

CAPÍTULO PRIMERO

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: FORMALIZACIÓN, CRÍTICA Y REPLANTEAMIENTO DEL MODELO ALEXIANO

I. INTRODUCCIÓN: LA FORMALIZACIÓN PARCIAL Y SUS COSTOS

El test de proporcionalidad¹⁷ es una metodología de adjudicación que permite determinar si una medida que incide en un derecho fundamental se encuentra justificada. En su versión alexiana, que es compartida por buena parte de la literatura, el planteamiento central del test es aparentemente simple: si existe una medida que incide o afecta en el ámbito de protección de un derecho fundamental, entonces esta medida sólo será válida si se demuestra que (i) es idónea para alcanzar una finalidad legítima, que usualmente consiste en otro derecho fundamental o en un principio constitucional, (ii) es necesaria, esto es, si no existe una medida alternativa que, al mismo tiempo,

¹⁷ Tanto en este capítulo como en el resto del libro hablaré del “test de proporcionalidad” y no del “principio de proporcionalidad”, como hace Alexy. Se trata de una decisión que busca, sobre todo, generar claridad. Por más paradójico que sea, el “principio de proporcionalidad” del que habla Alexy no es un principio en el sentido alexiano del término (esto es, una norma que es un mandato de optimización), sino una regla. Así lo reconoce el propio Alexy (2002a, pp. 66-67): “El principio de proporcionalidad no es realmente un principio en el sentido aquí definido. La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) no se ponderan con otras cosas. Estos subprincipios no tienen prioridad en una situación y no en otra. Más bien, la cuestión es si los subprincipios se cumplen o no, y su no satisfacción conduce a la ilegalidad. Por tanto, los tres subprincipios son en realidad reglas” (“The principle of proportionality is not actually a principle in the sense defined here. Suitability, necessity and proportionality in the narrow sense (balance) are not balanced against other things. They do not take precedence in one situation and not in another. Rather, the question is whether the sub-principles are satisfied or not, and their non-satisfaction leads to illegality. Thus the three sub-principles are actually rules”). De esta forma, para efectos de este libro, “test de proporcionalidad”, “principio de proporcionalidad”, “juicio de proporcionalidad” y “examen de proporcionalidad” se utilizarán como sinónimos.



sea igual o más idónea para alcanzar la finalidad pero que sea menos restrictiva del derecho afectado y (iii) es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios que genera en términos de objetivo legítimo son iguales o mayores a los costos generados en términos del derecho afectado.

Aunque el uso del test de proporcionalidad se ha extendido de manera notable a las más variadas jurisdicciones y materias, lo cierto es que se trata de una metodología que ha sido duramente criticada por diversos sectores de la doctrina. No es mi intención hacer aquí un recuento exhaustivo sobre los muchos cuestionamientos ni tampoco sobre las muy variadas respuestas que han ofrecido tanto Alexy como sus defensores. Lo que aquí me interesa enfatizar es que buena parte de las críticas que se le han formulado al test se deben a la falta de claridad y precisión con que Alexy originalmente formuló sus ideas en su *Teoría de los derechos fundamentales*, publicada por primera vez en 1986.¹⁸

De hecho, en el famoso “Epílogo” publicado con la traducción al inglés que apareció en 2002,¹⁹ así como en trabajos posteriores,²⁰ Alexy ofreció una respuesta a sus críticos echando mano de una estrategia que apuesta por la claridad y la precisión: formalizar parte del test de proporcionalidad. Especialmente, Alexy ha desarrollado, con precisión matemática, una representación formal del último de sus pasos: la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Aunque esta formalización también ha sido objeto de críticas y de subsecuentes respuestas por parte de Alexy, algo queda claro:

¹⁸ La *Teoría de los derechos fundamentales* fue publicada, en alemán, en 1986. Julian Rivers realizó la traducción al inglés que publicó Oxford University Press en 2002, tomando como base la tercera edición alemana (aparecida en 1996), y en la cual se incluye el célebre “Epílogo” (*Postscript*), escrito específicamente para dicha edición (Alexy, 2002a). La primera traducción al castellano fue realizada por Ernesto Garzón Valdés y publicada por el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) en 1993 (Alexy, 1993). Posteriormente, el propio CEC publicó, en 2007, una segunda traducción —al parecer, de la primera edición alemana, y que coincide enormemente con la de Garzón Valdés— a cargo en esta ocasión de Carlos Bernal Pulido (Alexy, 2007). En esta segunda edición del CEC se incluye la traducción del Epílogo, realizada por el propio Bernal Pulido a partir de la edición estadounidense. Toda vez que el Epílogo resulta una parte fundamental para la formalización del test de proporcionalidad, para las traducciones al español por lo general tomaré como base la versión de Rivers (Alexy, 2002a).

¹⁹ Antes de aparecer en Alexy (2007), el Epílogo fue publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (Alexy, 2002b).

²⁰ En particular, en los siguientes trabajos es claro que Alexy desarrolla y discute a partir de la formalización de la fórmula del peso: Alexy (2003a; 2003b; 2005; 2007; 2008; 2009; 2010; 2014a; 2014b; 2015a; 2015b; 2016; 2017; 2018; 2019a; 2019b; 2019c; 2019d; 2019e; 2019f; 2019g; 2019h; 2019i).



en buena medida gracias a esta formalización, hoy existe un debate más claro y ordenado sobre la estructura, las bondades y limitaciones del modelo alexiano.²¹

Resulta problemático, sin embargo, que Alexy sólo haya decidido formalizar uno de los tres exámenes que forman parte del test. En particular, que los exámenes de idoneidad y necesidad no se hayan formalizado genera tres grandes problemas. En primer lugar, la falta de una formalización completa impide ver las estrechas relaciones que existen entre los diferentes elementos del test. Por esto, el modelo alexiano a veces parece ser mucho más complejo de lo que en realidad es. En segundo lugar, la falta de formalización impide ver que la estructura del test no es del todo adecuada para alcanzar las finalidades que, según Alexy, tiene su modelo: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible. En tercer lugar, esta ausencia también impide advertir algunos problemas del modelo que no han sido señalados o comprendidos suficientemente por la doctrina.

El objetivo principal de este capítulo consiste en llenar este vacío en la literatura. Ofrezco aquí una formalización completa del test de proporcionalidad que (i) permite ver las estrechas relaciones que existen entre los diferentes elementos del test, (ii) identifica algunos problemas estructurales del modelo alexiano y permite plantear algunas modificaciones significativas y necesarias, y (iii) echa una luz renovada y permite resolver otros debates, nuevos y viejos, relacionados con el test de proporcionalidad. Adicionalmente, como mostraré en el segundo capítulo, la formalización de todos los elementos del test también permite una mejor comparación y contraste del test de proporcionalidad con otras metodologías alternativas de adjudicación.

La estructura que sigue el capítulo es la siguiente. En un primer momento, presento una breve reconstrucción del modelo alexiano de derechos fundamentales, enfatizando tanto algunas de sus premisas básicas como la forma en que Alexy desarrolla los diferentes elementos del test de proporcionalidad. Este recuento tiene un propósito doble: contar con los elementos necesarios para la formalización que se realiza en este capítulo, además

²¹ Véanse, por mencionar sólo algunos ejemplos, los siguientes trabajos, que discuten a partir de la formalización de la fórmula del peso de Alexy: Bernal Pulido (2006), Brožek (2007), Klatt (2011), Barak (2012), Klatt y Schmidt (2012), Klatt y Meister (2012a), Jes-taedt (2012), Anderson (2013), Petersen (2013), Pirker (2013), Bernal Pulido (2014), Lindahl (2016), Martínez-Zorrilla (2018), Susi (2019), Petersen (2020) y Tuzet (2020).



de desarrollar algunos elementos que permitirán una mejor comparación con las metodologías de adjudicación alternativas que se desarrollan en el siguiente capítulo. Posteriormente, presento una formalización completa del test alexiano que permite comprender las relaciones entre todos los diferentes elementos del test de proporcionalidad: la existencia de una medida que incide en un derecho fundamental, el objetivo que persigue dicha medida, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, desarrollo algunas de las lecciones del test de proporcionalidad.

En particular, demostraré 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 la lógica del modelo alexiano— en todo análisis de proporcionalidad se debe proceder de la siguiente forma.

Existen dos precondiciones para poder hacer un análisis de proporcionalidad. La primera de ellas consiste en verificar la existencia de una medida que afecta un derecho o principio (es decir, que la medida genera costos). En caso de que no exista afectación, el análisis se detiene y se concluye que la medida no es inválida. En caso de que sí exista una afectación, se analiza la segunda precondición, consistente en que se debe verificar que la medida es idónea para alcanzar otro derecho o principio (esto es, que la medida genera beneficios). En caso de que no exista idoneidad, el análisis se detiene y se concluye que la medida es inválida. En caso de que sí exista una afectación, se pasa a la siguiente etapa, consistente en verificar que la medida cumpla tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad. Ambos exámenes deben realizarse, preferentemente, en ese orden y en los términos que explico más adelante en este capítulo.

En tercer lugar, muestro que el test alexiano con sus componentes —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— no es apto para alcanzar la finalidad última que persigue Alexy: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible. Ello implica que, incluso aceptando las premisas fundamentales de la teoría alexiana, el test de proporcionali-



dad —tal como lo plantea Alexy— no es ni una metodología necesaria ni una que se deduce lógicamente de la naturaleza de los derechos fundamentales. Si se quiere alcanzar dicha finalidad, entonces el examen de necesidad debe ser sustituido por un examen diferente: el de optimalidad, mismo que desarrollo con detalle en ese capítulo.

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 a cabalidad y describirlo adecuadamente. La formalización del examen de optimalidad permite llenar este vacío en la doctrina.

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 no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad. Sirve para analizar el tipo de proporcionalidad que realiza el análisis de costo-beneficio, pero no la proporcionalidad que busca una relación de correspondencia.

II. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ALEXY

1. *El test en una nuez*

Antes de explicar algunas de las premisas fundamentales de la teoría alexiana, conviene sintetizar brevemente en qué consiste el test de proporcionalidad y sus tres subprincipios. En el nivel más general —y echando mano del ejemplo más sencillo, en el cual sólo hay dos principios en colisión— puede decirse que el test es útil para analizar la justificación o validez de una medida *M* que incide o afecta²² negativamente en un principio o derecho, que podemos de-

²² Es importante notar, por una cuestión terminológica, que el test de Alexy opera tanto para derechos de defensa como para derechos de protección. En la terminología alexiana, cuando la medida *M* incide en un derecho de defensa (que exige una no intervención) se dice que esta genera una “afectación”, “restricción” o “intervención”. En cambio, si la medida incide en un derecho de protección (que exige un actuar positivo) se dice que está frente a una “no satisfacción” (Alexy, 2008, p. 23). Esta diferencia, aunque importante, no afecta el análisis que aquí presento.



nominar P_1 .²³ M puede ser una ley, un reglamento, una decisión jurídica o incluso una omisión.²⁴ Lo relevante, para efectos de la teoría alexiana es que M debe incidir o afectar P_1 .

Lo anterior supone, por tanto, una suerte de “paso cero”, previo a las etapas o “subprincipios” de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y que en términos generales está asociada a la idea de *costo*. Una medida que incide un principio P_1 no es otra cosa que una medida que genera un *costo* en términos de P_1 .

¿Qué entiende Alexy por las tres etapas o subprincipios del test de proporcionalidad? En términos generales, se entiende que la medida M es “idónea” cuando es útil, adecuada o efectiva²⁵ para alcanzar una finalidad F que está mediata o inmediatamente relacionada con otro principio o derecho P_2 .²⁶ Por tanto, el test de idoneidad está asociado a la idea de *beneficio*: una medida M que es idónea para alcanzar, mediata o inmediatamente, el principio P_2 no es otra cosa que una medida que genera un *beneficio* en términos de P_2 .

De manera conjunta, afectación e idoneidad garantizan que efectivamente exista una colisión entre los principios P_1 y P_2 . De ahí se deriva la necesidad de realizar una ponderación entre ambos principios, esto es, un análisis de los *costos* y los *beneficios* que genera la medida M .²⁷ El test

²³ Por lo general usaré esta notación (P_1 , P_2 , P_3 , ...) para nombrar a los principios. Sin embargo, en algunas secciones, a fin de mantener la notación de algunos trabajos de Alexy, usaré P_i o P_j para hablar de los dos principios en colisión.

²⁴ Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada reconocen la posibilidad de que el test de proporcionalidad sea utilizado para analizar la validez tanto de acciones que limitan excesivamente un derecho, como de omisiones o acciones insuficientes que impidan el ejercicio de un derecho. Sobre esta última posibilidad, véase el trabajo de Clérico (2008).

²⁵ A lo largo de este trabajo usaré “idoneidad”, “adecuación” y “eficacia” como sinónimos.

²⁶ Existe un amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada sobre cuáles son los tipos de finalidades que legítimamente pueden perseguirse con una M que incide o afecta un principio P_1 . Pero, para efectos de este apartado, baste con decir que Alexy sostiene que la finalidad F de una medida M que afecta un derecho fundamental o principio P_1 , tiene que ser necesariamente efectiva, adecuada o útil para alcanzar otro principio P_2 .

²⁷ Así lo entiende, por ejemplo, la literatura que ha estudiado tanto la teoría alexiana como la práctica del Tribunal Federal Constitucional alemán. Grimm (2007, p. 393), por ejemplo, señala que “[l]a Corte alemana sopesa la gravedad de la infracción frente a la importancia y urgencia de los factores que la justifican. Es decir, la Corte compara la pérdida del lado del derecho infringido si se mantiene la ley con la pérdida del valor protegido por la ley si prevalece el derecho fundamental”.



de proporcionalidad sólo tiene sentido si se cumplen estas dos condiciones. Para decirlo de otra forma: un análisis costo-beneficio de la medida M sólo tiene sentido si dicha medida genera tanto costos (esto es, si hay una afectación a P_1) como beneficios (es decir, si es idónea para alcanzar P_2).

