

CAPÍTULO SEGUNDO

PROPORCIONALIDAD Y MORAL

I. NOTAS INICIALES

Una crítica expresada frecuentemente se dirige contra la concepción de la proporcionalidad como una categoría *jurídica*. Como se ha hecho valer, se trataría más bien de un principio de utilidad *política* o de razón *moral*. Entonces resultaría con seguridad indiscutible que el principio de proporcionalidad es muy cercano a argumentos políticos y morales —al fin y al cabo ya el primer nivel de examen, el fin legítimo, se relaciona con la determinación de objetivos—.

La objeción profundiza todavía más: la proximidad de la proporcionalidad con la moral y la política sería tan grande que el plano de examen jurídico se abandonaría, lo que se ocultaría con la máscara de la objetividad del derecho. Tsakyrakis argumentó que el principio de proporcionalidad finge poder relacionar valores sin una argumentación moral, dando la impresión de objetividad y neutralidad, y pretendiendo ser independiente de consideraciones morales.⁵⁴ Webber reprocha al principio de proporcionalidad que “despolitiza” los derechos fundamentales “by purporting to turn the moral and political evaluations involved in

⁵⁴ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 474 y 475: “tends to neglect any moral reasoning”; “risks neglecting the complexity of moral evaluation”. Asimismo, Tsakyrakis, réplica, *cit.*, nota 21, p. 308: “reducing human rights adjudication to questions of relative weight in order to bypass the moral discourse on values and priorities”.

delimiting a right into technical questions of weight and balance. Yet, the attempt to evade the political and moral questions inherent in the process of rights reasoning is futile”.⁵⁵

Observado a la luz, este argumento de la “infección moral” de la proporcionalidad consta de dos premisas. La primera: el examen de proporcionalidad necesariamente contiene argumentos morales. La segunda: el examen de proporcionalidad pretende ser moralmente neutral. La primera premisa es verdadera; en cambio, la segunda es falsa.

Todo examen de proporcionalidad implica una argumentación moral.⁵⁶ Suponer lo contrario requiere declarar la argumentación jurídica como una zona libre de valores, lo que por muchas razones no convence.⁵⁷ Hay que asentir en consecuencia a la primera premisa: el principio de proporcionalidad puede dar resultados correctos si refleja y considera la aplicación de valoraciones morales;⁵⁸ no puede decirse que se oculta esta circunstancia del principio de proporcionalidad, más bien la relación con la argumentación moral es desde hace mucho reconocida y hasta analizada con detalle. Por consiguiente, hay que oponerse a la segunda premisa: los argumentos morales forman

⁵⁵ Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 179 (“al pretender convertir las evaluaciones morales y políticas involucradas en la delimitación de un derecho en cuestiones técnicas de peso y equilibrio. Además, es fútil el intento de evadir las cuestiones políticas y morales inherentes al proceso de razonamiento de los derechos”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]). Cfr. Alexy, Robert, “Grundrechte und Verhältnismäßigkeit”, en Schliesky, Utz, Christian Ernst y Sönke E. Schulz (eds.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig*, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, p. 10.

⁵⁶ Para mayor precisión sobre lo anterior véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

⁵⁷ Acerca de la doble naturaleza del derecho y de la argumentación jurídica véase Alexy, Robert, “Die Doppelnatur des Rechts”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 50, núm. 3, julio de 2011, p. 389. Cfr. Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 254 y 255. Sobre la relación entre los principios jurídicos y los morales véase también Poscher, *loc. cit.*, nota 1. Para una visión muy ingenua véase Beatty, *op. cit.*, nota 7, pp. 160, 166 y 169.

⁵⁸ Cfr. Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 491.

un elemento necesario de todo examen de proporcionalidad, aun cuando esto no siempre se hace explícito en la práctica judicial y argumentativa.⁵⁹ Esta tesis debe probarse aquí con ayuda de dos elementos de la teoría de la argumentación jurídica, a saber: la tesis del caso especial y la distinción entre la justificación interna y la externa.

II. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

La tesis del caso especial ha sido desarrollada para la argumentación jurídica, en tanto ésta se realiza bajo la forma del silogismo judicial. Según la opinión defendida aquí, es no obstante transferible a la argumentación en el marco del examen de proporcionalidad, especialmente a la ponderación de los principios en colisión, dentro del análisis de proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁰

Esta tesis indica que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general;⁶¹ ella consta de

⁵⁹ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1996, p. 14 (véase la traducción del capítulo respectivo por Imer B. Flores: "La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 3-52 [N. del T.]).

⁶⁰ Sobre la subsunción y la ponderación como las dos formas básicas de la argumentación jurídica véase Alexy, *op. cit.*, nota 12, p. 433. Son críticos Jes-taedt, *loc. cit.*, nota 1, y Poscher, *loc. cit.*, nota 1.

⁶¹ Alexy, *op. cit.*, nota 57, pp. 403 y 404; *idem*, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 263-272; *idem*, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 206-213. La tesis del caso especial es objeto de crítica; véanse Habermas, *op. cit.*, nota 34, pp. 33 y ss., 204 y 206; y Günther, Klaus, "Critical Remarks on Robert Alexy's 'Special-Case Thesis'", *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 6, núm. 2, julio de 1993, p. 143. La defensa de Alexy puede verse en Alexy, Robert, "The Special Case Thesis", *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Esta-

dos enunciados.⁶² Primero, los discursos jurídicos son casos del discurso práctico general; comparten objeto con éste, o sea, las preguntas fundamentales de la filosofía práctica sobre lo debido, prohibido y facultativo. Y segundo, los discursos jurídicos se caracterizan por restricciones específicas; por consiguiente, no aspiran a responder las preguntas normativas en un sentido general o absoluto, sino que más bien se trata de una respuesta en el seno de un ordenamiento jurídico concreto; éste contiene una plétora de restricciones en forma de normas vinculantes, precedentes y construcciones dogmáticas; por ende, que el discurso jurídico ha de valer como caso especial del discurso práctico general se debe a su carácter institucional y autoritativo.

En el presente contexto es decisivo el primer enunciado de la tesis del caso especial. De él resulta que el examen de proporcionalidad, incluyendo la ponderación, representa un caso de la argumentación moral. Por lo tanto, no viene al caso, la objeción Tsakyrakis plantea que más o menos en el sentido de que el principio de proporcionalidad suplanta la argumentación moral.⁶³ Afonso da Silva formuló lúcidamente esta relación:

En esto [Tsakyrakis] deja de atender que la definición de los grados de satisfacción o de insatisfacción de un principio —como casi todo en la argumentación jurídica— siempre puede convertirse. Así, pueden venir a la discusión todos los argumentos

dos Unidos, Universidad de Boloña, vol. 12, núm. 4, diciembre de 1999, pp. 374-384; e *idem*, “Justification and Application of Norms”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 6, núm. 2, julio de 1993, pp. 157-170. También *cf.*: Pavlakos, Georgios, “The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy’s Discursive Theory of Law”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 2, núm. 2, junio de 1998, pp. 126-154, y Dwars, Ingrid, “Application Discourse and the Special Case-Thesis”, *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Estados Unidos, Universidad de Boloña, vol. 5, núm. 1, marzo de 1992, pp. 67-78.

⁶² Alexy, Robert, “Legal Philosophy: 5 Questions”, en Nielsen, Morten Ebbe Juul (ed.), *Legal Philosophy: 5 Questions*, Copenhagen, Automatic Press-VIP, 2007, p. 2.

⁶³ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 488.

que se manifiestan en la argumentación jurídica, incluso puntos de vista morales. Al igual que justificar las premisas (*Voraussetzung*) del silogismo jurídico, decidir que una determinada restricción de un derecho fundamental sea leve, media o grave, no es un procedimiento lógico libre de valoración.⁶⁴

III. JUSTIFICACIONES INTERNA Y EXTERNA

Distinguir entre la justificación interna y la externa también concierne a la relación entre ponderación y argumentación jurídica.⁶⁵ También esta distinción se desarrolló originalmente para el análisis del silogismo judicial, pero como recién se mostró, es transferible a la ponderación en el marco del examen de proporcionalidad.⁶⁶

A la justificación interna atañe la cuestión de si el resultado de la ponderación puede derivarse de sus premisas, la cual puede responderse con ayuda de la estructura formal de la ponderación como es expresada en la fórmula del peso.⁶⁷ Tan pronto como se

⁶⁴ Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, p. 254.

