demanda colectiva apremiante o si era proporcionada... a los fines perseguidos”. Este fallo evidenció que la Convención Europea de Derechos Humanos exigía el uso del principio de proporcionalidad y no del criterio de razonabilidad.

⁸⁷ Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, núm. 70, p. 182.

⁸⁸ *R. v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd* [1999] 1 All ER 129, 157.

⁸⁹ *International Stock Exchange case: R. v. International Stock Exchange, ex parte Else* [1992] BCC 11.

⁹⁰ Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in UK Law”, núm. 81, p. 89. Véase también: Grainne de Búrca, “Proportionality and Wednesbury Unreasonableness: The Influence of European Legal Concepts on U.K. Law”, *EPL*, (3) 4, 1997, pp. 577 y ss.

⁹¹ Craig, Paul, “Unreasonableness and Proportionality in U.K. Law”, núm. 81, p. 95.

⁹² Sobre la aplicación del criterio de “super-Wednesbury” en materia de derechos humanos, véase Hickman, Tom R., “The Reasonableness Principle: Reassessing Its Place in the Public Sphere”, núm. 70, pp. 185 y ss.

⁹³ Sobre este y otros criterios de razonabilidad en materia judicial, véase Le Sueur, Andrew, “The Rise and Ruin of Unreasonableness”, *JR*, 10, 2005, pp. 39 y ss.

⁹⁴ *Smith & Grady v. United Kingdom* (App 33985/96 and 33986/96) [1999] 29 E.H.R.R. 493, at 138

La promulgación de la Ley de Derechos Humanos de 1998 robusteció la aplicación del principio de proporcionalidad. Esta ley preparó el camino para que la doctrina de proporcionalidad constantemente utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuera relevante para las decisiones de las autoridades y jueces del Reino Unido. El artículo 6o. de esta ley establece que “se considerará ilegal el actuar de cualquier autoridad pública [a excepción del Parlamento] que sea incompatible con los derechos previstos por la Convención”.⁹⁵ El artículo 2o. le otorga valor vinculante en el Reino Unido a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que los tribunales británicos “deben considerar cualquier sentencia, declaración u opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre que sea necesario interpretar un derecho de la Convención”. Por lo tanto, las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —incluyendo aquellas que exponen la doctrina del principio de proporcionalidad— son una fuente de derecho.⁹⁶

Como consecuencia de estos cambios, en el caso *Daly*, la Cámara de los Lores aceptó expresamente el criterio de proporcionalidad como un principio del derecho público británico, en especial, en lo concerniente con la aplicación de los derechos de la Convención.⁹⁷ Después de distinguir entre el principio de proporcionalidad y el principio de irrazonabilidad, Lord Steyn aseguró que era “importante que los casos que involucran los derechos de la Convención se analicen de la manera adecuada”, o sea, mediante el principio de proporcionalidad. Los demás jueces concordaron con su opinión. Desde entonces, muchos otros casos han aplicado la doctrina enunciada en esta sentencia.⁹⁸

⁹⁵ Como lo prevé el artículo 1o. de la Ley de Derechos Humanos, “Los Derechos de la Convención son: los derechos y libertades fundamentales enunciados en (a) Artículos 2 a 12 y 14 de la Convención [Europea de Derechos Humanos], (b) Artículos 1 a 3 del Primer Protocolo, y (c) Artículos 1 y 2 del Sexto Protocolo, en relación con los Artículos 16 y 18 de la Convención”.

⁹⁶ Véase Feldman, David, “Proportionality and the Human Rights Act”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, núm. 63, p. 121. Véase también Hickman, Tom R., “The Substance and Structure of Proportionality”, *PL*, 4, 2008, p. 694.

⁹⁷ *Regina v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001] UKHL 26

⁹⁸ Véase, entre muchos otros: *R. v Shayler* [2002] UKHL 11; *A. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; *R. (on the application of Begum) v Governors of Denbigh High School* [2006] UKHL 15 y *Huang v Secretary of State for Home Department* [2007] UKHL 11.

