

INTRODUCCIÓN

I. EL CONTEXTO: ADJUDICAR EN LA ERA DE LA PROPORCIONALIDAD

Vivimos en la era de la proporcionalidad. Un sector muy importante, incluso dominante, de la doctrina y la literatura especializada ha celebrado sus bondades teóricas y ha documentado la expansión global del test de proporcionalidad y sus parientes cercanos —la ponderación o *balancing*— en las judicaturas y los ordenamientos jurídicos del mundo.

Estos trabajos argumentan, con insistencia, que el test de proporcionalidad es la mejor metodología para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y para analizar las medidas que inciden en ellos. La lista de las bondades es larga. Algunos autores han sostenido que el test es “el más conocido y el más recurrente «límite de los límites» a los derechos fundamentales” (Carbonell, 2008, p. 10), “la mejor alternativa actualmente disponible para los jueces que buscan racionalizar y defender el control de constitucionalidad de los derechos” (Stone Sweet y Mathews, 2008, p. 77) y el “criterio sustantivo más importante para los límites de los derechos fundamentales” (Borowski, 2007, p. 210). Otros más han afirmado que la proporcionalidad y la ponderación “son los medios más sofisticados para resolver las muy complejas e intrincadas colisiones entre derechos humanos y otros principios” (Klatt y Meister, 2012a, p. 167), así como un “criterio estructural para la correcta fundamentación de las normas adscritas en los casos difíciles” (Balaguer Callejón, 2022, p. 52). E incluso se ha dicho que se trata de “el estándar dominante, la mejor práctica para la adjudicación de derechos en el mundo” y que, por lo tanto, “no tiene ningún rival serio” (Stone Sweet, 2020, p. 542).

Hay quienes van un paso más allá. En estas visiones, el test de proporcionalidad ya no sólo es la más importante o la mejor metodología de adjudicación, sino un procedimiento necesario, exigido, incluso único. Así, se ha dicho que se trata de un “principio general de adjudicación constitucional” (Stone Sweet y Mathews, 2008, p. 73), un “criterio general de legitimidad



sistémica y validez legal” (Stone Sweet, 2020, p. 541), “un elemento constitutivo del constitucionalismo basado en derechos” (Stone Sweet y Mathews, 2019, p. 80) o un “aspecto integral del discurso jurídico y moral en prácticamente todos los sistemas jurídicos vigentes” (Newton y May, 2014, p. 15). Bajo esta lupa, el test no es una metodología de adjudicación más, sino una que “dota de coherencia a todo el sistema constitucional, que es aplicable a todos tipos de derechos e intereses” (Cohen-Eliya y Porat, 2013, p. 3). Se trata, para decirlo pronto, de un criterio “universal”, “esencial” e “inevitable” (Beatty, 2004, pp. 162-163).

Aunque las formulaciones pueden variar, la inmensa mayoría de la literatura coincide en que el test de proporcionalidad tiene una estructura específica, que sigue y coincide con lo planteado en la influyente obra de Robert Alexy (2002a), y que, por simplicidad, podríamos llamar el modelo “alemán” o “alexiano”. Bajo esta concepción —dominante, sin duda— cualquier medida que incida en un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y pasar por tres exámenes escalonados.¹ En el examen de idoneidad (o adecuación o conexión racional) se verifica que la medida sea efectiva o útil para alcanzar la finalidad legítima. Si la medida pasa este examen, se pasa al segundo: el de necesidad (o de intervención mínima o de alternativa menos restrictiva). Ahí se evalúa si no existe una medida alternativa que sea igual o más idónea para alcanzar la finalidad, pero que sea menos restrictiva para el derecho afectado. Finalmente, si se supera el examen de necesidad, se pasa al último: el examen de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación o balanceo). Aquí se debe hacer un análisis entre los costos derivados de la afectación al derecho y los beneficios que genera la medida en términos de la finalidad perseguida.