Uno podría pensar que, después de verificada la existencia de la afectación (costos) y la idoneidad (beneficios) de la medida, el siguiente paso debería ser la ponderación (el análisis costo-beneficio). Sin embargo, esto no es así en el test de proporcionalidad alexiano —y, como se mostrará más adelante, se trata de algo por demás problemático—. La segunda etapa o subprincipio del test es el de necesidad.

¿Qué es el subprincipio de necesidad? Aquí de nueva cuenta es posible encontrar un amplísimo debate en la doctrina y el derecho comparado sobre cómo debe entenderse este examen. Pero, para efectos de la teoría alexiana, esta etapa implica un doble examen. Una medida M será necesaria sólo si no existe una medida alternativa M' que cumpla con dos condiciones: (i) que sea igual o mayormente idónea que M para alcanzar P_2 (esto es, que genere iguales o mayores beneficios en términos de P_2) y (ii) que sea menos restrictiva de P_1 (es decir, que genere menores costos en términos de P_1).

Es por ello que Alexy y buena parte de la literatura señalan que el subprincipio de necesidad tiene una estrecha relación con el óptimo de Pareto: si existe una medida alternativa M' con las características referidas (esto es, resulta igualmente idónea y menos restrictiva al mismo tiempo), entonces la medida M se vuelve innecesaria y la sustitución de M por M' implica una ganancia en términos de P_1 (el derecho o principio afectado negativamente) y, al mismo tiempo, una no pérdida (o incluso un beneficio) en términos de P_2 .

Finalmente, en el modelo alexiano la tercera etapa o subprincipio es lo que podríamos denominar “ponderación”, “balanceo” o “subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”.²⁸ Aunque la exposición que hace Alexy de este principio puede generar cierta confusión, lo cierto es que, en el fondo, se trata de una mera comparación entre el “peso” o la “importancia” de los dos principios en colisión (esto es, P_1 y P_2). Se trata, como he dicho, de un análisis de los costos (en términos de P_1) y de los beneficios (en términos de P_2).

Para realizar el análisis de esta etapa, Alexy defiende la existencia de una “ley de la ponderación” (o “ley material de la ponderación”), mis-

²⁸ De nuevo, emplearé los tres términos como sinónimos.



ma que se formula en los siguientes términos: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor será el grado de importancia de la satisfacción de otro” (2008, p. 15).²⁹ Los pasos que han de realizarse para dicha ponderación o balanceo son directos: medir el “peso” de un principio, luego el “peso” del segundo principio, para finalmente ver cuál principio tiene más “peso”. Es precisamente aquí, en esta operación de “pesaje”, que se vuelve relevante la “fórmula del peso”.

Finalmente, antes de pasar a la formalización de todos los componentes del test de proporcionalidad, conviene sintetizar algunas premisas y tesis básicas de la teoría alexiana, pues ellas serán relevantes tanto para el ejercicio de formalización como para algunas de las críticas que más adelante desarrollaré, así como para comparar al modelo alexiano con otras metodologías de adjudicación.

2. Algunas premisas básicas de la teoría alexiana de los derechos fundamentales

En este apartado presento una síntesis de las premisas básicas de la teoría alexiana de los derechos fundamentales. Se trata de un apartado principalmente descriptivo, pero que sienta algunas ideas fundamentales que más adelante serán remontadas. Lo que busco, parafraseando a Alexy, es brindar claridad sobre la estructura de los derechos fundamentales para así poder tener claridad sobre la estructura y presupuestos sobre los que descansa el modelo alexiano del test de proporcionalidad. En todo caso, para quienes estén familiarizados con la teoría de los derechos fundamentales de Alexy seguramente la exposición de este apartado será prescindible.

A. En la constitución hay tanto derechos expresamente contemplados como derechos “derivados” o “adscritos”

Una primera premisa que conviene tener presente es que, para Alexy, los derechos fundamentales no sólo son aquellos que se derivan directa-

²⁹ Existe, además, una segunda ley, que Alexy denomina “ley epistémica de la ponderación” y que se formula en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (2008, p. 38). Como se verá más adelante, esta segunda ley resulta relevante cuando en la fórmula de Alexy introduce lo que en su modelo es la “seguridad de las premisas empíricas”.



mente de los enunciados o disposiciones de la Constitución. En su teoría, hay también derechos fundamentales que podrían denominarse “derivados” o “adscritos”.³⁰ El artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental alemana³¹ sirve para ilustrar lo que entiende Alexy por este tipo de derechos. Dicha disposición establece, en la parte que interesa a Alexy, lo siguiente:

(1) “[L]a ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres”.

Alexy (2002a, p. 33) alega que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1(3) de la Ley Fundamental —que establece que “[l]os siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”— es claro que se trata de un enunciado normativo y no descriptivo. Por lo tanto, este enunciado puede reformularse con los siguientes enunciados deónticos:

(1’) “Está ordenado que la ciencia, la investigación y la enseñanza científica sean libres”.

(1’’) “La ciencia, la investigación y la enseñanza científica deben ser libres”.

³⁰ En la traducción al inglés se habla de “*derivative constitutional rights norms*”. La primera traducción al español usa el concepto de “normas adscriptas”, mientras que, la segunda, el de “normas adscritas”. Empleo aquí el verbo “derivar”, que de acuerdo con la Real Academia Española (RAE) significa “dicho de una cosa: tener su origen en otra”; “dicho de una palabra: proceder de cierta base léxica”; “encaminar, conducir algo de una parte a otra”. Considero que este concepto transmite mejor que “adscribir” (“hacer figurar algo entre lo que corresponde a una persona o a una cosa” o “asignar a una persona a un servicio o a un destino concretos”) el proceso de “derivación” o “precisión” al que se refiere Alexy. En todo caso, el concepto de derechos “derivados” o “adscritos” no debe confundirse con la idea de derechos “no escritos”. Como explica el propio Alexy, “la situación aquí es diferente a la de la adopción de un ‘derecho fundamental no escrito’. Un derecho fundamental no escrito se caracteriza por el hecho de que la norma de derecho fundamental que lo expresa no guarda una relación de precisión con una norma de derechos fundamentales expresada directamente en el texto de la Constitución” (“[T]he situation here is different from the adoption of an ‘unwritten constitutional right.’ An unwritten constitutional right is characterized by the fact that the constitutional rights norm which expresses it does not stand in a clarifying relation to a constitutional right norm directly expressed in the text of the constitution”) (Alexy, 2002a, p. 35).

³¹ Por simplicidad, a lo largo del trabajo “Ley Fundamental alemana” y “Constitución alemana” serán utilizados como sinónimos.



Para Alexy (2002a, p. 33), tanto (1), como (1') y (1'') son enunciados que expresan *directamente* la norma contemplada en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental. Se trata, sin embargo, de una norma indeterminada (o de textura abierta) tanto semántica como estructuralmente. Para reducir el primer tipo de indeterminación es posible emplear las reglas semánticas. Una de ellas es acudir a la forma en que el Tribunal Federal Constitucional alemán define ciertos conceptos. Por ejemplo, Alexy (2002a, pp. 33-34) recuerda que el tribunal ha dicho que por la actividad científica debe entenderse todo aquello que “por su contenido y su forma, debe ser considerado como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad”. De tal forma que podemos llegar al siguiente enunciado:

- (2) “Todo aquello que por su contenido y su forma sea un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad es ciencia”.

Por lo que, de la combinación de (1'') y (2) es posible llegar a este otro enunciado:

- (3) “Todo aquello que por su contenido y su forma sea un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad debe ser libre”.

Al igual que (1') y (1''), el enunciado (3) sería una forma de expresar la norma contenida en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental, aunque en este caso, la indeterminación semántica se ha reducido. Falta por resolver, por tanto, la indeterminación estructural de esa norma.

¿Qué entiende Alexy por indeterminación estructural? De acuerdo con él, la norma expresada en (3) es estructuralmente indeterminada en tanto que no se define si este derecho implica obligaciones estatales positivas (acciones) o negativas (omisiones), así como que tampoco especifica si dicha norma confiere derechos subjetivos (por ejemplo, de las personas académicas respecto a su libertad científica).³² Para decirlo en pocas palabras: la in-

³² “El hecho de que el mero mandato de que la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres no nos dice si este estado de cosas debe ser provocado activamente por acciones del Estado o simplemente asegurado por su no intervención [su omisión], y si el mantenimiento o establecimiento de este estado de cosas presupone derechos subjetivos de los académicos en relación con la libertad científica” (“The fact that the mere requirement that science, research, and teaching be free does not tell us whether this state of affairs is to be actively brought about by the state, or simply ensured by non-intervention, and whether

determinación estructural se refiere a la falta de claridad sobre qué acciones se encuentran obligadas, prohibidas o permitidas por la norma.

¿Cómo se resuelve esta indeterminación estructural? De nuevo, Alexy recurre a las sentencias del Tribunal Federal Constitucional. En particular, enfatiza que el tribunal ha establecido las siguientes dos premisas:

- (4) “El Estado debe hacer posible y promover el fomento de la ciencia libre y su transmisión a las generaciones futuras, poniendo a disposición medios personales, financieros y organizativos”.³³
- (5) “Toda persona que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza tiene... un derecho de defensa en contra de toda influencia estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos”.³⁴

Para Alexy, no cabe duda de que los enunciados (4) y (5) expresan normas y que, si se les consideran normas de derechos fundamentales, ayudarían a resolver la indeterminación estructural contenida en norma (3). Por un lado, el enunciado (4) dejaría en claro que el derecho a la ciencia libre sí comprende acciones positivas por parte del Estado, esto es, poner a disposición medios personales, financieros y organizativos. Por el otro, el enunciado (5) especificaría que las personas académicas sí tienen un derecho subjetivo, específicamente, un derecho de defensa en contra de interferencias estatales en la obtención y transmisión de los conocimientos.

Pero el problema, sigue Alexy, es determinar si (4) y (5) son efectivamente normas de derechos fundamentales, ya que ni son expresión directa de lo dispuesto en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental, ni tampoco pueden ser derivadas directamente de esa disposición. Sin embargo, Alexy alega que contar con estas normas es necesario, pues de lo contrario sería imposible aplicar en casos concretos normas estructuralmente indeterminadas, tales como la contenida en el enunciado (1”). En sus palabras “si no se adoptan normas de este tipo, no quedaría claro qué se ordena, prohíbe o permite

the maintenance or establishment of this state of affairs presupposes subjective rights of academics in relation to scientific freedom”) (Alexy, 2002a, p. 33).

³³ “The state must enable and support the fostering of free science and its transmission of future generations by making personal, financial, and organizational means available” (Alexy, 2002a, p. 34).

³⁴ “Everyone in active science, research and teaching has... a defensive right against every state influence on the process of gaining and transmitting scientific insight” (Alexy, 2002a, p. 34).



con base en el texto constitucional (o las normas directamente expresadas en él)”.³⁵

Es a partir de esa necesidad que Alexy concluye que normas como las expresadas (4) y (5) sí son un tipo de normas de derechos fundamentales: normas “derivadas” o “adscritas”. Entre el texto de la Constitución alemana —y las normas directamente establecidas en ella— y normas derivadas como (4) o (5) existe, por un lado, una relación de “clarificación” o “precisión” y, por el otro, una relación de “justificación”, en tanto el Tribunal Federal Constitucional alemán debe mostrar por qué la adopción de normas como (4) y (5) son adoptadas por el contenido del artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental.³⁶

Alexy admite que el reconocimiento de derechos constitucionales “derivados” o “adscritos” es por demás problemático. La cantidad de normas que potencialmente podrían derivarse del texto constitucional sería enorme —por decir lo menos—. Alguien podría alegar, dice Alexy, que “en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley Fundamental el Estado tiene que facilitar a cada estudiante una vivienda de dos habitaciones, cerca de la universidad”. ¿Cómo evitar este tipo de absurdos? O, en otras palabras, ¿cuál es el criterio para distinguir entre las normas que “realmente” son normas constitucionales derivadas de aquellas que, como el ejemplo, no lo son?

Para contestar a las anteriores interrogantes, Alexy rechaza un primer criterio, que denomina “empírico”, y que consiste en considerar como normas constitucionales derivadas a aquellas que reconocen tanto las decisiones judiciales (la jurisprudencia) como la ciencia del derecho (la doctrina). Opta, en cambio, por un criterio “normativo” y dice que una “derivación es legítima cuando la norma derivada puede ser clasificada como válida” y señala que esto último sucede cuando “es posible brindar una justificación

³⁵ “If norms of this nature are not adopted, it would not be clear what is commanded, prohibited, or permitted on the basis of the constitutional text (or the norms directly expressed on it)” (Alexy, 2002a, p. 35).

³⁶ “This type of relationship between the norms cited and the constitutional text can be termed a ‘clarifying relation’. In addition to this relation, there is a second special connection to the text of the Constitution, or to its directly expressed norms. In that the Federal Constitutional Court adopts the norms cited, it assumes that they are to be adopted because the Constitution contains article 5(3)(1). In other words, we are dealing with a justifying relation between the norm in need for clarification and the clarifying norm. These two reasons justify us in treating as constitutional rights norms not only norms directly expressed in the Constitution, but also norms of the type advanced” (Alexy, 2002a, p. 35).



constitucional (o iusfundamental) correcta para su ordenamiento a partir de una norma directamente establecida”.³⁷ ¿Qué entiende Alexy por este tipo de justificaciones? A continuación, ofrezco al respecto una breve síntesis de la respuesta alexiana.