III. UNA JUSTIFICACIÓN DE LA MIGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DE EUROPA

1. *La necesidad conceptual del principio de proporcionalidad*

La segunda parte de este ensayo analiza las posibles razones que pueden justificar las diferentes migraciones del principio de proporcionalidad a través de Europa. Es factible justificar las migraciones y los préstamos constitucionales con base en razones fuertes o débiles.⁹⁹ Alusiones al derecho natural¹⁰⁰ y al *Ius Gentium*¹⁰¹ 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 podría justificar que un tribunal lo importara a un sistema jurídico.¹⁰² 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.¹⁰³

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. Es posible aludir a esta razón como la tesis de la necesidad conceptual. Esta tesis sostiene que una proposición necesariamente verdadera acerca de la naturaleza misma de los

⁹⁹ Véase Perju, Vlad, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, núm. 24, p. 1324.

¹⁰⁰ Sobre la posible justificación con base en el derecho natural, véase Alford, Roger P., "In Search of a Theory for Constitutional Comparativism", *UCLA L. Rev.*, 52, 2004-2005, pp. 659 y ss.

¹⁰¹ Sobre la posible justificación gracias al *Ius Gentium*, véase Waldron, Jeremy, "Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*", *Harvard Law Review*, 119 (1), 2005, p. 139.

¹⁰² 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*.

¹⁰³ Véase Perju, Vlad, "Comparative Constitutionalism and the Making of a New World Order", *Constellations*, 12, 2005, pp. 464 y ss.

derechos fundamentales es que éstos 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.¹⁰⁴ 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 de 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 necesitaran 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.

A. El principio de proporcionalidad como un conjunto de condiciones suficientes y necesarias para la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales

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”.¹⁰⁵ Esta proposición equivale a sostener que el principio

¹⁰⁴ Para un uso similar de la noción de necesidad conceptual utilizada en el debate sobre la naturaleza del derecho, véase Joseph Raz, “Can There Be a Theory of Law?”, en Golding, M. P. y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 324 y 325, y Alexy, Robert, “On the Concept and the Nature of Law”, (21) 3 *RJ*, 2008, p. 284.

¹⁰⁵ Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, núm. 2, p. 3. Barak afirma: “La constitucionalidad de la limitación, en otras palabras, se determina por su proporcionalidad”.

de proporcionalidad establece condiciones necesarias y suficientes 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 porque 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 contar 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.

B. Las implicaciones necesarias entre el principio de proporcionalidad, los principios y los derechos fundamentales

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 contraponen a los “principios”.¹⁰⁶ No obstante, Alexy sostiene que “existe una implicación necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Sobre la diferencia entre reglas y principios, y su aplicación, respectivamente, mediante la subsunción y la ponderación, véase Robert, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, núm. 10, pp. 44 y ss., y Alexy, Robert, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *RJ* 16 (4), 2003, pp. 433-449.

¹⁰⁷ Alexy, Robert, “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”, *REDC* 91, 2011, pp. 11 y ss.

¹⁰⁸ Sobre el concepto de los principios, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, núm. 10, pp. 47-49.

¹⁰⁹ Alexy, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, núm. 106, 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”.¹¹⁰ Jestaedt reconoce que, en algunas prácticas concernientes a los derechos fundamentales, existe una necesidad de ponderar.¹¹¹ 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—. ¹¹² 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 razonamien-

¹¹⁰ Jestaedt, Matthias, “The Doctrine of Balancing- its Strengths and Weaknesses”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 159 y 172.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 159.

¹¹² Alexy, Robert, “Comments and Responses”, en *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, núm. 110, pp. 332 y 333.

to establece que los 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.¹¹³ 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 se explica porque la práctica de aplicación de los derechos fundamentales debe necesariamente solucionar las colisiones entre estos derechos humanos abstractos con el estatus 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, hacen 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 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 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.¹¹⁴ Sin embargo, la tesis de Alexy no puede persuadir ni a escépticos que no descreen en esta idea, ni

¹¹³ *Ibidem*, pp. 333 y 334.