Esos son los pasos que, según el sector dominante de la literatura, las y los operadores jurídicos deben realizar para analizar las intervenciones a de-

¹ En diversos trabajos existe un debate sobre el número de pasos del test de proporcionalidad. En particular, se suele discutir si en el test, además de los últimos tres pasos —idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto—, hay uno o dos pasos previos: (i) que la medida efectivamente incida en un derecho fundamental y (ii) que la medida persiga una finalidad legítima. Fuera de ese debate —que, como se verá, es más aparente que estructural— existe una amplia coincidencia en que esos tres pasos forman parte del test de proporcionalidad. Véanse, por mencionar sólo algunos ejemplos que coinciden con respecto a esto, los trabajos de Gunn (2006, pp. 467-468), Stone Sweet y Mathews (2008, pp. 75-76), Tsakyrakis (2009, p. 474), Alvez (2010, pp. 364-366), Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil (2012, p. 298), Klatt y Meister (2012a, pp. 153-165; 2012b, pp. 703-707), Möller (2012, p. 711), Stone Sweet y Mathews (2019, p. 30) y Stone Sweet (2020, p. 545).



rechos fundamentales. Y, como se ha dicho, las razones que suelen darse no son de conveniencia, sino de necesidad. Según este sector, estos tres pasos son indispensables, pues de lo contrario no se alcanzaría el fin último de la proporcionalidad: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible. En la teoría alexiana, la *naturaleza* de los derechos fundamentales implica lógicamente el principio de proporcionalidad con sus tres exámenes —y viceversa—. ²

Por supuesto, no han sido pocas las críticas que se han hecho a la proporcionalidad. ³ En la literatura especializada es posible encontrar cuestionamientos severos a la concepción de derechos fundamentales que presupone el test de proporcionalidad y a las dificultades que implica pesar y comparar los pesos de los derechos en colisión. Asimismo, se ha dicho que el test de proporcionalidad es una metodología que resta fuerza a los derechos fundamentales, que incrementa la opacidad y discrecionalidad judicial, que debilita el poder de los órganos democráticamente electos y del pueblo, amén de que abre la puerta al gobierno de la judicatura.

Pero más allá de todos estos cuestionamientos, hay un dato indiscutible: la proporcionalidad ha tenido un éxito notable en su expansión tanto en la teoría como en la práctica. Diversos trabajos han documentado la considerable migración de la proporcionalidad en las más diversas materias y jurisdicciones del mundo. No en balde se ha dicho que “el principio de proporcionalidad inició su marcha triunfal mediante el derecho constitucional y de los derechos humanos hace aproximadamente medio siglo” (Möller, 2012, p. 709). Así, a partir de sus orígenes alemanes, la proporcionalidad ha migrado, con diferentes formas, alcances e intensidades, a los tribunales de Australia, Austria, Bélgica, Botsuana, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur,

² En palabras de Alexy (2002a, p. 66): “La naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa. El hecho de que la naturaleza de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (uso del medio menos intrusivo) y proporcionalidad en sentido estricto (es decir, el requisito de ponderación) se sigue lógicamente de la naturaleza de los principios; se puede deducir de ellos”. Como explico más adelante, prácticamente todas las traducciones son mías.

³ Véanse, por mencionar algunos ejemplos, las posiciones de Habermas (1996), Jackson (2004), García Amado (2009), Tsakyrakis (2009), Webber (2009), Moreso (2010), Shauer (2010), Tsakyrakis (2010), Webber (2010), Ferrajoli (2011), Tushnet (2011), Alexander (2012), García Amado (2012), Jestaedt (2012), Guastini (2013), Petersen (2013), Tschentscher (2014), Cianciardo (2016), García Amado (2016), Böckenförde (2017), Tushnet (2017), Urbina (2017), Webber (2017), Guastini (2018), García Amado (2019), Petersen (2020) y Neves (2021).



Grecia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Japón, Kenia, Lituania, Malasia, México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rusia, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Taiwán, Turquía y Zimbabue.⁴

Su éxito ha sido tal que la migración no sólo se ha limitado a las jurisdicciones nacionales. Hoy la proporcionalidad también se utiliza para resolver disputas en órganos supranacionales como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y hasta la Organización Mundial del Comercio.⁵