B. Las normas de derechos fundamentales son aquellas para las cuales es posible brindar una justificación constitucional (o iusfundamental) correcta

Como puede verse, la existencia y justificación de las normas constitucionales derivadas nos lleva a un problema de difícil solución. ¿Qué es una “justificación constitucional (o iusfundamental) correcta”? En un primer momento, Alexy se muestra pesimista, pues enfatiza que las reglas de la argumentación constitucional no ofrecen respuestas infalibles, y que incluso dichas reglas son controversiales. En sus palabras,

que una norma derivada sea una norma de derechos fundamentales depende en el razonamiento constitucional que pueda encontrarse para su respaldo. A primera vista, esto tiene consecuencias fatales. En muchos casos, la existencia de una justificación constitucional correcta para una norma derivada es altamente controversial. Las reglas de la justificación constitucional no establecen un procedimiento que infaliblemente dé una respuesta en todos los casos y, de cualquier forma, esas reglas son en sí mismas controvertidas. Esto significa que en muchos casos es incierto si ciertas normas son normas de derechos fundamentales.³⁸

Pero inmediatamente después Alexy cambia de posición. Minimiza la magnitud del problema y dice que en última instancia esta dificultad es inevitable. En sus palabras:

³⁷ Énfasis añadido. “Derivation is legitimate when the derivative norm can be classified as valid. [...] [A] derivative norm is valid and is a constitutional rights norm when it is possible to provide correct constitutional justification for its ordering under a directly established norm” (Alexy, 2002a, p. 36).

³⁸ “So, whether a derivative norm is a constitutional rights norm depends on the constitutional reasoning which can be found to support it. At first sight this has fatal consequences. In many cases the existence of correct constitutional justification for a derivative norm is thoroughly controversial. The rules of constitutional justification do not set out a procedure which infallibly delivers an answer in every case, and anyway those rules are themselves controversial. This means that in many cases it is uncertain whether certain norms are constitutional rights norms” (Alexy, 2002a, pp. 36-37).



Sin embargo, la incertidumbre no es tan grave. Para empezar, no afecta a todas las normas derivadas en la misma medida. Por ejemplo, apenas hay alguna duda sobre la justificación de una norma, derivada del artículo 5(3) (1) de la Ley Fundamental, que otorga un derecho de defensa. Más allá de eso, se trata de un problema simplemente inevitable. Podríamos rechazar la idea de una norma derivada de derecho fundamental que aquí se propone, pero entonces el problema sobre qué prescriben las disposiciones de derechos fundamentales seguiría siendo igual de apremiante. Dado que existen buenas razones para mantener el concepto de derechos derivados, y dado que con ello no se produce incertidumbre adicional, todo habla a favor de la conveniencia de utilizarlo.³⁹

Lo que sí sabemos es que la idea de una *justificación constitucional* (o *iusfundamental*) *correcta* comprende no sólo razones normativas, sino de todo tipo. En palabras del propio Alexy, es posible y deseable “distinguir entre una norma como una entidad lingüística y las diversas razones evaluativas, empíricas, provenientes de los precedentes judiciales, doctrinales, y de otro tipo que pueden proponerse para la interpretación particular de una norma”.⁴⁰

Alexy no abunda más en qué constituye una *justificación constitucional* (o *iusfundamental*) *correcta*, aunque ciertamente se trata de un componente fundamental. Para esta cuestión, Alexy remite a otra de sus obras: la *Teoría de la argumentación jurídica* (1989).⁴¹ No es mi propósito hacer un recuento de-

³⁹ “[I]t is entirely possible to distinguish between a norm as a linguistic entity and the various evaluative, empirical, precedential, doctrinal, and other reasons which may be put forward for a particular interpretation of a norm. It is not only possible, it is desirable” (Alexy, 2002a, p. 41).

⁴⁰ “However, this uncertainty is not so very serious. For a start it does not affect all derivative norms to the same extent. For example, there is hardly any doubt about the justification of a norm derived from article 5(3)(1) Basic Law granting a defensive right. Beyond that it is a problem that is simply unavoidable. We could do away with the idea of a derivative constitutional rights norm proposed here, but then the problem of what is required by constitutional rights provisions would remain just as pressing. Since there are good reasons for keeping a concept of a derivative norm, and since no uncertainty is thereby added, everything is in favour of using it” (Alexy, 2002a, p. 37).

⁴¹ *La teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* de Alexy fue publicada originalmente en 1978. En este trabajo me baso en la traducción al inglés realizada por Ruth Adler y Neil MacCormick, publicada en 1989 por Oxford University Press (Alexy, 1989). Existe también una traducción al español, a cargo de Manuel Atienza e Isabel Espejo, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales en 1991 y reimpresa en 1997 (Alexy, 1997). Más recientemente, Palestra Editores ha publicado una edición ampliada (Alexy, 2007), basada en la reimpresión de 1997, en la cual se incluye



tallado de esta (otra) teoría alexiana. Baste con señalar dos cosas. Primero, la teoría alexiana se preocupa tanto de la justificación interna, que busca determinar si una decisión se sigue lógicamente de sus premisas,⁴² como de la justificación externa,⁴³ que se encarga de la corrección de dichas premisas (Alexy, 1989, p. 221). Y, segundo, que en la argumentación jurídica vale un número por demás amplio e indeterminado de reglas y formas de justificación —argumentos semánticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos, teleológicos, dogmáticos, jurisprudenciales, empíricos,

un apéndice con su artículo sobre la fórmula del peso (Alexy, 2008), así como una entrevista realizada por Atienza (2001).

⁴² De acuerdo con Alexy (1989, p. 221), los problemas asociados con lo que tradicionalmente se ha denominado el “silogismo judicial”:

- $$\begin{array}{ll} (1) (x) (Tx \rightarrow ORx) & \\ (2) Ta & \\ (3) ORa & (1), (2) \end{array}$$

En esta notación, x es una variable individual, a es una constante individual, T es un predicado que representa el supuesto de hecho, R es un predicado que representa la consecuencia jurídica y O es el operar deóntico de obligatorio.

⁴³ Para Alexy (1989, pp. 221-286), en la argumentación jurídica es necesario emplear diferentes tipos de premisas, a las que corresponden diferentes métodos de fundamentación. En primer lugar, para justificar las reglas de derecho positivo es necesario mostrar su conformidad con los criterios de validez de un determinado ordenamiento jurídico. En segundo lugar, los enunciados empíricos se justifican mediante los métodos de las ciencias naturales o sociales, las máximas de la presunción racional o incluso con las reglas de la carga de la prueba. En tercer lugar, Alexy alega que “para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo sirve lo que puede designarse como «argumentación jurídica»”. Más específicamente, Alexy alega que para este tercer tipo de premisas existen seis grupos de reglas y formas de justificación externa: (i) reglas y formas de interpretación, sobre las cuales “hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor”, pero en las que incluye a los argumentos semánticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos y teleológicos; (ii) reglas y formas de la argumentación dogmática, entendida como la “ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio”, en las que se incluyen los argumentos sistemático-conceptuales; (iii) reglas y formas del uso de los precedentes, que incluye el principio de “universalidad” y la regla de la carga de la argumentación para el abandono de precedentes; (iv) reglas y formas de la argumentación práctica en general, que puede ser necesaria para fundamentar premisas normativas necesarias para las distintas formas de argumentos, para la elección entre formas de argumentación que llevan a resultados diferentes, para la fundamentación de enunciados dogmáticos, para distinguir y abandonar precedentes y para la fundamentación de los enunciados que se emplean en la justificación interna; (v) reglas y formas de la argumentación empírica, entendida aquí como “la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación externa de los enunciados no empíricos”; así como (vi) formas especiales de argumentos jurídicos, tales como la analogía, el argumento a contrario, el argumento a fortiori y el argumento al absurdo.



analógicos, a contrario, a fortiori, al absurdo y, más ampliamente, todos los provenientes de la argumentación práctica en general— para las que no existen jerarquías definitivas y, más importante aún, que pueden llevar a resultados contradictorios.

Lo que sí hace Alexy en la *Teoría de los derechos fundamentales* es extender los alcances del argumento al señalar que la necesidad de brindar una justificación correcta no sólo es aplicable a las normas adscritas, sino también a todas las normas de derechos fundamentales:

La definición de norma de derechos fundamentales como dependiente de una justificación constitucional correcta... puede extenderse a normas de derechos constitucionales directamente establecidos y, por tanto, generalizarse. Una definición general así afirmaría que las normas de derechos fundamentales son todas aquellas cuya justificación constitucional es posible. Para las normas de derechos fundamentales directamente establecidas, la referencia al texto de la Constitución es usualmente adecuado.⁴⁴

La idea de una *justificación constitucional (o iusfundamental) correcta*, además, permite advertir otro rasgo importante de la teoría de Alexy, esto es, una suerte de objetivismo que sostiene que las normas de derechos fundamentales no se crean, sino que se descubren a través de la interpretación. En sus palabras, una de las ventajas de la idea de derechos fundamentales derivados es que

permite hablar del descubrimiento de nuevas normas de derechos fundamentales. Al respecto, uno recuerda la bella imagen trazada por Thoma, que con cierta moderación puede ser aplicada igualmente a la Ley Fundamental: ‘Se puede decir que la jurisprudencia alemana trata a la Constitución imperial en cuya profundidad la varita mágica de la exégesis puede mostrar las nuevas, hasta ahora ocultas, vetas de las normas válidas.’⁴⁵

⁴⁴ “The definition of constitutional rights norm as dependent on correct constitutional justification... can be extended to directly established constitutional rights norms and hence generalized. Such a general definition would state that constitutional rights norms are all those norms for which constitutional justification is possible. For directly established constitutional rights norms a reference to the text of the constitution is usually adequate” (Alexy, 2002a, p. 37).

⁴⁵ “[I]t makes it possible to speak of the discovery of new constitutional rights norms. In this connection one is reminded of the fine picture drawn by Thoma, which with some moderation can be applied equally well to the Basic Law: «One could say that German jurisprudence treats the Imperial Constitution like a mountain in the depths of which the



No es difícil ver por qué es problemático que, para Alexy, el “descubrimiento” de las normas de derechos fundamentales sea producto de las múltiples, indeterminadas e incluso contradictorias formas y reglas de (su concepción de) la argumentación jurídica.⁴⁶ No es mi intención ahondar en las implicaciones de esta tesis. Sirva lo expuesto simplemente para enfatizar que *i)* estos problemas están presentes en cuestiones torales de la teoría alexiana, como la determinación misma de qué es y qué no es una norma de derechos fundamentales y *ii)* que se gana poca claridad cada vez que, frente a una cuestión determinada, Alexy remite a su teoría de la argumentación.

C. Las normas de derechos fundamentales pueden tener tanto la forma de principios (mandatos de optimización) como de reglas (normas que se cumplen o no)

Para Alexy existe una diferencia *cualitativa* entre dos tipos de normas: las reglas y los principios.⁴⁷ La idea de *optimización* está en el corazón de la

divining rod of exegesis reveals the new, hitherto hidden, seams of valid norms»” (Alexy, 2002a, p. 37).

⁴⁶ Se trata, por supuesto, de un problema tan añejo como vigente. Como apunta Gargarella (2008, p. 417) en la actualidad “contamos con múltiples criterios interpretativos que los jueces pueden utilizar de modo más o menos indistinto (sin que ello implique, obviamente, el menor riesgo para sus carreras) en un contexto en el que —y esto es lo que agrava todo el problema— muchos de tales criterios, contrastados entre sí, llevan a soluciones opuestas”, lo cual abre la puerta para que las personas juzgadoras “definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus prejuicios o convicciones ideológicas o intereses, y luego «salgan a la búsqueda» de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir”.

⁴⁷ En palabras de Alexy, las “normas se pueden dividir en reglas y principios y... esta distinción no es simplemente una cuestión de grado, sino cualitativa”. (“[N]orms can be divided into rules and principles and... this distinction is not simply a matter of degree but is qualitative”). (Alexy, 2002a, p. 47). Aquí cabe una nota breve, pero relevante. “Principio” es un concepto por demás ambiguo, y lo que son principios para una teoría del derecho no necesariamente lo son para otra. Aunque a veces se confunden, la concepción alexiana de los principios difiere significativamente de la defendida, por ejemplo, por Dworkin. Alexy señala ciertas discrepancias a lo largo de la *Teoría*: la idea de que los principios siempre tienen el mismo carácter *prima facie* y que las reglas siempre tienen el mismo carácter definitivo, algo que Alexy califica de “simplista” (2002a, p. 57); la posición de Dworkin consistente en que los principios sólo están relacionados con derechos individuales, lo cual contrasta con la teoría de Alexy, para quien los principios pueden referirse tanto a los derechos individuales como a intereses colectivos (2002a, pp. 65-66); o la ambición de la teoría de Dworkin, que pretende llegar a una respuesta correcta en cada caso, una empresa que está “destinada al fracaso” de acuerdo con Alexy, quien alega que ello supondría la posibilidad de contar con una escala



distinción. De acuerdo con esta teoría, los principios son mandatos de optimización, que pueden referirse tanto a intereses colectivos como a derechos individuales (Alexy, 2002a, p. 47-62).⁴⁸ Esto quiere decir que “los principios son normas que requieren que algo se realice en la mayor medida posible dadas las posibilidades legales y fácticas”.⁴⁹ Por lo mismo, los principios “pueden satisfacerse en diversos grados” y la determinación del “grado apropiado de satisfacción depende no sólo de lo que es fácticamente posible sino también de lo que es legalmente posible”.⁵⁰ Los principios son, por tanto, mandatos *prima facie*.

En cambio, las reglas son, en la teoría alexiana (Alexy, 2002a, pp. 47-48), “normas que, siempre, o se cumplen o no se cumplen”. Si una regla es aplicable al caso, entonces la orden consiste en “realizar eximentemente

cardinal u ordinal de valores, o bien, de brindar una lista (potencialmente infinita) completa y ordenada de relaciones concretas de precedencia (2002a, pp. 384-386). Asimismo, Dworkin (1978, p. 43) defiende la idea de que “no se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos”, algo que evidentemente no es el caso en la teoría alexiana, en la que precisamente las disposiciones contenidas en el texto constitucional son una de las principales fuentes de las normas de derechos fundamentales, muchas de las cuales tienen forma de principios. Finalmente, y derivado quizá del punto anterior, para Dworkin (1978, p. 43) es imposible identificar número de “principios en vigor”, ya que los principios “son discutibles... son innumerables, y se transforman y cambian tan rápido que el comienzo de la lista se tornaría obsoleta antes de que llegáramos a la mitad”. De nuevo, creo que no hay nada en la *Teoría* de Alexy que sugiera que las normas con forma de principios —especialmente los derechos fundamentales que tienen esta forma— sean tan abundantes y cambiantes como los principios a los que se refiere Dworkin.