¹¹⁴ 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. Véase Frege, Gottlob, “Über Sinn und Bedeutung”, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 100, 1892, pp. 25-50.

a escépticos de la existencia de los derechos humanos como entidades morales abstractas pre-positivas y sustantivas.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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 necesariamente que las colisiones 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.¹¹⁷

La existencia de estas prácticas probaría el hecho de que no hay una conexión conceptual necesaria entre los derechos fundamentales y el prin-

¹¹⁵ La crítica de Bentham en contra de los derechos naturales es un conocido ejemplo de este escepticismo. Véase Bentham, Jeremy, “Anarchical Fallacies”, en Bowring, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, London y Edimburgh, Simpkin, Marshall & Co., 1838-1843 (reimpreso en Nueva York, Russell & Russell, 1962, vol. 2, vers. 230 y 730).

¹¹⁶ Sobre estas teorías, véase Steiner, Hill, “Moral Rights”, en Copp, David (ed.), *Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 460.

¹¹⁷ Sobre los criterios jurisprudenciales alternativos al principio de proporcionalidad, véase Barak, Aharon, “Proportionality and Principled Balancing”, *cit.*; Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, caps. 3 y 4.

cipio de proporcionalidad.¹¹⁸ Puede haber, y efectivamente hay, protección de los derechos fundamentales sin el uso del principio de proporcionalidad. Esto significaría que la necesidad de la 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.

2. La necesidad normativa del principio de proporcionalidad

Con base en el análisis de las seis migraciones estudiadas en la primer parte, a continuación propongo una justificación, si se quiere más débil, para el trasplante del principio de proporcionalidad. El análisis demuestra que varias razones pueden justificar cada migración (A). No obstante, existe un común denominador a todas ellas, a saber, el uso del principio de proporcionalidad para resolver diferentes expresiones de la paradoja de la libertad. Basándome, en este punto en común, defenderé la idea de que el principio de proporcionalidad es normativamente necesario para la protección de los derechos fundamentales (B). Esta necesidad supera las críticas que pudieran asociarse con el trasplante del principio de proporcionalidad.

A. Algunas justificaciones particulares para la migración de la proporcionalidad a través de Europa

Diversas razones justifican el hecho de que los tribunales europeos, las Constituciones de los países de la región, y los tratados de la Unión hayan hecho suyo el principio de proporcionalidad. Lo que, en la primera migración, justificó la institucionalización de la idea filosófico-política del principio de proporcionalidad en el derecho prusiano de policía, tal como Svarez la había pergeñado, fue la idoneidad de las exigencias asociadas a la proporcionalidad para resolver la paradoja de la libertad. Estas exigen-

¹¹⁸ 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. Véase “All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing”, *Emory Law Journal*, (60) 4, 2011, pp. 799-875.

cias representaron una solución para la tensión creada cuando, por un lado, se autorizaba a la policía para limitar la libertad y, al mismo tiempo, se ordenaba que la libertad estuviese protegida frente a las limitaciones que se le impusieran. La solución consistía en que el poder de la policía para limitar la libertad solo podía extenderse a lo necesario.

En la segunda migración, la omnipresencia de la paradoja de la libertad en el derecho administrativo justificó la difusión de la proporcionalidad a lo largo de esta área del derecho. No solo las fuerzas policíacas sino todas las autoridades administrativas tenían competencias para limitar las libertades individuales. Sin embargo, la intensidad de cada limitación debía perseguir un fin legítimo, y solo podía extenderse en cuanto fuera necesario.

La constitucionalización de la paradoja de la libertad justificó la tercera migración de la proporcionalidad. La transformación de la libertad en un catálogo de derechos fundamentales en la Ley Fundamental Alemana (1949), y en las posteriores Constituciones de Europa continental de la posguerra, justificaron que los tribunales constitucionales hicieran suyo el principio de proporcionalidad, con el objeto de otorgar la más amplia protección a los derechos fundamentales después del holocausto. El prestigio y la legitimidad asociados a la proporcionalidad fueron factores determinantes en esta migración, así como en las migraciones cuarta y quinta.¹¹⁹ El Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Justicia y otros tribunales constitucionales europeos (tales como el español y el portugués) buscaban usar el principio de proporcionalidad, a fin de romper con el reciente pasado autoritario, en un compromiso rotundo con la mayor protección posible de los derechos fundamentales y humanos.¹²⁰