Asimismo, el número y variedad de materias en las que hoy se aplica la proporcionalidad ha crecido con el paso del tiempo. Además de su aplicación para resolver conflictos entre derechos fundamentales, es posible encontrar aplicaciones del test de proporcionalidad en el arbitraje inversionista-Estado; la imposición de medidas cautelares; la regulación del *jus ad bellum*, el *jus in bello* y el *jus post bellum*;⁶ los conflictos competenciales; las disputas sobre equidad tributaria; el ejercicio de las competencias de la Unión Europea y su relación con los Estados miembros; las disputas sobre la cláusula de comercio y la inmunidad intergubernamental, y la regulación a las restricciones impuestas a discursos o usuarios en plataformas digitales como *Facebook*.⁷

Dentro de esta narrativa, México no ha sido la excepción. Con el paso del tiempo, la Suprema Corte de Justicia ha comenzado a utilizar el test

⁴ Diversos trabajos han documentado la expansión de la proporcionalidad y la ponderación a lo largo del mundo y en casos específicos. La lista que presento está basada en los trabajos de Aleinikoff (1987, p. 964), Stone Sweet y Mathews (2008, p. 112), Cohen-Eliya y Porat (2009), Peters (2009, p. 185), Sullivan y Frase (2009), Barak (2012, p. 182), Cohen-Eliya y Porat (2013), Covarrubias Cuevas (2014), Clérico (2016), Andrade Neto (2018, p. 1), Ramshaw (2019), Stone Sweet y Mathews (2019: 67-95), Chandra (2020), Hapla (2020), Hardcastle (2020), Kremnitzer *et al.* (2020, pp. 1-2), Lang (2020), Śledzińska-Simon (2020), Stacey (2020), Steiner (2020) y Yap (2020).

⁵ Véanse, especialmente, los trabajos de Barak (2012), Pirkner (2013), Newton y May (2014), Bücheler (2015), Clérico (2015), Crow (2017), Daly y Wiebusch (2018) y Cohen y Zlotogorski (2021).

⁶ Esto es, las normas que (i) regulan la decisión de usar la fuerza, (ii) son aplicables para el uso de la fuerza en los conflictos armados y (iii) que regulan los escenarios posconflicto.

⁷ Véanse los siguientes trabajos y resoluciones: Aleinikoff (1987), Gardam (2004), Araiza Zapata (2012), Henckels (2012), Newton y May (2014), Stone Sweet y Cananea (2014), Klatt (2015), Ponce Correa (2020) y Oversight Board (2021).



de proporcionalidad y la literatura especializada ha documentado su aplicación tanto en casos específicos como en determinadas materias.⁸ Se ha dicho que el test de proporcionalidad es “una metodología de adjudicación constitucional ampliamente utilizada por la Suprema Corte” y que “ocupa un lugar central” en su jurisprudencia (Zaldívar, 2021, p. XII). Y se ha dicho, además, que los “perfiles del test han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno del tribunal constitucional mexicano” (González Carvallo y Sánchez Gil, 2021). A primera vista, parecería que la marcha triunfal de la proporcionalidad ha arribado victoriosa a las calles y plazas de la judicatura mexicana.

Sucede, sin embargo, que la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia práctica han tenido desarrollos y hallazgos que ponen en cuestión algunos elementos centrales de esta narrativa. En este trabajo me concentro en dos cuestionamientos específicos que explico a continuación.

II. LOS PROBLEMAS: ENTRE LAS INSUFICIENCIAS TEÓRICAS Y COMPARATIVAS

1. *El cuestionamiento sobre el carácter inevitable o necesario del test alexiano y sus tres componentes*

Si bien es indiscutible la influencia y difusión que ha tenido la versión alemana o alexiana del test —con los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, lo cierto es que los tribunales se han apartado de esta estructura. En algunos casos, los tribunales han confeccionado test que prescinden de uno o más de los exámenes, o que abandonan su estructura escalonada. En otros, los tribunales han cambiado el entendimiento de algunos exámenes, especialmente los de idoneidad y necesidad. Ha habido casos, asimismo, en que los tres exámenes se anuncian, pero en realidad no se llegan a aplicar. Y, finalmente, en otras ocasiones algunos tribunales