⁶⁵ Alexy, Robert, “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim, Peter Kreutz y Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, p. 771; *idem*, “La fórmula del peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13 y 14, <http://bit.ly/2c5bsKx>; *idem*, *Theorie...*, *cit.*, nota 61, p. 273; *idem*, *Teoría...*, *cit.*, nota 61, pp. 213 y 214; y Wróblewski, Jerzy, “Legal Sillogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 39 y ss. Neil MacCormick utiliza los conceptos —materialmente sinónimos— de *first-order justification* y *second-order justification* en *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 101.

⁶⁶ Klatt, Matthias y Schmidt, Johannes, “Epistemic Discretion in Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 10, núm. 1, enero de 2012, pp. 69-105.

⁶⁷ Sobre la fórmula del peso véase en particular Alexy, “Die Gewichtsformel”, *cit.*, nota 65, pp. 777 y ss.; e *idem*, “La fórmula del peso”, *cit.*, nota 65, pp. 22 y ss.

efectúan las valoraciones que necesariamente se dan según esta estructura, por ejemplo: la gradación de la intensidad de una intervención en un derecho fundamental o del peso de un principio que la justifica, sigue la ulterior argumentación de la estructura de la fórmula del peso y, en tanto pueden emplearse cifras, las reglas de la aritmética. Esto es —al igual que con el silogismo judicial que sigue las reglas de la lógica— solamente una cuestión de estructura formal.

Naturalmente, ni el silogismo judicial ni la fórmula del peso determinan la verdad o la corrección de las premisas;⁶⁸ ambos se refieren solamente a las relaciones de inferencia entre premisas y conclusiones. En cambio, la verdad o la corrección de las premisas concierne a la justificación externa; aquí se trata, por ejemplo, de las valoraciones utilizadas en el examen de proporcionalidad de un medio como idóneo o necesario, al igual que de las gradaciones indispensables para la ponderación. En la justificación externa ha de fundamentarse, por ejemplo, la valoración como “leve” de la intervención en un derecho fundamental empleada en la última fase del examen de proporcionalidad, o la valoración como “grave” del peso de un principio con el que colisiona.⁶⁹

Precisamente esta justificación llega al examen de proporcionalidad a través de los argumentos morales. La valoración de las intensidades de la intervención y de los pesos, al igual que el juicio sobre la idoneidad o la necesidad, no pueden efectuarse sin recurrir a consideraciones morales. Los tribunales tienen que justificar sus decisiones tanto interna como externamente; por consiguiente, no pueden evadir la difícil complejidad moral de muchos casos; esto ha sido parcialmente pasado por alto en la discusión internacional.⁷⁰

⁶⁸ Cfr. Jestaedt, *op. cit.*, nota 1.

⁶⁹ Cfr. Webber, *op. cit.*, nota 17, pp. 184 y ss.

⁷⁰ McHarg, *op. cit.*, nota 30, p. 681, y Coffin, Frank M., “Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice”, *New York University Law Review*, Nueva York, vol. 63, 1988, p. 22.

IV. PONDERACIÓN Y ARGUMENTACIÓN MORAL

La extraordinariamente notable contribución de la estructura formal de la proporcionalidad y de la ponderación justamente consiste en evidenciar con gran claridad aquellas premisas que tienen que justificarse de modo externo. No puede decirse por tanto que los problemas morales sean encubiertos, como afirmó Tsakyrakis;⁷¹ lo contrario es el caso. El examen de proporcionalidad muestra clara y transparentemente qué consideraciones morales son relevantes en la argumentación jurídica y en qué ubicación; muestra qué proposiciones tiene que justificar externamente un tribunal para emitir un juicio correcto.⁷²

Se puede decir que el fundamento de una decisión es tanto más claro y racional como más explícitamente se manifiesten los argumentos morales de un caso.⁷³ Estructuras formales como las de la proporcionalidad y de la ponderación pueden facilitar esencialmente esta misma tarea. Con ellas se promueve la racionalidad de la argumentación jurídica constitucional en su totalidad.