⁴⁸ En este sentido, señala que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán ofrece una gran variedad de principios que se refieren a intereses colectivos: “la salud pública, el suministro energético, el aseguramiento alimenticio, el combate al desempleo... el afianzamiento de la estructura interna de las fuerzas armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del libre orden democrático”. Que el principio se refiera a este tipo de bienes colectivos implica, para Alexy, que es necesario crear o mantener “estados de cosas” que, “en la medida más alta de lo jurídica y fácticamente posible, satisfacen ciertos criterios, que son más amplios que el cumplimiento o satisfacción de los derechos individuales”. (“The case-law of the Federal Constitutional Court offers a wide variety of examples of collective interests as the subject matter of principles. They range from public health, the provision of energy, securing the food-chain, and the combating of unemployment, through to securing the internal structure of the armed forces, the security of the Federal Republic of Germany, and protecting the free democratic order”). (Alexy, 2002a, p. 37).

⁴⁹ “[P]rinciples are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities” (Alexy, 2002a, p. 47).

⁵⁰ Principles “can be satisfied to varying degrees,... and the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible” (Alexy, 2002a, pp. 47-48).



lo que dice, ni más ni menos”. Por ello, las reglas no pueden satisfacerse en diferentes grados. Las reglas, en ese sentido, contienen “puntos fijos en el campo de lo factual y legalmente posible”, esto es, mandatos *definitivos*.

Uno de los mayores problemas de la teoría alexiana es que no existe un criterio claro para poder determinar si una norma es una regla o es un principio. Entrar a los pormenores de esa discusión excede con creces los propósitos de este capítulo, pero sí conviene tener en mente que la posición de Alexy, en esta cuestión, es por lo menos endeble.⁵¹ A continuación proporcione algunos ejemplos.

En algunas partes de su teoría, Alexy sugiere que la diferencia estructural entre las normas constitucionales en forma de reglas y las normas constitucionales en forma de principios radica en su grado de precisión o determinación —pero esta sería una lectura ciertamente apresurada—. De hecho, más adelante Alexy insiste en que la generalidad no es un criterio adecuado para distinguir reglas y principios. Aunque reconoce que “los principios suelen ser relativamente generales” esto se debe, de acuerdo con él, a que los principios “no han sido relacionados con las posibilidades del mundo fáctico o normativo”. Es por esto por lo que Alexy dice que “el criterio de generalidad es solo relativamente preciso”, y que prueba de ello es la “existencia de normas con un alto grado de generalidad que no son principios”.⁵²

¿Qué es lo que entonces distingue a las reglas de los principios? Más allá de la referencia a la generalidad, Alexy termina enfatizando que la distinción es otra: a diferencia de los principios, las reglas establecen alcances y límites diferenciados de los derechos fundamentales y, en esa medida, expresan decisiones sobre los principios en colisión. En palabras de Alexy:

⁵¹ Quizá el mejor ejemplo de este notable problema de la *Teoría* es la forma en que Alexy presenta la norma contenida en el artículo 1(1)(1) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que establece, textualmente, que “[l]a dignidad humana es inviolable”. De acuerdo con Alexy, esta disposición “da la impresión de ser absoluta. Sin embargo, la razón de esta impresión no reside en el hecho de que esta disposición constitucional establezca un principio absoluto, sino en primer lugar en el hecho de que *la norma de dignidad humana se trata en parte como una regla y en parte como un principio*” (énfasis añadido). “[A]rticle 1(1)(1) Basic Law gives the impression of absoluteness. However, the reason for this impression does not lie in the fact that this constitutional provision enacts an absolute principle, but firstly in the fact that the human dignity norm is treated partly as a rule and partly as a principle” (Alexy, 2002a, p. 49).

⁵² “Principles are on the whole relatively general, because they have not yet been related to the possibilities of the factual and normative world... That the criterion of generality is only relatively accurate can be seen in the existence of norms of a high degree of generality which are not principles” (Alexy, 2002a, pp. 60-61).



Las disposiciones sobre derechos constitucionales pueden verse no solo como la positivización y, por tanto, decisiones a favor de ciertos principios, sino también como la expresión de un intento de tomar decisiones a la luz de lo requerido por principios en colisión. En este punto pasamos al nivel de las reglas, y de esta manera las disposiciones adquieren un doble aspecto. Por un lado, promulgan principios; por el otro, en la medida en que muestren expresiones diferenciadas de su alcance y límites, contienen decisiones relativas a los requisitos de principios en colisión. Por supuesto, las decisiones que contienen son incompletas. De ninguna manera posibilitan, en todos los casos, la toma de decisiones que prescindan de la ponderación. Diferentes disposiciones de los derechos constitucionales muestran una gran variación en su grado de precisión. Compárese, por ejemplo, la forma en que se expresa de la libertad de expresión artística con la inviolabilidad del hogar.⁵³

Conviene detenerse en los ejemplos que cita el propio Alexy. ¿Qué dicen las disposiciones de la Constitución alemana sobre la libertad de expresión artística, por un lado, y la inviolabilidad del hogar, por el otro? El artículo 5 de la Ley Fundamental alemana reconoce en los siguientes términos el derecho a la libre expresión:⁵⁴

⁵³ “Constitutional rights provisions can be seen not only as the enactment of, and hence decisions in favor of, certain principles, but also as the expression of an attempt to take decisions in the light of the requirement of competing principles. At this point we move to the level of rules, and in this way the provisions acquire a double aspect. On one hand they enact principles; on the other—to the extent that they show differentiated expressions of their scope and limits—they contain decisions relative to the requirements of competing principles. Of course, they decisions they contain are incomplete. In no way do they make decision-taking free from balancing exercises possible in every case. Different provisions of constitutional rights show great variation in their degree of precision. Compare, for example, the expression of the freedom of artistic expression with the inviolability of the home” (Alexy, 2002a, pp. 82-83). Que las disposiciones de derechos fundamentales sean vistas como la positivización de principios refleja, en cierta medida, la concepción no positivista del derecho de Alexy (2004, p. 124), según la cual “se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión”. (“So it is that principles, even when they cannot be identified as legal principles according to the validity criteria of the constitution, as well as other normative arguments justifying the decision become components of the law”). (Alexy, 2002c, p. 130). No en balde se ha dicho que esta es una de las tesis en las que Alexy confunde, o no separa estrictamente, los conceptos de derecho y justicia (Salazar Ugarte, 2011, p. 296).

⁵⁴ La traducción oficial al inglés lo expresa en los siguientes términos: “Article 5[.] (1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films



Artículo 5

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

(3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

Por su parte, el artículo 13 de dicha Ley Fundamental reconoce así el derecho a la inviolabilidad del domicilio:⁵⁵

shall be guaranteed. There shall be no censorship. (2) These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons and in the right to personal honour. (3) Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution”.

⁵⁵ O, en términos de la traducción al inglés: “Article 13[.] (1) The home is inviolable. (2) Searches may be authorised only by a judge or, when time is of the essence, by other authorities designated by the laws and may be carried out only in the manner therein prescribed. (3) If particular facts justify the suspicion that any person has committed an especially serious crime specifically defined by a law, technical means of acoustical surveillance of any home in which the suspect is supposedly staying may be employed pursuant to judicial order for the purpose of prosecuting the offence, provided that alternative methods of investigating the matter would be disproportionately difficult or unproductive. The authorisation shall be for a limited time. The order shall be issued by a panel composed of three judges. When time is of the essence, it may also be issued by a single judge. (4) To avert acute dangers to public safety, especially dangers to life or to the public, technical means of surveillance of the home may be employed only pursuant to judicial order. When time is of the essence, such measures may also be ordered by other authorities designated by a law; a judicial decision shall subsequently be obtained without delay. (5) If technical means are contemplated solely for the protection of persons officially deployed in a home, the measure may be ordered by an authority designated by a law. The information thereby obtained may be otherwise used only for purposes of criminal prosecution or to avert danger and only if the legality of the measure has been previously determined by a judge; when time is of the essence, a judicial decision shall subsequently be obtained without delay. (6) The Federal Government shall report to the Bundestag annually as to the employment of technical means pursuant to paragraph (3) and, within the jurisdiction of the Federation, pursuant to paragraph (4) and, insofar as judicial approval is required, pursuant to paragraph (5) of this Article. A panel elected by the Bundestag shall exercise parliamentary oversight on the basis of this report. A comparable parliamentary oversight shall be afforded by the Länder. (7) Interferences and restrictions shall otherwise only be permissible to avert a danger to the public or to the life of an individual or, pursuant to a law, to confront an acute danger to



Artículo 13

(1) El domicilio es inviolable.

(2) Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas.

(3) Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculcado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

(4) En la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; una resolución judicial deber solicitarse sin dilación.

(5) Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida puede ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto, sólo será permitida si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución judicial tiene que ser solicitada sin dilación.

(6) El Gobierno Federal informa al Bundestag anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3 así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4 y, en la medida en que se exija un control judicial, según el apartado 5. Un órgano elegido por el Bundestag ejerce el control parlamentario sobre la base de este informe. Los Länder garantizan un control parlamentario equivalente.

(7) Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especial-

public safety and order, in particular to relieve an accommodation shortage, to combat the danger of an epidemic or to protect young persons at risk”.



mente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro.

¿Cuál es la regla y cuál es el principio? No parece que exista variación significativa en el grado de precisión entre diversas disposiciones de ambos artículos. Decir que “el arte es libre” no es algo muy distinto a señalar que “el domicilio es inviolable”. De ambas disposiciones sería posible, vía interpretación, derivar normas prohibitivas como (i) la prohibición de limitar el arte y (ii) la prohibición de violar el domicilio. Pero, como es evidente, para subsumir un caso concreto en una y otra habría que resolver primero diversos problemas relacionados con la indeterminación de las formulaciones, esto es, definir qué es “arte”, qué es “domicilio”, qué es una “limitación” y qué es una “violación” para así estar en condiciones de determinar cuáles son las acciones específicas que están prohibidas. Asimismo, habría que definir —como reconoce el propio Alexy— si dichas prohibiciones establecen solamente derechos de defensa, o bien, si de ellas también es posible extraer obligaciones positivas por parte del Estado. El grado de “precisión” de las disposiciones, por tanto, no parece llevarnos muy lejos.

Ahora bien, quizá se podría recurrir al segundo criterio de Alexy, esto es, la idea consistente en que las reglas, a diferencia de los principios, muestran “expresiones diferenciadas” de los “alcances y límites” de los derechos y, por ello, que “contienen decisiones relativas a los requisitos de principios en colisión”. No obstante, aún bajo este criterio el problema persiste.

Por un lado, los enunciados “el arte es libre” y “el domicilio es inviolable” no contienen ningún tipo de expresión diferenciada sobre el alcance y límites de los derechos a la libertad de expresión artística y el derecho a la inviolabilidad del hogar. Si se sigue el criterio alexiano, podría entonces decirse válidamente que ambas disposiciones contienen normas formuladas a manera de principios.

Por otro lado, existen otras disposiciones que sí contienen expresiones diferenciadas sobre estos derechos en cuestión. Es claro, por ejemplo, que el artículo 13(2) fija un límite a la inviolabilidad del domicilio cuando establece que los registros podrán realizarse cuando se cumplan ciertas condiciones: (i) por orden judicial o (ii) por otros órganos establecidos por las leyes si la demora implica un peligro inminente y (iii) sólo de la forma establecida por las leyes. Y, de manera similar, el artículo 5(2) establece que el derecho a la libertad de expresión artística podrá ser limitada bajo ciertas condiciones: (i) en las disposiciones de las leyes generales, (ii) en las disposiciones



legales adoptadas para la protección de la juventud y (iii) en el derecho al honor personal.

Debido a lo anterior, podría decirse, por tanto, que tanto la libertad de expresión como la inviolabilidad del domicilio también contienen normas formuladas a manera de reglas, en tanto sus respectivas disposiciones contienen expresiones diferenciadas de los alcances y límites de dichos derechos.

Sirva lo anterior simplemente para precisar un punto. Aunque Alexy sugiere que la libertad de expresión y la inviolabilidad del domicilio son ejemplos de la diferencia entre reglas y principios, lo cierto es que en los artículos 5 y 13 de la Ley Fundamental existen disposiciones que pueden ser interpretadas para extraer tanto reglas como principios. De nuevo, no pretendo aquí ahondar en el muy extenso debate que se ha generado a partir de la posición de Alexy.⁵⁶ Lo único que pretendo mostrar es que en este otro aspecto medular para su teoría —y eventualmente para la operación del test de pro-

⁵⁶ En un lado del debate, Günther (1993, p. 214) alega que para Alexy “la distinción entre reglas y principios tiene que ver menos con la estructura de las normas que con la aplicación de las normas en situaciones concretas”. García Amado (2019, p. 203) es aún más severo y argumenta que Alexy de plano falla al proveer un criterio estructural para distinguir entre reglas y principios. En sus palabras, “Alexy tendría que dar una definición estructural, mostrar cuál es esa característica que hace distintas a las normas [en forma de reglas] y a los principios y que es la razón de que los conflictos se solventen diferentemente. Pero, como dicha caracterización independiente de la manera de resolver los conflictos no se ve en Alexy, habremos de concluir que no se trata de que reglas y principios resuelvan distintamente sus conflictos porque tengan naturaleza estructural diferente, sino *al contrario: tienen naturaleza estructural diferente porque resuelven sus conflictos distintamente*” (énfasis original). La posición de Neves (2021, p. 66) tiene mayores matices, pero igualmente critica la distinción alexiana entre reglas y principios. En ese sentido, apunta que Alexy “implícitamente admite” que “la diferencia entre las reglas y los principios es en realidad gradual”. En el otro lado del debate, Alexy (2000, pp. 298-300) ha defendido su posición frente a las críticas. Ha insistido en que “los principios son normas que, debido a su estructura, son fundamentalmente distintas que las reglas”, pero al menos ha concedido que “hay casos en los que no es fácil decidir si una norma debe ser tratada como una regla o como un principio”. El problema, sin embargo, es que su réplica es poco convincente. Según Alexy, la distinción entre reglas y principios “es una cuestión de interpretación y, como es usual con la interpretación, no hay criterios para llegar a respuestas simples y claras en todos los casos”. Por lo anteriormente expuesto, no es sorprendente que parte de la doctrina —véanse, por ejemplo, las posiciones críticas, aunque no necesariamente coincidentes, de García Amado (2009), García Figueroa (2011) y Ferrajoli (2011)— rechace este tipo de distinciones entre reglas y principios. Para una formulación alternativa, que intenta distinguir entre reglas, “principios en sentido estricto” y “directrices o normas programáticas”, véase el trabajo de Atienza y Ruiz Manero (1996); y, para una crítica a dicho trabajo, véase el de Aguiló Regla (2005).



porcionalidad— la posición de Alexy es poco clara, por decirlo de una forma amable.