⁸ Véanse, en particular, los trabajos de Sánchez Gil (2007), Ríos Granados (2008), Conesa Labastida (2009), Sánchez Gil (2009), Villaseñor Goyzueta (2011), Díez Gargari (2012), Ferrer MacGregor y Sánchez Gil (2012), Sánchez Gil (2012), González Galindo (2013), Zavala Arredondo (2013), Cárdenas Gracia (2014), Medina Mora *et al.* (2015), López Sánchez (2016), Vázquez (2016a), Vázquez (2016b), Upegui Mejía (2018), Ibarra Olguín (2019), Martín Reyes (2020a), Martín Reyes (2020b), Ríos Granados y Sánchez Gil (2020), García Amado (2021), González Zuppa (2021), Latapie Aldana (2021), Martín Reyes (2021), Pou Giménez (2021), Ríos Granados (2021), Sánchez Gil (2021a) y Sánchez Gil (2021b).



suelen realizar exámenes que no se corresponden con ninguno de los exámenes del test alexiano.

Pongo un ejemplo notable de estos apartamientos: el caso del Tribunal Federal Constitucional alemán. Aunque se trata de uno de los tribunales en donde más se ha consolidado el test de proporcionalidad —al grado en que la teoría alexiana es en buena medida una reconstrucción de su práctica jurisdiccional— lo cierto es que en diversas sentencias se ha alejado claramente del examen de necesidad. En uno de los trabajos más exhaustivos y recientes sobre la aplicación del test de proporcionalidad en Alemania, Canadá y Sudáfrica, Petersen encontró —con algo de sorpresa— que el tribunal alemán suele realizar un examen que no corresponde ni con el de necesidad ni con la proporcionalidad en sentido estricto.⁹

¿Qué significa lo anterior? ¿Que el Tribunal Federal Constitucional alemán ha decidido abandonar la metodología que, según gran parte de la literatura, es necesaria pues se deriva de la *naturaleza* misma de los derechos fundamentales? ¿Es una simple incoherencia o error del tribunal alemán? ¿O quizá significa que la teoría alexiana tiene fallas y, en consecuencia, debe ser corregida o replanteada en algunos pasos? Actualmente, por desgracia, la literatura especializada ha sido incapaz de proveer respuestas convincentes a estas preguntas por demás relevantes.

Sigo con el mismo ejemplo. Algunos autores han reconocido y documentado este apartamiento específico del Tribunal Federal Constitucional alemán, pero lo han tratado simplemente como una “flexibilización” de los exámenes del test de proporcionalidad (Kaplow, 2019, p. 1456) o, de plano, como un mero error o inconsistencia. Otros autores, por su parte, han reconocido que en estos cambios hay algo más profundo y estructural. En particular, Borowski —uno de los máximos exponentes de la escuela alexiana— ha señalado muy recientemente que este proceder del Tribunal Federal Constitucional alemán es muestra de que el modelo alexiano debe ser modificado, a fin de incorporar lo que se ha entendido como una optimización diferente a la propuesta por Alexy.¹⁰ Sin embargo, el propio Borowski no ha

⁹ De acuerdo con este trabajo, “[e]l Tribunal Constitucional Alemán... analiza la relación entre la medida adoptada y su propósito. En muchos casos, esto incluye una comparación de la medida adoptada con medidas alternativas menos restrictivas. Con frecuencia, estas medidas alternativas *no son tan eficaces como la medida adoptada*. Sin embargo, el tribunal no estima que *la diferencia en la eficacia* sea lo suficientemente importante para justificar una restricción más severa a un derecho individual” (Petersen, 2017, p. 11).

¹⁰ Esto es, lo que Borowski entiende como una optimización Kaldor-Hicks (2021, p. 252).



terminado de definir cuáles son las modificaciones específicas que se requieren al modelo alexiano, ni cómo esta nueva optimización se articula con el resto del test de proporcionalidad.¹¹

Lo anterior es sólo un ejemplo de un problema más amplio: la incapacidad de la doctrina contemporánea de dar cuenta de muchas de las prácticas actuales de diversos tribunales constitucionales que (i) aunque expresamente han adoptado al test de proporcionalidad como metodología de adjudicación (ii) también se han apartado del entendimiento tradicional del test de proporcionalidad.

Parece, por tanto, que las herramientas que da la actual teoría del derecho son insuficientes para explicar algunos de los aspectos clave de la práctica de los tribunales. Y esto impide, en consecuencia, que podamos hacer una evaluación más profunda tanto de la versión ortodoxa del test de proporcionalidad como de la práctica de los tribunales que han introducido modificaciones al entendimiento clásico.