A través de la conexión de las justificaciones externa e interna, el examen de proporcionalidad y ponderación se relaciona estrechamente con la teoría de la argumentación jurídica, que se comprende en una teoría de la argumentación práctica general.⁷⁴ Mattias Kumm examinó más detalladamente esta relación:

The metaphor of “balancing” should not obscure the fact that the last prong of the proportionality test will in many cases require the decision-maker to engage in theoretically informed practical reasoning, and not just in intuition-based classificatory labeling. At the level of evaluating the relative importance of the

⁷¹ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 493: “obscure the moral considerations that are at the heart of human rights issues”.

⁷² *Cfr.* Alexy, *A Theory...*, *cit.*, nota 40, p. 107: “The Law of Balancing tells us what it is that has to be rationally justified”.

⁷³ En este sentido, Tsakyrakis, réplica, *op. cit.*, nota 21, p. 310.

⁷⁴ *Cfr.* Alexy, *A Theory...*, *op. cit.*, nota 40, p. 109.

general interest in relation to the liberty at stake, the weights can be assigned and priorities established as required by the correct substantive theory of justice. The last prong of the proportionality test then provides a space for the reasoned incorporation of an understanding of liberties that expresses whatever priority over collective goods is substantively justified.⁷⁵

Alexy destacó asimismo este punto en su respuesta a Kumm: el principio de proporcionalidad necesariamente tiene que ser complementado con argumentos de moralidad política sustancial.⁷⁶ Alexy coincide entonces con Kumm y resalta: “Proportionality analysis is, as the weight formula shows, a formal structure that essentially depends on premises provided from outside”.⁷⁷

En conjunto, estas reflexiones muestran con precisión lo que justamente significa hablar de la neutralidad de la proporcionalidad como estructura formal: el principio es neutral en lo tocante a su estructura formal, y en esta medida puede señalarse como un criterio de constitucionalidad válido universalmente.⁷⁸ Pero esta estructura formal necesariamente tiene que colmarse mediante argumentos con impronta moral, relacionados con el valor y el peso. Éstos variarán según las perspectivas filosóficas y las preferencias políticas; Beatty lo formula de modo ilustra-

⁷⁵ “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, pp. 148 y 149 (“La metáfora de la ‘ponderación’ no debe oscurecer el hecho de que la última punta del examen de proporcionalidad requerirá en muchos casos que el decisor se involucre con un razonamiento práctico informado teóricamente, y no sólo con etiquetas clasificatorias basadas en la intuición. Al nivel de la evaluación de la importancia relativa del interés general en relación con el interés de libertad en juego, pueden asignarse los pesos y establecerse prioridades como requiera la teoría de la justicia sustantiva correcta. La última punta del examen de proporcionalidad provee entonces un espacio para la incorporación razonada de un entendimiento de las libertades que exprese que la prioridad de que se trate sobre los bienes colectivos está sustantivamente justificada”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]). Del mismo autor véase, también, *op. cit.*, nota 14, p. 575.

⁷⁶ *Cfr.* Kumm, “Political Liberalism...”, *op. cit.*, nota 6, p. 132.

⁷⁷ “Thirteen Replies”, en Pavlakos (ed.), *op. cit.*, nota 6, p. 344.

⁷⁸ Beatty, *op. cit.*, nota 7, p. 162: “a universal criterion of constitutionality”.

tivo: “Proportionalities vary directly with the weight and values people place on the relevant interests”.⁷⁹

Si el principio de proporcionalidad se entiende de esta manera, puede salvaguardar su pretensión de neutralidad y validez general, sin servir de apoyo a una “despolitización”⁸⁰ del derecho constitucional.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 167 y 168.

⁸⁰ Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 191.