D. Los conflictos entre reglas se resuelven invalidando o generando excepciones; las colisiones entre principios, ponderando

Más allá de los problemas que tiene Alexy para identificar las diferencias estructurales entre reglas y principios, conviene enfatizar otro punto central de la teoría alexiana. De acuerdo con Alexy (2002a, p. 49), esta distinción se traduce en maneras opuestas de resolver los conflictos entre estos dos tipos de normas.⁵⁷ Aunque Alexy emplea una terminología diferente, colisiones y conflictos no son otra cosa que manifestaciones de lo que tradicionalmente se conoce como antinomias,⁵⁸ esto es, incompatibilidades que surgen cuando “dos normas, consideradas individualmente, conducen a resultados inconsistentes cuando se aplican, es decir, conducen a dos juicios de deberes jurídicos concretos que son mutuamente incompatibles”.⁵⁹ Sin embargo, en la teoría alexiana ambos tipos de incompatibilidades se resuelven de distinta forma.

Los conflictos entre reglas —si seguimos a Alexy (2002a, p. 49)— pueden ser solucionados ordinariamente de dos formas. La primera consiste en generar una excepción en una de las reglas; la segunda, en declarar que una norma es inválida (o no aplicable). Para resolver los conflictos usamos lo que usualmente conocemos como métodos tradicionales de solución de antinomias: el criterio consistente en que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior (*lex posterior derogat legi priori*), el consistente en que ley especial prevalece sobre la ley general (*lex specialis derogat legi generali*), así como el recurrir a la importancia sustantiva (*substantive importance*) de las reglas para ver cuál debe prevalecer. Los conflictos entre reglas, por tanto, se resuelven en la dimensión de la *validez*.

⁵⁷ Alexy reconoce que buena parte de la literatura habla de “conflicto de normas” (“conflict of norms”), sin hacer la distinción consistente en que hay “colisiones” entre principios y “conflictos” entre reglas. Y, de hecho, el propio Alexy pretende mostrar la idea de que, pese a sus parecidos, “las colisiones entre principios y los conflictos entre reglas son fundamentalmente diferentes” (“competing principles and conflicting rules are fundamentally different from each other”) (Alexy, 2002a, p. 48).

⁵⁸ Esta sería la posición, por ejemplo, de Prieto Sanchís (2000, p. 19), para quien las colisiones entre principios constitucionales sería un tipo de antinomias.

⁵⁹ “[T]wo norms, each taken on their own, lead to inconsistent results when applied, that is, they lead to two mutually incompatible concrete legal ought-judgements” (Alexy, 2002a, p. 49).



En cambio, las colisiones entre principios se resuelven en otra dimensión: en la del *peso*. Por ello, como se verá con mayor detalle, la ponderación (*balancing*) es el método que permite resolver las colisiones entre principios. Se trata, en suma, de determinar cuál principio pesa más.

E. El peso concreto de los principios y sus relaciones de precedencia dependen de las circunstancias del caso

¿Cómo determinar cuál principio debe prevalecer? Lo primero que habría que decir es que, aunque Alexy (2002a, pp. 50-51) reconoce que los principios pueden tener tanto un peso abstracto como un peso concreto,⁶⁰ lo cierto es que el énfasis está puesto en el peso concreto. Es por lo que Alexy defiende la idea de que el peso de un principio depende de las *circunstancias del caso*:

Si dos principios colisionan, por ejemplo, si un principio prohíbe algo y otro lo permite, entonces uno de los principios debe ser superado. Esto no significa que el principio superado sea inválido ni que se le deba incorporar una excepción. Por el contrario, el principio superado en sí mismo puede superar al otro principio en ciertas circunstancias. En circunstancias distintas, la cuestión de la precedencia puede tener que invertirse.⁶¹

Estas circunstancias del caso, a su vez, permiten establecer una *relación condicional de precedencia*. Dicho de otro modo, son las circunstancias del caso las que nos dirán en qué casos un principio tiene precedencia por el otro.

⁶⁰ Alexy (2002a, p. 80) proporciona el siguiente ejemplo: “Una disputa sobre el peso abstracto de un principio sería, por ejemplo, una discusión sobre la máxima ‘*in dubio pro libertate*’, que expresa una precedencia básica a favor de aquellos principios que se dirigen hacia las libertades jurídicas individuales. Las disputas sobre el peso concreto de la precedencia de los principios tienen lugar en el contexto de desacuerdos sobre la solución correcta del caso individual”. (“A dispute about the abstract weight of a principle would be, for example, discussion about the maxim ‘*in dubio pro libertate*’, which is taken to express a basic preference in favour of those principles which are directed towards individual legal liberties. Disputes about the concrete weight of preference of principles take place in the context of disagreements about the correct solution of the individual case”).

⁶¹ “If two principles compete, for example if one principle prohibits something and another permits it, then one of the principles must be outweighed. This means neither that the outweighed principle is invalid nor that it has to have an exception built into it. On the contrary, the outweighed principle may itself outweigh the other principle in certain circumstances. In other circumstances the question of precedence may have to be reversed” (Alexy, 2002a, p. 50).



Estas relaciones “condicionales” o “concretas” de precedencia son lo opuesto a las relaciones “absolutas” o “abstractas” de precedencia. Alexy (2002a, p. 52) ofrece una definición formal de los dos tipos de relaciones que conviene tener presente. Así, por ejemplo, entre un principio P_1 y otro principio P_2 , puede haber cuatro tipos de relaciones de precedencia $\mathbf{P}$, dos de las cuales son absolutas y las otras dos son condicionales.

Las relaciones absolutas de precedencia entre el principio P_1 y el principio P_2 son las siguientes:⁶²

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$

La expresión (1) indica que el principio P_1 tendrá siempre precedencia sobre el principio P_2 , con independencia de las circunstancias. Por eso se trata, en términos de Alexy, de una precedencia absoluta o incondicionada.

En cambio, las relaciones condicionales de precedencia dependen de las circunstancias C . De esta forma, podemos decir que existen las siguientes relaciones condicionales de precedencia entre P_1 y P_2 :

- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

La expresión (3) indica que, dadas las circunstancias C , el principio P_1 tiene precedencia sobre el principio P_2 . Inversamente, la expresión (4) indica que, dadas las circunstancias C , será P_2 el que tenga precedencia sobre P_1 .

Finalmente, estas relaciones condicionales de precedencia permiten formular una “ley” que conecta las circunstancias C con las consecuencias Q que suponen los normas con forma de principios P_1 y P_2 . Alexy define la “ley de la colisión” o “ley de los principios que colisionan”⁶³ de la siguiente forma:

⁶² Aunque Alexy no lo menciona en esta parte de su *Teoría*, habría que añadir una tercera posibilidad: que no exista una relación de precedencia entre P_1 y P_2 , esto es, que exista un empate entre el peso de P_1 y P_2 y, en consecuencia, no se pueda hablar como tal de una relación de precedencia entre ambos principios. No obstante, como más adelante veremos, esta encuentra solución cuando Alexy, en el *Epílogo*, contempla expresamente la posibilidad de que haya empates entre los principios.

⁶³ Es importante notar que, en la versión original de la teoría, Alexy realiza dos afirmaciones que no se compadecen del todo con lo previamente desarrollado por él mismo y,



Si un principio P_1 tiene precedencia sobre el principio P_2 en las circunstancias C : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, y de P_1 da lugar a consecuencias legales Q en las circunstancias C , entonces se aplica una regla válida que tiene a C como su supuesto de hecho y a Q como su consecuencia jurídica:
 $C \rightarrow Q$ ⁶⁴

Un ejemplo que proporciona el propio Alexy (2002a, pp. 54-56) sirve para ilustrar el punto: el caso *Lebach*. En este asunto, una televisora planeó la transmisión de un documental relacionado con el asesinato de cuatro

sobre todo, con el *Epílogo*. En esta parte de la *Teoría*, Alexy afirma que ni existen relaciones absolutas de precedencia entre principios, ni tampoco es posible cuantificar esta relación de precedencia. En palabras del propio Alexy, la ley de la colisión: “refleja el carácter de los principios como requisitos de optimización entre los que, en primer lugar, no existe una relación de precedencia absoluta y, en segundo lugar, se refieren a actos y situaciones que no son cuantificables” (“It reflects the character of principles as optimization requirements between which there is, first, no relation of absolute precedence, and which concern, secondly, acts and situations which are not quantifiable”) (Alexy, 2002a, p. 54). Asimismo, conviene señalar que Alexy sostiene una posición un tanto dubitativa sobre la posibilidad de realizar ponderaciones (o establecer relaciones de precedencia) entre normas que tienen la forma de reglas. En un primer momento, parece rechazar esta posibilidad, pero más adelante —como se desarrollará con detalle en un apartado subsecuente— sostiene que sí sería posible toda vez que detrás de cada regla hay un principio subyacente. En palabras de Alexy (2002a, p. 58): “Una regla no se invalida automáticamente cuando el principio en colisión tiene más peso que su propio principio subyacente en los hechos del caso. Aquí, hay otros principios que también deben ser superados, como el de que se deben seguir las reglas aprobadas por una autoridad que actúa dentro de su competencia, y el principio de que uno no debe apartarse de la práctica establecida sin una buena razón. Estos principios pueden denominarse ‘principios formales’. Cuanto más peso se le da a los principios formales dentro de un sistema legal, más fuerte es el carácter *prima facie* de sus reglas. Sólo cuando tales principios se vean completamente desprovistos de peso, las reglas dejarían de aplicarse como reglas. Solo entonces las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*”. (“A rule is not automatically trumped when the competing principle is of greater weight than its own underlying principle on the facts of the case. Here, there are other principles which also need trumping, such as the one that rules passed by an authority acting within its jurisdiction are to be followed, and the principle that one should not depart from established practice without good reason. Such principles can be called ‘formal principles’. The more weight that is given to formal principles within a legal system, the stronger is the *prima facie* character of its rules. It is only when such principles are completely deprived of any weight that the rules would no longer apply as rules. Only then would rules and principles have the same *prima facie* character”).

⁶⁴ “If a principle P_1 takes precedence over principle P_2 in circumstances C : $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$, and of P_1 gives rise to legal consequences Q in circumstances C , then a valid rule applies which has C as its protasis and Q as its apodosis: $C \rightarrow Q$ ” (Alexy, 2002a, p. 54). Nótese que aquí que la notación de Alexy parece incompleta, pues hacen falta dos normas: una que conecte al principio P_1 con la consecuencia Q , y otra que conecte al principio P_2 con otra consecuencia incompatible con Q .



soldados que dormían en un depósito de municiones del ejército. El documental presentaba, entre otras cosas, el nombre e imagen de una persona que fue condenada por su participación en el crimen. Sucede que, para el momento en el que la televisora planeaba la transmisión, esta persona estaba a punto de ser puesta en libertad. Alegando que la transmisión violaría sus derechos fundamentales ya que pondría en peligro su resocialización, esta persona solicitó una medida cautelar para que se prohibiera su difusión. El tribunal regional rechazó su petición y la misma suerte corrió su apelación ante el tribunal superior. Posteriormente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Federal Constitucional alemán.

De acuerdo con Alexy (2002a, pp. 54-56), el Tribunal Constitucional resolvió la colisión de principios de la siguiente forma. En primer lugar, reconoció que existía una tensión entre dos derechos. Por un lado, la protección a la personalidad —reconocida en el artículo 2(1) en relación con el artículo 1(1) de la Ley Fundamental—⁶⁵ sería el principio P_1 y su aplicación en el caso concreto implicaría la *prohibición* de la transmisión. Por el otro, el derecho a la libertad de información —reconocida en el artículo 5(1)(1) de la misma Ley Fundamental— sería el principio P_2 y, aplicado al caso concreto, implicaría la *permisión* de la transmisión. Se trata, sigue Alexy, de un claro ejemplo de colisión, en tanto trata de “dos normas que conducen a resultados mutuamente incompatibles”. Y, como se trata de normas formuladas a manera de principios, ninguna es inválida ni existe una relación de precedencia absoluta entre ambas, pues se trata de principios de igual jerarquía desde un punto de vista abstracto.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional Federal alemán estableció una primera relación condicional de precedencia. Específicamente, señaló que cuando se proporciona “información actual sobre hechos delictivos” —que serían las circunstancias C_1 — la libertad de información (P_2) tiene, *en principio*, precedencia sobre la protección a la personalidad (P_1). O, para decirlo formalmente, $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_1$. Enfatizo “en principio”, pues de acuerdo con el propio Alexy “no todo reporte de información actual está permitido” en tanto las condiciones de precedencia “incluye una cláusula *ceteris paribus* que permite excepciones”.⁶⁶

⁶⁵ Estas disposiciones de la Ley Fundamental establecen literalmente: 1(1) “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”; 2(1) “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.