2. *El cuestionamiento sobre la inexistencia de alternativas serias al test de proporcionalidad*

Tres fenómenos ponen en duda que, como afirman algunos autores, la versión alexiana del test de proporcionalidad —con los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— es una metodología que “no tiene ningún rival serio” (Stone Sweet, 2020, p. 542).

El primer fenómeno ya se ha apuntado en el apartado anterior: incluso en los tribunales que han adoptado el test de proporcionalidad —como el Tribunal Federal Constitucional alemán— es posible advertir claros distanciamientos de la estructura defendida por Alexy y gran parte de la doctrina. Parece, en ese sentido, que el primer rival del test alexiano es justamente el tribunal a partir de cual Alexy sistematizó su propuesta.

¹¹ Específicamente, Borowski no termina ni de formalizar ni de definir la relación de esta optimización con los componentes del test de proporcionalidad. En ese sentido, señala que existirían tres posibilidades: incorporar este análisis: “a) al final de la grada de necesidad, b) en la grada de proporcionalidad en sentido estricto o c) en una grada independiente entre estos elementos del análisis de proporcionalidad” (2021, p. 260). Pero, finalmente, Borowski termina por no resolver la cuestión. Sobre la pregunta sobre “dónde” ubicar el análisis simplemente señala que “existen argumentos plausibles a favor de todas las tres soluciones, y éstas tienen sus respectivas desventajas”, por lo que “todas las soluciones son posibles” (2021, p. 263).



El segundo es la coexistencia del test de proporcionalidad con otras metodologías plenamente consolidadas que, aunque utilizan herramientas ponderativas, lo cierto es que son estructuralmente distintas al modelo alexiano. El mejor ejemplo de ello son los niveles de escrutinio que emplea la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (SCOTUS, por sus siglas en inglés). El escrutinio ordinario, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto son test que utiliza dicho tribunal tanto en el ámbito de la protección de ciertos derechos fundamentales como en el ámbito de la igualdad. Asimismo, se trata de metodologías de adjudicación que gozan de una enorme difusión a lo largo del mundo —especialmente los elementos del escrutinio estricto—.

El tercer fenómeno es la convivencia, incluso dentro de una misma jurisdicción, de metodologías de adjudicación que prescinden de cualquier tipo de ponderación y que, en esa medida, responden a lógicas diferentes al test alexiano. Aquí un buen ejemplo es, sin duda, el estándar de la “real malicia” o “malicia efectiva”, establecido por la Corte estadounidense en el caso *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254, 1964). El estándar fue fijado hace más de cinco décadas y con el paso del tiempo también ha experimentado una difusión nada despreciable en diversas jurisdicciones.¹²

¿Cómo caracterizar la coexistencia del modelo alexiano con estas modificaciones al test alemán y, sobre todo, con otras metodologías alternativas? Una respuesta rápida quizá consistiría en alegar que cualquier separación con el test alexiano es un error, una renuencia a aceptar y aplicar lo que para un sector de la doctrina es una metodología “universal”, “esencial” e “inevitable” (Beatty, 2004, pp. 162-163). Bajo esta visión, los tribunales nacionales y supranacionales que emplean el escrutinio estricto o el estándar de la actual malicia simple y sencillamente han optado por herramientas deficientes y han renunciado a reconocer que el test de proporcionalidad es un “aspecto integral del discurso jurídico” y una herramienta que “dota de coherencia a todo el sistema constitucional” y que “es aplicable a todos tipos de derechos e intereses” (Cohen-Eliya y Porat, 2013, p. 3).

Otra alternativa consiste en reconocer que este modelo alemán no es —como afirma el propio Alexy y un sector dominante de la doctrina— una consecuencia lógica de la “naturaleza” de los derechos fundamentales, ni la única metodología de adjudicación necesaria o inevitable. El test

¹² En Youm (2002) y Youm (2014), por ejemplo, se documenta la influencia del estándar en Argentina, Bosnia, Hungría, Pakistán, Filipinas, Taiwán, India, Corea del Sur y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en Carter (2013), en la Corte IDH; en Hsu (2013), en Taiwán; en Tushnet (2014), en Canadá y Nueva Zelanda; y, en Cárdenas Soriano (2021), en México.



alexiano quizá es tan solo una metodología más, con virtudes y problemas, que puede coexistir pacíficamente con otras alternativas, que también tienen bondades y limitaciones, y cuya estructura y elementos pueden coincidir en mayor o menor medida con el modelo alexiano.