Razones análogas justificaron la cuarta migración, la cual fue una consecuencia de la institucionalización de la libertad en la forma de derechos en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la forma las cuatro libertades fundamentales de la Unión Europea. Además, la flexibilidad del principio de proporcionalidad, que permite a los jueces analizar las razones que juegan a favor de limitar los derechos, justificó su uso por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de

¹¹⁹ Sobre este factor, como justificación de los trasplantes judiciales, véase Perju, Vlad, "Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations", *cit.*, pp. 1321 y ss.

¹²⁰ Como lo subraya Vicki C. Jackson, la idea del principio de proporcionalidad capta la intención de alcanzar la justicia en relación con el ejercicio de poderes políticos y la libertad de los individuos. Véase *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 63.

evaluar si los Estados miembros habían sobrepasado el margen de apreciación.

Finalmente, las migraciones quinta y sexta encuentran su justificación en la supremacía del derecho europeo comunitario y el efecto vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A fin de garantizar el cumplimiento por parte de los Estados con las obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos, y de normas legales y reglamentarias del derecho comunitario, los tribunales constitucionales y supremos nacionales hicieron suyo el principio de proporcionalidad para analizar las limitaciones sobre derechos convencionales y europeos.¹²¹

B. *Un común denominador*

Estas diversas justificaciones para la migración del principio de proporcionalidad a través de diferentes contextos tienen un punto en común. Se trata del 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.¹²² El contenido esencial de los derechos (*Wesensgehalt*) es-

¹²¹ Consultar, por ejemplo, el caso *Lustig-Prean and Beckett v United Kingdom* [1999] ECHR. Para un análisis de este caso, véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, *cit.*, pp. 137 y ss.

¹²² Sobre el control de los derechos fundamentales por medio de análisis categóricos (con especial referencia al derecho estadounidense), véase Barak, Aharon, “Proportionality (2)”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, *cit.*, pp. 752 y ss. Sobre las llamadas teorías internas de los derechos fundamentales véase Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, p. 23.

tablece un contenido mínimo de cada derecho, que no puede ser objeto de limitación alguna.¹²³ 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 europeos 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 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.¹²⁴
- 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:

¹²³ Para una explicación y crítica de esta teoría, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional, cit.*, pp. 192 y ss.

¹²⁴ 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, véase: Immanuel Kant, “Foundations of the Metaphysics of Morals”, trans. L. W. Beck, *Critique of Practical Reason and Other Writings in Moral Philosophy*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, p. 417.

- ii) Las circunstancias de aplicación de los derechos fundamentales
- a) La protección de los derechos humanos tiene lugar bajo ciertas circunstancias.¹²⁵ 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 las 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 comunidad política protegerá la libertad y la igualdad. No obstante, los redactores de la Constitución no 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”.¹²⁶

(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.¹²⁷

(6) En una democracia, el legislador tiene en principio la competencia para determinar el 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.

¹²⁵ Estas circunstancias son análogas a las circunstancias de justicia de John Rawls. Véase *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 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.

¹²⁶ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Durham, Duke University Press, 2008, p. 85.

¹²⁷ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale L. J.*, 115, 2006, pp. 1346-1406.

(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, 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 que resuelven problemas de coordinación social y moral son legítimas cuando se adoptan mediante un proceso de deliberación que tiene en cuenta todos los argumentos relevantes. Dentro de dicho proceso, es necesario justificar todas las decisiones políticas y adoptarlas dentro de un intercambio público de argumentos “defendidos por todos los participantes que defienden los valores de racionalidad e imparcialidad”, y en el que todos los afectados por la decisión puedan participar de manera directa o indirecta por medio de sus representantes.¹²⁸ En este contexto, el principio de imparcialidad exige otorgar “una adecuada consideración a los intereses de todos los posibles afectados”,¹²⁹ y el principio de racionalidad se refiere a ciertas exigencias que deben cumplir las decisiones judiciales. Aunque no existe un consenso acerca de estas exigencias, es generalmente aceptado que para ser racional, una decisión judicial debe ser justificada conforme a

¹²⁸ Elster, Jon, “Introduction”, *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 8. Véase también Gutman, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 3.