⁶⁶ Esto implica, siguiendo la notación de Alexy, que podría existir otro conjunto de circunstancias (C_3) en las que la concurrencia de tanto el factor “información actual sobre



En tercer lugar, el Tribunal Federal Constitucional, de acuerdo con Alexy, resolvió el caso concreto a partir de la identificación de los factores que permiten establecer las relaciones de precedencia. De acuerdo con su razonamiento, cuando se trata de la transmisión de información repetida (F_1), de un hecho delictivo (F_2), que no responde a intereses informativos actuales (F_3) y que pone en riesgo la resocialización de la persona que delinquiró (F_4), se está frente a un conjunto de circunstancias (C_2) en las que la protección de la personalidad (P_1) tiene precedencia sobre la libertad de información (P_2). En términos formales, se diría que ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C_2 .⁶⁷ Y la regla condicional, de acuerdo con Alexy, podría ser formulada ya sea como (5) o (6), en las que Q significa que la transmisión está constitucionalmente prohibida:

$$(5) (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3 \wedge F_4) \rightarrow Q$$

$$(6) C_2 \rightarrow Q$$

Para Alexy, tanto (5) como (6) serían normas derivadas, esto es, normas que no pueden ser extraídas directamente del texto constitucional. Y, como se ha dicho, si es posible dar una “justificación constitucional (o iusfundamental) correcta” —con todos los problemas que ya se han apuntado anteriormente— entonces habría que aceptar que tanto (5) como (6) son normas de derechos fundamentales. O, para decirlo en palabras de Alexy, “el resultado de toda ponderación *correcta* de derechos fundamentales puede formularse en términos de una norma de derechos fundamentales derivada que tiene la forma de una regla bajo la cual se puede subsumir el caso”.⁶⁸

Subrayo que la ponderación debe ser *correcta*, pues allí está el meollo del asunto. ¿Cómo es posible concluir *correctamente* que, en ciertas circunstancias (C_1) la libertad de información (P_2) tiene precedencia sobre la protección a la personalidad (P_1), pero que en otro conjunto de circunstancias (C_2) sucede lo contrario? ¿Cómo determinar cuáles son los factores rele-

hechos delictivos” (F_5) como de otro factor (F_6) cambiaría la relación de precedencia, de tal forma que la protección a la personalidad (P_1) tendría precedencia sobre la libertad de información (P_2). O, para decirlo formalmente, ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C_3 , donde $C_3 = (F_5 \wedge F_6)$.

⁶⁷ En este caso, se podría decir que $C_2 = (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3 \wedge F_4)$.

⁶⁸ Énfasis añadido. “[T]he result of every correct balancing of constitutional rights can be formulated in terms of a derivative constitutional rights norm in the form of a rule under which the case can be subsumed” (Alexy, 2002a, p. 56). Esto también sirve para demostrar, según Alexy, que “incluso si todas las normas de derechos fundamentales fueran principios... seguirían existiendo tanto normas de derechos fundamentales que son principios como otras que son reglas”. (“[E]ven if all directly established constitutional rights norms were principles... there would still be constitutional rights norms which are principles and those which are rules”). (Alexy, 2002a, p. 56).



vantes ($F_1, F_2, \dots, F_n$) que deben incluirse en la ponderación? ¿Cómo saber por qué ciertos factores (F_5 , por ejemplo) juegan a favor de un principio (P_2), pero otros factores (F_1, F_2, F_3 y F_4) juegan a favor de otro? ¿Qué hacer cuando unos factores juegan a favor del primer principio, pero otros a favor del segundo?⁶⁹ ¿Cómo determinar cuáles factores pesan más y, en consecuencia, cómo debe resolverse la ponderación?

Se trata, por supuesto, de cuestiones fundamentales a las que Alexy no da una respuesta satisfactoria, puesto que la mera referencia a su teoría de la argumentación, como se ha visto, prácticamente no resuelve nada.⁷⁰ Pero sirva lo anterior simplemente para dejar dos cosas en claro. Por un lado, es cierto que, en la teoría alexiana, la aplicación del test de proporcionalidad en efecto podría servir para generar una regla que resuelva para casos futuros. Pero, como se ha visto, la determinación del supuesto de hecho de esa regla —esto es, las circunstancias específicas ($C_1, C_2, \dots, C_n$) en las que un principio toma precedencia sobre otro— tiene un altísimo grado de discrecionalidad (o, de plano, de arbitrariedad). Y, por el otro, también es claro que las reglas generadas a partir de la aplicación del test de proporcionalidad tienen un carácter *prima facie*, pues siempre es posible que en casos futuros se contemplen factores adicionales que reviertan la relación de precedencia entre los principios en colisión.

F. No hay principios absolutos; todos pueden derrotar y ser derrotados por otros principios

Una consecuencia lógica de la concepción alexiana de las normas es que todos los principios pueden, al menos en teoría, derrotar y ser derrotados por otros principios. Incluso disposiciones que parecen absolutas, como el artículo 1(1)(1) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que literalmente establece: “La dignidad humana es inviolable”.

De acuerdo con Alexy, esta disposición “da la impresión de ser absoluta”. Sin embargo, esto no es así. Lo que sucede —sigue Alexy— es que

⁶⁹ Por ejemplo, no queda claro cuál sería la relación de precedencia en un caso en el que concurren un conjunto de circunstancias $C_4 = (F_1 \wedge F_2 \wedge F_4 \wedge F_5)$, esto es, cuando se trata de la transmisión de información repetida (F_1), de un hecho delictivo (F_2), que sí responde a intereses informativos actuales (F_5), pero que pone en riesgo la resocialización de la persona que delinquiró (F_4).

⁷⁰ Baste con adelantar, de momento, que cualquier conjunto de circunstancias ($C_1, C_2, \dots, C_n$) que concurren en un caso específico, eventualmente debe ser traducido en un peso (concreto) para todos los principios que se encuentran en colisión ($P_1, P_2, \dots, P_n$).



“existe un conjunto muy amplio de condiciones de precedencia para el principio de la dignidad humana”.⁷¹ O, para decirlo de otro modo: que el principio de la dignidad humana prevalezca en un gran número de circunstancias, no quita el hecho de que, en otras circunstancias, pueda ceder ante otros derechos.⁷²

Es por esto por lo que Alexy (2002a, p. 57), afirma que los “principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones”, mientras que las reglas “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”, esto es, las reglas “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”.⁷³

⁷¹ El ámbito definido por esas condiciones, es decir, el área protegida por la normativa correspondiente a estas condiciones es lo que el Tribunal Constitucional Federal denomina ‘el núcleo absolutamente protegido de la autonomía privada’ (énfasis añadido). (“It gives the impression of absoluteness. However, the reason for this impression does not lie in the fact that this constitutional provision enacts an absolute principle, but firstly in the fact that the human dignity norm is treated partly as a rule and partly as a principle, and secondly in the fact that there is a very large set of conditions of precedence for the principle of human dignity together with a strong degree of certainty that when they are satisfied it takes precedence over other competing principles. The area defined by such conditions, that is, the area protected by the rules corresponding to these conditions, is what the Federal Constitutional Court calls, ‘the absolutely protected core area of private autonomy’”). (Alexy, 2002a, p. 49).

⁷² En todo caso, en la teoría alexiana sólo hace sentido hablar de reglas sobre dignidad humana como producto de las relaciones de precedencia condicionada que ya se han explicado, esto es, las reglas que se derivan cuando en las circunstancias *C* la dignidad humana tiene precedencia sobre otros principios y, por tanto, existe una regla que tiene como supuesto de hecho a las circunstancias *C* y como consecuencia jurídica a las consecuencias legales derivadas del principio de la dignidad humana. Lo que es más discutible es que Alexy no está dispuesto a sostener un argumento similar para el caso de principios que siempre son derrotados. Este sería el caso, por ejemplo, de la segregación racial. Según Alexy, “No hay un solo caso en el que [el principio de la segregación racial] prevalezca y hay varios en los que es superado; mientras los principios del derecho constitucional vigente permanezcan inalterados, el principio será superado en todos los casos, es decir, no es un principio válido” (“There is not a single case in which it takes precedence and several in which it is overridden; for as long as the principles of current constitutional law remain unchanged, the principle will be overridden in every case, which is to say that it is not a valid principle”) (Alexy, 2002a, p. 49). En todo caso, la idea alexiana de que existen principios que se imponen (dignidad humana) o ceden (segregación racial) en la mayoría o prácticamente todas las circunstancias *C* será por demás relevante para los propósitos de la agenda de investigación que se apunta al final de este libro, especialmente la parte en la que se alega que el test de proporcionalidad es compatible tanto con el control concreto de constitucionalidad, como con el abstracto.

⁷³ “Principles represent reasons which can be displaced by other reasons... This is quite different in the case of rules. In that rules insist that one does exactly as required, they contain a decision about what is to happen within the realm of the legally and factually possible” (Alexy, 2002a, p. 57).



G. Tampoco hay reglas absolutas: si hay razones de peso, las normas constitucionales en forma de principios pueden tomar precedencia sobre las normas constitucionales en forma de reglas

Para Alexy, las reglas y los principios son mandatos que tienen un carácter diferente. Por un lado, las reglas, mandatos *definitivos*, “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”. En este sentido, “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”.⁷⁴ Por el otro, los principios son mandatos *prima facie* ya que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo jurídica y fácticamente posible”. Es por esto por lo que Alexy alega que “del hecho de que un principio sea relevante para un caso no se sigue que lo exigido por el principio efectivamente se aplique”. Los principios, por tanto, “representan razones que pueden ser reemplazadas por otras razones”.⁷⁵

Pero esto no significa que las reglas sean *siempre* mandatos definitivos. En la teoría alexiana es posible que, al resolver casos, se introduzcan excepciones a la aplicación de las reglas. En estos casos, sigue Alexy, “la regla pierde su carácter definitivo para ese caso”. Más importante aún, la “incorporación de una excepción puede estar basada en un principio”. Y, en esto, Alexy alega que las posibilidades son infinitas, ya que “las excepciones que se incorporan a las reglas sobre la base de los principios ni siquiera son teóricamente calculables. Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva excepción”.⁷⁶

Lo anterior podría llevar a pensar que, en realidad, tanto reglas como principios tienen el mismo carácter *prima facie*: así como un principio puede ser perfectamente desplazado por otro principio que tenga mayor peso en el caso concreto, una regla podría ser desplazada por un principio si en el caso

⁷⁴ “Principles require that something be realized to the greatest extent legally and factually possible. They are this not definitive but only *prima facie* requirements. It does not follow from the fact that a principle is relevant to a case that what the principle requires actually applies. Principles represent reasons which can be displaced by other reason” (Alexy, 2002a, p. 57).

⁷⁵ “[R]ules insist that one does exactly as required, they contain a decision about what is to happen within the realm of the legally and factually possible” (Alexy, 2002a, p. 57).

⁷⁶ “[I]t is possible to incorporate an exception into a rule on the occasion of a particular case. When this occurs, the rule loses its definitive character for the case. The incorporation of an exception can be based on some principle. But... the exceptions incorporated onto rules on the basis of principles are unquantifiable in theory... One can never be sure that in some new case a new exception should not be created” (Alexy, 2002a, pp. 57-58).



el principio tiene un mayor peso que el principio subyacente en la regla. Pero tal posición no es del todo aceptable para Alexy. De acuerdo con él, en la balanza es necesario incluir el peso de “principios formales”. En sus palabras:

El carácter *prima facie* que adquieren las reglas al perder su carácter estrictamente definitivo es de un tipo fundamentalmente diferente que el de los principios. Un principio es superado cuando un principio opuesto tiene un mayor peso en el caso a decidir. En contraste, una regla no es automáticamente superada cuando un principio opuesto es de mayor peso que su propio principio subyacente a luz de los hechos del caso. En una situación así hay otros principios que también deben ser vencidos, tales como el que establece que las reglas aprobadas por una autoridad competente deben ser seguidas, el principio consistente en que uno no se debe separar de la práctica establecida a menos de que existan buenas razones. Estos principios pueden ser llamados ‘principios formales’. Cuando mayor sea el peso que se da a los principios formales dentro de un sistema legal, mayor será el carácter *prima facie* de sus reglas. Sólo cuando a dichos principios formales se les quita cualquier peso es que las reglas dejan de ser aplicadas como reglas. Sólo en esta situación las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*.⁷⁷

Lo que Alexy alega, en suma, es que los principios sí pueden vencer a las reglas, pero que en este caso es necesario incluir en la balanza el peso de los principios formales: de un lado tendríamos el peso del principio subyacente a la regla y el peso de los principios formales en juego, mientras que del otro lado tendríamos el peso del principio opuesto.

⁷⁷ “[T]he *prima facie* character which rules acquire on losing their strictly definitive nature is of a fundamentally different type from that of principles. A principle is trumped when some competing principle has a greater weight in the case to be decided. By contrast, a rule is not automatically trumped when the competing principle is of greater weight than its own underlying principle on the facts of the case. Here there are other principles which also need trumping, such as the one that rules passed by an authority acting within its jurisdiction are to be followed, and the principle that one should not depart from established practice without good reason. Such principles could be called ‘formal principles.’ The more weight that is given to formal principles within a legal system, the stronger is the *prima facie* character of its rules. It is only when such principles are completely deprived of any weight that the rules would no longer apply as rules. Only then would rules and principles have the same *prima facie* character” (Alexy, 2002a, pp. 57-58). Otros ejemplos de principios “formales” —o “procedimentales”, como también los denomina Alexy— serían “el principio que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad” (2002a, p. 82) o “el principio de sujeción al texto de la Constitución” (2002a, p. 84).



Alexy proporciona un ejemplo para ilustrar esta tesis. Para ello, recurre al artículo 12(1) de la Ley Fundamental alemana, que establece literalmente lo siguiente: “Todos los alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la libertad de profesión puede ser regulado por la ley o en virtud de una ley”.