Para corroborar lo anterior, habría que hacer una comparación estructural, bajo un lenguaje común, entre el modelo alexiano y otras metodologías de adjudicación. El problema, sin embargo, es que parece que la teoría del derecho aún no ha desarrollado las herramientas que permitan, en un primer momento, realizar una comparación de la estructura y componentes del test alexiano y de otras metodologías de adjudicación alternativas, para así estar en condiciones de hacer una evaluación más precisa de sus alcances y limitaciones.

Por eso no sorprende que en la literatura haya posiciones que parecen irreconciliables. Probablemente el mejor ejemplo de estas diferencias sean los trabajos que buscan explicar las similitudes y diferencias entre el test alexiano y los niveles de escrutinio estadounidenses (especialmente, el escrutinio estricto). Por un lado, hay algunos autores que, después de comparar ambas metodologías, han concluido que entre ellas hay simplemente “micro-diferencias de forma y etiquetas” y que “lejos de ser excepcionales” los niveles de escrutinio “comparten una profunda estructura común” con el test de proporcionalidad (Gardbaum, 2008, pp. 430-431).

Por el otro, hay quienes sostienen lo contrario: que sí existen diferencias significativas, al grado de afirmar que los niveles de escrutinio “han generado patologías que debilitan la protección de los derechos” y que por tanto la jurisprudencia norteamericana debería “adoptar la proporcionalidad para fortalecer la consistencia y transparencia de la adjudicación constitucional” (Mathews y Stone Sweet, 2011, p. 864). Y, por último, hay posiciones que incluso dudan sobre si es realmente posible realizar una comparación entre las metodologías, dada la “ambigüedad” de los test estadounidenses, en tanto incorporan exámenes diferentes a los empleados en el test de proporcionalidad.¹³

De nueva cuenta, parece que el problema es que la doctrina no ha desarrollado las herramientas necesarias para poder hacer una comparación mucho más precisa y profunda, que permita advertir con claridad las dife-

¹³ No es casualidad que, para Barak, esta ambigüedad surja por la incorporación en el escrutinio estricto de un examen (el de sobreinclusión) que no forma parte de los elementos del test alexiano (2012, p. 517) y que, como se verá, es estructuralmente distinto en tanto opera en una dimensión diferente a la del peso.



rencias, similitudes, ventajas y desventajas del test de proporcionalidad y las otras metodologías de adjudicación constitucional, y en última instancia superar estas diferencias que parecen irreconciliables.

III. LAS SOLUCIONES: FORMALIZACIÓN COMPLETA DEL TEST Y COMPARACIÓN ESTRUCTURAL

Este libro busca resolver los dos problemas planteados. En primer lugar, para hacer frente al cuestionamiento sobre el carácter inevitable o necesario del test alexiano y sus tres componentes, presento una formalización completa del test alexiano que permite: (i) comprender la relación entre los diferentes componentes del test, (ii) mostrar sus deficiencias estructurales, (iii) identificar las modificaciones que deben realizarse al test, (iv) redefinir y resolver algunas viejas controversias bajo una luz renovada y (v) explicar y evaluar buena parte de los fenómenos apuntados, esto es, los apartamientos del modelo alexiano del test de proporcionalidad.

Esta formalización permite concluir que, incluso si uno acepta las premisas de la teoría alexiana, la estructura del test —con los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— no es una metodología que deriva de la naturaleza de los derechos fundamentales, ni que permite cumplir con la finalidad consistente en realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible.

En segundo lugar, para responder al cuestionamiento sobre la inexistencia de alternativas serias al test de proporcionalidad, presento una comparación estructural entre éste y otras cinco metodologías que, de acuerdo con el derecho comparado, son alternativas al test de proporcionalidad: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos, (iii) los test o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) la ponderación simple (o *balancing*), y (v) los niveles de escrutinio estadounidenses.