¹²⁹ Sobre el concepto de imparcialidad, y su crítica: Jollimore, Troy, “Impartiality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011, en <http://plato.stanford.edu/entries/impartiality/> (09.09.2013).

derecho. 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.¹³⁰

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,¹³¹ 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.¹³² 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.

En este punto el argumento que defiende la necesidad normativa del principio de proporcional se basa en la justificación en abstracto de su

¹³⁰ Véase Bernal, Carlos, “The Rationality of Balancing”, *cit.*

¹³¹ Sobre la afirmación según la cual el Estado de derecho excluye la arbitrariedad, véase: Krygier, Martin, “Rule of Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, núm. 1, pp. 235 y 241. Véase también: Allan, T. R. S., “Constitutional Rights and the Rule of Law”, en *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, *cit.*, p. 137.

¹³² 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. Véase *Constitutional Justice: a Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, cap. 2.

utilización y en la crítica a los instrumentos alternativos.¹³³ 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.¹³⁴ Más aun, a diferencia del criterio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad tiene una estructura argumentativa racional y transparente.¹³⁵ 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.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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

¹³³ Sobre esta defensa, véase Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* cit., pp. 482-516.

¹³⁴ 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. Véase *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, 1 AC 410.

¹³⁵ Véase Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 375 y ss., 460 y ss.

¹³⁶ Véase Möller, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, *I-COJ*, (3) 10 (2012) 717, 726; Panaccio, Carles-Maxime, “In Defence of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication”, *Can. J. L. Juris.*, 24, 2011, pp. 109-128; Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, cit., p. 77.

¹³⁷ Véase Kumm, Matthias, “The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *L&EHR*, (1) 4, 2010, pp. 142-175.

el Estado se encuentra o no protegida por algún derecho fundamental.¹³⁸ Asimismo, las teorías absolutas del 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.¹³⁹ Paradójicamente, el uso de análisis conceptual para estos fines lleva a una menor protección de los derechos fundamentales.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ Asimismo, el principio de proporcionalidad alienta un diálogo entre los jueces, el legislador y el ejecutivo.¹⁴²

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, en la necesidad normativa del principio de proporcionalidad tiene un mayor peso las objeciones que el trasplante de este principio puede suscitar. Su necesaria conexión normativa con valores ba-

¹³⁸ Tushnet, Mark, “Comparative Constitutional Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), 1251.

¹³⁹ Véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 192 y ss.

¹⁴⁰ Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 515 y ss.

¹⁴¹ Sobre el desarrollo de una teoría del principio de proporcionalidad dentro de los márgenes discrecionales del juez, véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 394 y ss.; Rivers, Julian, “Proportionality and Discretion in International and European Law”, Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 108, y Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *I·CON*, (1) 10, 2012, pp. 69-105.

¹⁴² Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, cit., pp. 465 y ss.

sados en el constitucionalismo, democracia y el Estado de derecho hace poco plausible considerar que la migración de este principio sea contraria la democracia, o que sea solo una estrategia judicial para manipular el contenido de la Constitución. Finalmente, la naturaleza estructural del principio de proporcionalidad permite que surjan diferentes concepciones de este principio que se ajusten a distintos contextos.¹⁴³ Esto hace posible reconocer márgenes nacionales de discrecionalidad específicos a cada jurisdicción,¹⁴⁴ así como también, que este criterio pueda usarse de consuno con otros criterios y conceptos jurídicos locales que no le sean incompatibles.¹⁴⁵

¹⁴³ Por ejemplo, véase una comparación entre el principio de proporcionalidad canadiense y alemán en: Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *cit.*

¹⁴⁴ Sobre proporcionalidad y específicos márgenes discrecionales, véase Rivers, Julian, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, núm. 65, 2006, p. 175.

¹⁴⁵ Para una defensa de este tipo, véase Kumm, Matthias, “What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of Proportionality Requirements”, *cit.*, pp. 137 y ss.