Alexy señala que, de acuerdo con el texto de ese artículo, la libertad de *elegir* una profesión —establecida en el artículo 12(1)(1)— no está sujeta a limitaciones, mientras que la libertad de *ejercer* una profesión —artículo 12(1)(2)— sí lo está. Pero esto no significa que la primera libertad, que tiene la forma de regla, sea absoluta. De acuerdo con Alexy, “hay condiciones en las cuales principios opuestos mucho más importantes que la libertad de elegir una profesión, por lo que se justifica una desviación del significado literal de la Constitución”. Dicho de otro modo, se trata de un caso en el que el nivel de las reglas no prevalece sobre el nivel de los principios. Y esto es así, finaliza Alexy, porque a final de cuentas

la regla de precedencia es que el nivel de las reglas toma precedencia sobre el nivel de los principios a menos de que las razones para tomar una decisión contraria a la que fue hecha en el nivel de las reglas sean tan fuertes que superan al principio de sujeción del texto de la Constitución. La cuestión de la fuerza relativa de estas razones es el objeto de la argumentación constitucional.⁷⁸

La fórmula, como puede verse, es básicamente la misma: los principios pueden vencer a las reglas (en este caso, la regla establecida en el artículo 12(1)(1) de la Ley Fundamental alemana) siempre y cuando existan razones de peso que permitan superar tanto al principio subyacente a la regla (la libertad de elegir una profesión) como a los principios formales relevantes (en este ejemplo, el principio de sujeción al texto de la Constitución). Y, de nue-

⁷⁸ “[T]here are conditions under which a competing principle are so much weightier than the freedom to choose a profession that a departure from the literal meaning of the Constitution is justified. In other words, this is a case which does not correspond to the precedence of the level of rules over the level of principles as defined by the text of the constitutional provisions. So the relation of precedence between the two levels is not strict. Rather, the rule of precedence is that the level of rules takes precedence over the level of principles unless the reasons for taking a decision contrary to that which has been made at the level of rules are so strong that they override the principle of commitment to the text of the Constitution. The question of the relative strength of the reasons is the subject-matter of constitutional argumentation” (2002a, p. 84).



vo, para determinar qué principios tienen más peso, Alexy se va por la tangente y remite a su teoría de la argumentación.

Valga una nota final. Alexy no explica por qué no es posible resolver un conflicto entre reglas mediante la ponderación de sus principios subyacentes (a los que habría que sumar, para ser congruentes con la teoría alexiana, el peso de los principios formales involucrados). Se trata de un problema no menor, pues nada impide que en un caso concreto sean aplicables dos reglas constitucionales coetáneas y sin una relación de generalidad/especialidad, por lo que los tradicionales métodos de antinomias no serían suficientes para resolver el conflicto entre reglas. No es mi propósito ahondar en el tema. Simplemente sirva lo expuesto para dejar en claro que, de nuevo, estamos frente a una cuestión problemática de la teoría alexiana.

H. Las normas de derechos fundamentales adquieren un doble carácter (como reglas y como principios) cuando se incorporan cláusulas de restricción basadas en principios

Hay una razón adicional por la que Alexy alega que las normas de derechos fundamentales tienen un doble carácter: por la incorporación de cláusulas de restricción basadas en principios. Para entender lo que esta tesis implica conviene detenerse en un ejemplo que proporciona el propio Alexy.

El artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental alemana establece literalmente lo siguiente:

- (1) “El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres”.

De acuerdo con Alexy, si uno se concentra exclusivamente en la libertad artística, dicha disposición puede formularse de la siguiente manera:

- (2) “El arte es libre”.

Ahora bien, si esta disposición puede ser interpretada —como lo ha hecho el Tribunal Federal Constitucional alemán— en el sentido de que “garantiza la libertad de las actividades artísticas en sentido amplio”, entonces, es posible afirmar que “*prima facie*, está prohibida toda regulación de actividades que pertenezca a la esfera artística”. Por tanto, es posible derivar la siguiente norma:



- (3) “Está prohibida la regulación de las actividades pertenecientes a la esfera artística”.

Para Alexy, esa norma no puede ser considerada como una regla completa, pues ello desconocería que “hay casos en los que otros principios toman precedencia sobre la libertad artística”. Aquí es precisamente donde se introducen las cláusulas de limitación basadas en principios. Alexy recurre a la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán para señalar que la norma contenida en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental puede ser expresada de la siguiente forma:

- (4) “Está prohibida la regulación de las actividades pertenecientes a la esfera artística, a menos que sea necesaria para satisfacer principios opuestos de estatus constitucional (sea para la protección de los derechos fundamentales de terceros o intereses colectivos) que, en las circunstancias del caso, tienen precedencia sobre el principio de libertad artística”.

Alexy formaliza de la siguiente forma las condiciones que expresa la cláusula:

La cláusula introducida requiere, primero, que los principios opuestos, que pueden ser llamados $P_2, \dots, P_n$, tengan *estatus constitucional*; segundo, que la intervención estatal sea *necesaria* para satisfacer $P_2, \dots, P_n$ (lo que incluye su *idoneidad*); y, tercero, que $P_2, P_3, \dots, P_n$ en las circunstancias del caso (C) *tomen precedencia* sobre el principio de libertad artística, que puede ser llamado P_1 , esto es que valga $(P_2, \dots, P_n \text{ } \mathbf{P} \text{ } P_1) C$. Es claro que esta cláusula... no es otra que las tres partes del principio de proporcionalidad. Si llamamos ‘ L ’ a las condiciones para la satisfacción de toda la cláusula; ‘ S ’ a la regulación estatal de cualquier actividad dentro del ámbito de protección de la libertad artística, y ‘ Q ’ la consecuencia jurídica de la prohibición constitucional de la intervención estatal en cuestión, entonces la forma más general de una norma de derecho constitucional con una cláusula de limitación es: ... S y no $L \rightarrow Q$ ⁷⁹

⁷⁹ “The interpolated clause requires, first, that the competing principles, call them $P_2, \dots, P_n$, have constitutional status, secondly that state intervention is necessary to satisfy $P_2, \dots, P_n$, (which includes suitability), and thirdly, that $P_2, \dots, P_n$ under the circumstances of the case (C) take precedence over the principle of artistic freedom, which can be called P_1 , in short that $(P_2, \dots, P_n \text{ } \mathbf{P} \text{ } P_1)C$ applies. It is apparent that this clause... is none other than the three parts of the principle of proportionality. If we call the conditions for the satisfaction of the entire clause ‘ L ’, state regulation of any form of activity within the scope of artistic liberty ‘ S ’, and



¿Por qué lo anterior muestra el doble carácter de las normas de derechos fundamentales? Alexy alega, por un lado, que $(S \wedge \neg L) \rightarrow Q$ tiene el carácter de una regla en la medida en que su aplicación no necesita ningún tipo de ponderación y porque los casos pueden ser subsumidos en ella. Dicho de otro modo: existe una regulación estatal que cae en el ámbito de protección de la libertad artística (S) y dicha regulación no cumple con las condiciones de la cláusula de limitación (L), entonces la regulación está constitucionalmente prohibida (Q). Pero, sigue Alexy, en la medida en que la cláusula de limitación (L) hace referencia explícita a la colisión entre principios, la norma no tiene sólo el carácter de una regla.

I. El test de proporcionalidad (con sus tres subprincipios) es una metodología universal y necesaria, ya que la naturaleza de los principios implica el test de proporcionalidad (y viceversa)

Otro punto fundamental en la teoría alexiana es que el test de proporcionalidad se concibe como una metodología universal y necesaria. Por un lado, Alexy afirma que el test de proporcionalidad es aplicable “a todos los principios, medios y fines que sean concebibles”.⁸⁰ Y, por el otro, señala que existe una relación de necesidad entre la naturaleza de los principios y el test de proporcionalidad con sus tres subprincipios o exámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con Alexy (2002a: 66), la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad; y el principio de proporcionalidad implica la naturaleza de los principios:

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.⁸¹

the legal consequence of the constitutional prohibition of the state intervention in question ‘Q’, then the most general form of a constitutional rights norm equipped with a limitation clause is... S and not $L \rightarrow Q$ ” (Alexy, 2008, p. 85).

⁸⁰ “[T]his applies to any conceivable principles, ends and means” (Alexy, 2008, p. 68).

⁸¹ “The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the prin-



Habría que enfatizar que Alexy no abunda demasiado en esta justificación. Pero algo queda claro: en la teoría alexiana, el test de proporcionalidad con sus tres subprincipios o exámenes —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— no es una metodología optativa, que pueda ser seleccionada entre distintas alternativas. Para él, el test de proporcionalidad es una medida que se sigue *lógicamente* de la naturaleza de los derechos fundamentales. Es por, tanto, un metodología universal y necesaria.

J. Los subprincipios de idoneidad y necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad con las posibilidades jurídicas

Quizá una de las ideas menos desarrolladas de Alexy, pero que se ha repetido constantemente,⁸² es que los diferentes pasos (o subprincipios) están relacionados con dos dimensiones distintas. Así, Alexy sostiene que la idoneidad y la necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con las posibilidades jurídicas. Conviene detenerse en este argumento, pues es precisamente aquí en donde se encuentra una de las definiciones más claras de algunos de los subprincipios del test de proporcionalidad.

La distinción que Alexy traza está directamente relacionada con la idea de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización respecto de lo que es *fáctica y jurídicamente* posible. Pues bien, según la teoría alexiana, mientras que idoneidad y necesidad se refieren a las posibilidades fácticas, la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a las posibilidades jurídicas. En sus propias palabras:

El principio de proporcionalidad en sentido estricto se deriva del hecho de que los principios son mandatos de optimización en relación con lo que es jurídicamente posible. Los principios de necesidad e idoneidad se derivan de

ciple of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity (use of the least intrusive means) and proportionality in the narrow sense (that is, the balancing requirement) logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them” (Alexy, 2002a, p. 66).

⁸² Véanse, por mencionar algunos ejemplos, los trabajos de Sobrevilla (1996), Klatt (2011), Cárdenas Gracia (2014), Tschentscher (2014), Brems y Lavrysen (2015), Letsas (2015), Ciancardo (2016) y Tuzet (2020).



la naturaleza de los principios como requisitos de optimización en relación con lo que es fácticamente posible.⁸³

¿Por qué esto es así? Alexy explica primero el caso de la proporcionalidad en sentido estricto. En sus palabras:

El principio de proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, el requisito de la ponderación deriva de su relación con lo jurídicamente posible. Si una norma de derechos fundamentales que es un principio colisiona con otro principio, entonces las posibilidades jurídicas para realizar esa norma dependen del principio en colisión. Para llegar a una decisión, es necesario realizar un ejercicio de equilibrio como lo exige la Ley de principios en colisión. Dado que la aplicación de principios válidos, si de hecho son aplicables, es necesaria, y dado que su aplicación en un caso de principios en colisión requiere un ejercicio de equilibrio, que las normas de derechos constitucionales tengan el carácter de principios implica que, cuando colisionan con otros principios, un ejercicio de ponderación se vuelve necesario. Esto significa que el principio de proporcionalidad en su sentido estricto puede deducirse del carácter de las normas de derechos constitucionales como principios.⁸⁴

Alexy señala, en suma, que la proporcionalidad en sentido estricto está relacionada con lo jurídicamente posible por una razón sencilla: porque, en casos de colisión entre los principios P_1 y P_2 (para utilizar un ejemplo) el grado de satisfacción del primer principio P_1 dependerá del principio P_2 (y viceversa). Dicho de otro modo: *en estos casos de colisión el grado de satisfacción de P_1 es dependiente del grado de satisfacción de P_2 (y viceversa)*. En casos de colisión, por tanto, hay una dependencia entre los principios colisionantes.

⁸³ “The principle of proportionality in its narrow sense follows from the fact that principles are optimization requirements relative to what is legally possible. The principles of necessity and suitability follow from the nature of principles as optimization requirements relative to what is factually possible” (Alexy, 2002a, p. 67).

⁸⁴ “The principle of proportionality in its narrow sense, that is, the requirement of balancing, derives from its relation to the legally possible. If a constitutional rights norm which is a principle competes with another principle, then the legal possibilities for realizing that norm depend on the competing principle. To reach a decision, one needs to engage in a balancing exercise as required by the Law of Competing Principles. Since the application of valid principles, if indeed they are applicable, is required, and since their application in a case of competing principles requires a balancing exercise, the character of constitutional rights norms as principles implies that when they compete with other principles, a balancing exercise becomes necessary. But this means that the principle of proportionality in its narrow sense can be deduced from the character of constitutional rights norms as principles” (Alexy, 2002a, p. 67).



Ahora bien, para entender por qué el subprincipio de necesidad está relacionado con lo *fácticamente* posible es necesario recurrir a lo que Alexy (2008, pp. 67-69) denomina “la forma más simple posible de un examen de necesidad”. Conviene detenerse en el ejemplo que proporciona Alexy.

En esta configuración, sólo hay dos sujetos (un individuo y el Estado), dos principios en juego (P_1 y P_2) y dos medidas (M_1 y M_2). El estado pretende alcanzar una finalidad F (que no es otra cosa que satisfacer en algún grado el principio P_1).⁸⁵ Tanto M_1 como M_2 son igualmente idóneas (o efectivas) para alcanzar la finalidad F (el principio P_1), pero M_1 genera una mayor afectación en términos de P_2 en comparación con M_2 . Según la teoría de Alexy, el examen de necesidad exige que se deba optar por M_2 . Aunque en términos de P_1 la decisión es irrelevante (pues M_1 y M_2 tienen el mismo nivel de idoneidad), lo cierto es que, comparada con M_1 , M_2 genera una menor afectación en términos de P_2 .