La comparación que se presenta permite advertir que: (i) el test alexiano es sólo una de las varias metodologías de adjudicación que coexisten en las judicaturas del mundo y que han sido sistematizadas por la doctrina, (ii) existen diferentes grados de compatibilidad y similitudes entre el test y las metodologías alternativas y (iii) toda metodología de adjudicación —incluido el test y sus alternativas— presenta tanto virtudes como problemas. Esta comparación, sumada a las deficiencias estructurales del test de pro-



porcionalidad, permite concluir que es difícil sostener la idea de que el modelo alexiano no tiene alternativas serias.

A continuación, presento una breve síntesis acerca de la estructura de este trabajo, así como de las principales tesis de cada capítulo y, además, sus aportaciones.

IV. LA ESTRUCTURA Y LOS MÉTODOS: ENTRE LA TEORÍA DEL DERECHO Y EL DERECHO COMPARADO

Este libro se divide en dos capítulos relativamente extensos. En el primero de ellos realizo una formalización completa del test alexiano y sus componentes: los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para ello, echo mano de las mismas herramientas analíticas utilizadas por el propio Alexy (2002a) en su *Teoría de los derechos fundamentales*: la lógica aplicada al derecho y la aritmética de la ponderación.¹⁴ Asimismo, siguiendo tanto a trabajos clásicos¹⁵ como otros desarrollos más recientes,¹⁶ empleo diversas gráficas que permiten representar tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto, como el examen de necesidad y lo que denomino el examen de optimalidad. Se trata, en este sentido, de una aportación a la teoría analítica del derecho, especialmente aquella desarrollada a partir de los trabajos de Alexy.

En el segundo capítulo, presento cinco metodologías de adjudicación que la doctrina ha considerado como alternativas al test de proporcionalidad. Para ello, recorro tanto a estudios doctrinales como a diversas resoluciones de diferentes tribunales constitucionales, de cortes supremas e incluso de agencias reguladoras con funciones de adjudicación. Estas decisiones me servirán para comparar y contrastar las metodologías alternativas, por un lado, y el test de proporcionalidad, por el otro. Cuando es posible, también presento una formalización y una representación gráfica de la estructura de dichas metodologías. En este sentido, se trata de un capítulo de derecho comparado que tiene, como propósito último, mostrar las similitudes y diferencias estructurales entre el test de proporcionalidad y sus alternativas.

¹⁴ La expresión es de Moreso (2013), aunque también se podría hablar de “aritmética ponderativa”, para tomar prestado un concepto empleado por Pou Giménez (2014).

¹⁵ Barry (1965) y Rawls (1999), por mencionar algunos ejemplos clásicos.

¹⁶ Rivers (2007), Hemphill (2016) y el propio Alexy (2002a).



V. LOS ARGUMENTOS GENERALES Y LAS APORTACIONES ESPECÍFICAS

1. *La formalización completa del test de proporcionalidad alexiano permite entender las relaciones entre sus componentes, identificar sus deficiencias estructurales, replantear sus exámenes, resolver viejos y nuevos debates, así como explicar fenómenos recientes de la práctica jurisdiccional*

La formalización que presento permite demostrar las siguientes tesis, que en buena medida contradicen amplios consensos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En primer lugar, muestro que el modelo alexiano no es un test estrictamente escalonado de tres pasos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sino la conjunción de dos exámenes independientes: la proporcionalidad en sentido estricto y la necesidad.

En segundo lugar, demuestro que es incorrecto el planteamiento de Alexy consistente en que, si una medida no pasa el examen de necesidad, entonces es posible detener el análisis, sin necesariamente pasar al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido, demuestro que —si se quiere respetar el modelo alexiano— en todo análisis de proporcionalidad se debe realizar, primero, la ponderación y, después, el examen de necesidad.

En tercer lugar, muestro que, paradójicamente, el test alexiano no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Esto significa, entre otras cosas, que es errónea la tesis de Alexy consistente en que el test con sus tres exámenes (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se deriva lógicamente de la naturaleza misma de los derechos fundamentales.

Si, como dice Alexy, (i) los principios (incluidos los derechos fundamentales) son mandatos de optimización y (ii) su versión del test no permite optimizar la realización de los derechos, entonces (iii) la relación que existe entre la naturaleza de los derechos fundamentales y el test alexiano no es de necesidad, sino de posible incompatibilidad. El test alexiano no necesariamente garantiza lo que la naturaleza de los derechos demanda (según la teoría alexiana). Lo anterior significa que es posible rechazar aquellas posiciones que dominan la literatura especializada y que afirman que el test de proporcionalidad con sus tres exámenes es una metodología “necesaria” o “inevitable”.

En cuarto lugar, muestro que, en la práctica, existen tribunales que se han apartado del modelo alexiano y han optado por un tipo de análisis



que es compatible con el examen de optimalidad que formalizo en este capítulo. Aunque la literatura ha identificado este fenómeno, lo cierto es que no ha desarrollado las herramientas teóricas para comprenderlo y describirlo adecuadamente. La formalización del examen de optimalidad permite llenar este vacío en la doctrina y plantear un nuevo test que sí cumple con la finalidad del modelo alexiano: el test de maximalidad.

En quinto lugar, muestro que es falsa la tesis alexiana consistente en que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas.

Y, finalmente, muestro que el test de proporcionalidad alexiano (así como el test de maximalidad) no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad. El test sirve para analizar el tipo de proporcionalidad que realiza análisis de costo-beneficio, pero no la proporcionalidad que busca una relación de correspondencia.

2. *En la doctrina y en el derecho comparado sí es posible encontrar metodologías de adjudicación alternativas al test de proporcionalidad alexiano*

En el segundo capítulo muestro que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada sí existen metodologías alternativas al test de proporcionalidad. En particular, en dicho capítulo presento un análisis y una formalización, cuando ello sea posible, de las siguientes aproximaciones metodológicas: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos, (iii) los test o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

El análisis que presento no tiene pretensiones de exhaustividad. Ni analizo todas y cada una de las alternativas que se plantean en la literatura especializada ni mucho menos pretendo hacer un análisis integral sobre cómo se han aplicado las metodologías analizadas en diferentes jurisdicciones. Simplemente busco reconstruir los rasgos y características principales de algunas de las aproximaciones metodológicas que mayor fuerza tienen tanto en la doctrina como en la práctica de otros tribunales.

Como se mostrará, estas metodologías alternativas no están exentas ni de complicaciones ni de méritos propios. Al igual que el test de proporcionalidad, se trata de metodologías que tienen ventajas y desventajas en diferentes planos. No pretendo mostrar que existe una metodología alternativa que sea



superior al test. Simplemente pretendo dar elementos adicionales para defender la tesis de que el test de proporcionalidad no es, ni de cerca, una metodología inevitable o sin rivales serios en la adjudicación constitucional.

En la medida de lo posible, presentaré una formalización de estas metodologías, a fin de poder identificar de una mejor forma sus similitudes y diferencias con el test alexiano. Este ejercicio, como se verá a lo largo del capítulo, también servirá para echar luz sobre diversas cuestiones discutidas por la doctrina.

En términos generales, defenderé las siguientes tesis:

- 1) Existen algunas metodologías que son claramente alternativas al test de proporcionalidad en la medida en que parten de concepciones distintas de los derechos y que apuestan por su delimitación como forma de evitar conflictos. Este sería el caso de algunas teorías absolutas del contenido esencial.
- 2) Existen otras metodologías que son alternativas y que aceptan la posibilidad de que existan conflictos entre derechos pero que los resuelven a partir de parámetros que prescinden de los exámenes del test de proporcionalidad. En este supuesto podríamos ubicar a la teoría de los casos paradigmáticos.
- 3) Existen, asimismo, aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ni procedimientos estandarizados para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos. Ese sería el caso de las metodologías *ad hoc*.
- 4) Existen otras metodologías alternativas que, aunque comparten algunos elementos del test de proporcionalidad, lo cierto es que también presentan diferencias estructurales e incorporan exámenes de una naturaleza distinta a los del modelo alexiano. Este es el caso de los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense.
- 5) Existen metodologías que pueden ser consideradas simplemente como uno de los exámenes del test de proporcionalidad. Específicamente, la ponderación simple (o *balancing*) es formalmente equivalente al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En esta medida, la ponderación es una alternativa al test sólo en la medida en que pueden resolver conflictos entre derechos prescindiendo de uno de los elementos del test (el examen de necesidad).