¿Por qué el ejemplo anterior sirve para mostrar que el subprincipio de necesidad se relaciona con lo fácticamente posible? Alexy señala que esto es así pues la necesidad implica la optimización a partir de las medidas alternativas, esto es, de las alternativas *fácticamente posibles*:

Como principio, P_2 requiere una optimización en relación con lo que es posible tanto jurídicamente como fácticamente. En relación con lo que es fácticamente posible, P_2 puede satisfacerse en mayor medida mediante la elección de M_2 sobre M_1 . Desde la perspectiva de la optimización relativa a lo factualmente posible, y asumiendo la validez tanto de P_1 como de P_2 , M_2 está permitido y M_1 prohibido.⁸⁶

Pero más adelante, al explicar la relación existente entre la optimización a partir de las posibilidades fácticas y la optimización a partir de las posibilidades jurídicas, Alexy sostiene que lo fácticamente posible no sólo se refiere a la posibilidad de optar entre las medidas M_1 y M_2 , sino también a la posibilidad de no optar por ninguna de ellas. En palabras de Alexy:

⁸⁵ Como se explica más adelante, es por esto que Alexy (2008, p. 68) señala que “o el Estado justifica la consecución de la finalidad F a partir del principio P_1 o de hecho los dos [la finalidad F y el principio P_1] son idénticos”. (“[E]ither the state justifies pursuing end E by reference to principle P_1 , or indeed the two are identical”).

⁸⁶ “As a principle, P_2 requires optimizing relative to what is both legally and factually possible. Relative to what is factually possible, P_2 can be satisfied to a greater extent by the choice of M_2 over M_1 . From the perspective of optimization relative to what is factually possible, and assuming the validity of both P_1 and P_2 , M_2 is permitted and M_1 prohibited” (Alexy, 2002a, p. 68).



La interconexión entre lo jurídicamente y lo fácticamente posible puede aclararse con la ayuda de la configuración del caso más simple. Si tanto M_1 como M_2 obstaculizan la realización de P_2 , lo que generalmente es el caso si uno está examinando la necesidad de una medida estatal y si M_2 lo hace en menor medida que M_1 , entonces M_1 y M_2 no agotan el alcance de las posibilidades fácticas para la realización de P_2 , incluso si se supone que M_1 y M_2 son las únicas medidas adecuadas para alcanzar el fin F requerido por P_1 . *Desde el punto de vista de lo factiblemente posible, es posible un mayor nivel de realización de P_2 si no se adoptan ni M_1 ni M_2 .* El principio de necesidad solo nos permite distinguir M_1 de M_2 . La cuestión de si se debe elegir alguna de las alternativas no es una cuestión de lo factualmente posible, es decir, de necesidad, sino una cuestión de lo que es legalmente posible, es decir, de equilibrar P_1 con P_2 (proporcionalidad en su sentido estricto). Por lo tanto, el principio de necesidad, incluso si el medio menos intrusivo afecta la realización de P_2 , debe considerarse siempre antes que el principio de proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, el requisito de ponderación.⁸⁷

Por último, Alexy explica en estos términos la forma en que el subprincipio de idoneidad se relaciona con las posibilidades fácticas:

Dado lo que se acaba de decir, la deducción del principio de idoneidad no es ya problemática: si M_1 no es adecuada para el avance o logro del fin F , requerido por el principio P_1 o idéntico a dicho principio, entonces M_1 no es requerido por P_1 ; es decir, es irrelevante para P_1 si se adopta o no M_1 . Si en estas circunstancias M_1 dificulta la realización de P_2 , M_1 está prohibido por la necesidad de optimizar P_2 en la medida de lo fácticamente posible. Esto es aplicable a todos los principios, fines y medios. Así, el principio de idoneidad también se deriva de la naturaleza de principios de las normas de derechos fundamentales.⁸⁸

⁸⁷ Énfasis añadido. (“The interconnection between legal and factual possibility can be clarified with the help of the simplest type of case. If both M_1 and M_2 hinder the realization of P_2 , which is generally likely to be the case if one is examining the necessity of a state measure, and if M_2 does this to a smaller extent than M_1 , then M_1 and M_2 do not exhaust the scope of factual possibility for the realization of P_2 , even if one assumes that M_1 and M_2 are the only suitable means for attaining the end E required by P_1 . From the point of view of the factually possible, a greater level of realization of P_2 is possible if neither M_1 nor M_2 is adopted. The principle of necessity only enables us to distinguish M_1 from M_2 . The question of whether any of the alternatives should be chosen at all is not a question of the factually possible, that is, of necessity, but a question of what is legally possible, that is, one of balancing P_1 with P_2 (proportionality in its narrow sense). Thus the principle of necessity, if even the least intrusive means affects the realization of P_2 , is always to be considered before the principle of proportionality in its narrow sense, that is, the balancing requirement”) (Alexy, 2002a, p. 68).

⁸⁸ “Given what has just been said, the deduction of the principle of suitability is no longer problematic: If M_1 is not suitable for the furtherance or attainment of the end E

Como puede verse, la idea de Alexy es la misma: el principio de idoneidad se relaciona con lo fácticamente posible en la medida en que implica optar entre una medida (M_1) o no optar por dicha medida.

En suma, Alexy sostiene las siguientes tres tesis:

- (1) El principio de proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con las posibilidades jurídicas ya que, en casos de colisión, la optimización implica que el grado de satisfacción de P_1 es dependiente del grado de satisfacción de P_2 (y viceversa).
- (2) El principio de necesidad se relaciona con las posibilidades fácticas ya que implica la optimización a partir de optar por las medidas alternativas que en la realidad existen (o no optar por ninguna), esto es, de las alternativas factualmente posibles.
- (3) El principio de idoneidad se relaciona con lo fácticamente posible en la medida en que implica optar entre una medida (M_1) y no optar por ella.

Así, queda claro que, al hablar de las dimensiones de los principios como mandatos de optimización, Alexy asocia lo jurídicamente posible como la interdependencia del grado de satisfacción entre dos o más principios, mientras que asocia lo fácticamente posible como la elección entre adoptar una medida, las medidas alternativas o no optar por ninguna medida.

3. *El examen formalizado por Alexy: la proporcionalidad en sentido estricto*

A. *Una introducción sobre el origen de la fórmula de la ponderación*

En los anteriores apartados he presentado tanto una breve síntesis del test de proporcionalidad y sus etapas como de algunas tesis fundamentales de la teoría alexiana. Como se ha apuntado, en su célebre epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy intenta dar respuesta a algunas de las objeciones que generó su teoría. Entre otras cuestiones Alexy intenta desmon-

required by P_1 or identical with it, the M_1 is not required by P_1 ; it is irrelevant for P_1 whether M_1 is adopted or not. If under these circumstances M_1 hinders the realization of P_2 , the M_1 is prohibited by the need to optimize P_2 , as far as it is factually possible. This applies to all principles, ends, and means. Thus the principle of suitability also derives from the principled nature of constitutional rights norms" (Alexy, 2002a, pp. 68-69).



tar las críticas que en su momento generó su test y, especialmente, su último componente o subprincipios: la ponderación, balanceo o proporcionalidad en sentido estricto.⁸⁹ Dicho componente o subprincipio, de acuerdo con el propio Alexy está basado en la “ley de la ponderación”, que él formula en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁹⁰

En particular, en su epílogo Alexy aborda los cuestionamientos sobre la inexistencia de parámetros “racionales” para llevar a cabo la ponderación; el carácter “arbitrario” e “irreflexivo” de sus operaciones; el enorme grado de “subjetividad” que implica dicho ejercicio y el fomento del “decisionismo” judicial.⁹¹

⁸⁹ Ciertamente sector de la literatura establece diferencias entre estos tres conceptos. En particular, se suele enfatizar que el “balanceo” o “balanceamiento” —para usar la expresión de Ferrajoli (2011, p. 554)— hace referencia al concepto anglosajón de *balancing*, mientras que la ponderación tiene una raíz continental. No ignoro dichos debates. Pero creo que, como lo hace Alexy, los tres conceptos pueden utilizarse de forma intercambiable para efectos de este libro.

⁹⁰ “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”. (Alexy, 2002a, p. 68).

⁹¹ En palabras del propio Alexy: “Esta estructura elemental [de la ley de la ponderación] muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo Habermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, «para la que hacen falta criterios racionales», se lleva a cabo «de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado» o cuando dicen que «en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [...] se hace valer» sólo la subjetividad del juez» y que «las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto... en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo» (Alexy, 2008, p. 16). La crítica de Habermas (2010, p. 333) es en realidad más amplia, pues no se refiere sólo a la ponderación, sino a la concepción —compartida, entre otros, por Alexy— consistente en que las normas y principios pueden ser entendidos como valores: “Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular* o *especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso en caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a las que se está acostumbrado [*customary standards and hierarchies*]. En la medida en que un tribunal constitucional adopta la ‘teoría de los valores’ o ‘teoría del orden valorativo’ y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos... En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis de ‘costes-beneficios’”. La traducción al inglés de algunos conceptos la tomo de la edición estadounidense: Habermas (1996, p. 259).



Así, lo interesante no es tanto que Alexy responda a sus críticos, sino la ruta metodológica por la que se apuesta en el epílogo: formalizar, incluso con precisión aritmética, los componentes del último paso del test de proporcionalidad. Incluso, en esta parte es posible ver cómo Alexy se alejó de su posición original —en la que se mostraba mucho más escéptico— a fin de apostar por un refinamiento y formalización de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, presento un breve recuento de este cambio.

En su concepción original, Alexy apuesta por la racionalidad, pero rechaza de manera abierta la posibilidad de generar respuestas “precisas” o “exactas”:

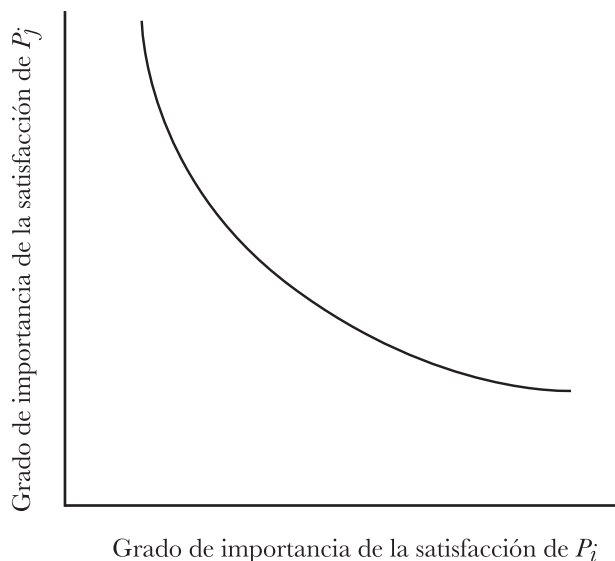
Muchas veces se ha objetado que el concepto de ponderación no constituye un método que permita un *control racional*. Los valores y los principios no se regulan por sí mismos en su aplicación y, por lo tanto, la ponderación quedaría al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, terminaría el control de las normas y el método jurídico. Se abriría así el margen para el subjetivismo y el decisionismo judiciales. Estas objeciones son acertadas en la medida en que con ellas se exprese que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, lleve a un resultado *preciso* e inevitable. Sin embargo, dichas objeciones no son correctas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional.⁹²

De igual forma, antes del epílogo, Alexy mostró una posición ambivalente sobre las bondades de la formalización matemática. Por un lado, Alexy presenta una representación gráfica de la ley de la ponderación en la cual una curva de indiferencia representa el *trade-off* entre los dos principios en colisión (véase la gráfica 1).

⁹² Énfasis añadido. “The objection is repeatedly made to the idea of balancing that it does not represent a method subject to rational control. Values and principles do not determine their own application, and so balancing remains within the discretion of the one carrying it out. The moment balancing cuts in, the control of norms and legal method ends. This creates the space for judicial subjectivism and decisionism. The objections are correct to the extent that they mean that balancing is not a procedure leading in every case to a precise and unavoidable outcome. They are incorrect if this is taken to mean that balancing is non-rational or irrational procedure” (Alexy, 2002a, p. 100). Tanto la traducción de Garzón Valdés (“la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca *exactamente* a un resultado”) (Alexy, 1993) como la de Bernal Pulido (“la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca *exactamente*, de manera forma necesaria [*sic*], a un resultado”) (Alexy, 2007) no hablan de precisión, sino de exactitud.



GRÁFICA 1.
 REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE LA LEY DE LA PONDERACIÓN



FUENTE: Alexy (2002a, p. 104).⁹³

Pero, por otro lado, Alexy señala que dichas “curvas de indiferencia aclaran las ideas que se encuentran detrás de la ley de la ponderación”, pero que “no ofrecen un procedimiento definitivo de decisión”, ya que los “grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la satisfacción/falta de satisfacción” del otro principio “escapan a una *metrificación* que pudiera conducir a un *cálculo* intersubjetivamente obligatorio para el resultado”.⁹⁴

⁹³ Alexy usa el ejemplo de dos principios específicos: la libertad de prensa y la seguridad externa. Aquí uso una notación genérica (P_i y P_j) pues es precisamente ésta la que el propio Alexy emplea en los trabajos en los que se desarrolla con mayor detalle la fórmula del peso, especialmente en Alexy (2008).

⁹⁴ “Indifference curves illuminate the idea lying behind the Law of Balancing, but they do not offer a definitive taking procedure... But these ideas cannot be metricated in a way which leads to an intersubjectively binding calculation of the result” (Alexy, 2002a, p. 105). Y, más adelante, hace un punto similar: “Ciertamente, la *ley de la ponderación como tal* no formula ningún estándar con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos. Sin embargo, el *modelo de la ponderación como un todo* ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional” (“Of course, the Law of Balancing as such does not give us a standard by which cases can be definitively decided, but the balancing

Sucede, sin embargo, que, tanto en el epílogo como en trabajos posteriores, Alexy tomó precisamente la ruta opuesta. Al desarrollar, reiterar y defender lo que denominó la “fórmula del peso” es evidente que Alexy ya no se muestra renuente ni a la “metrificación” de las variables relevantes, ni a la realización de cálculos con ellas. En su versión más sencilla —esto es, cuando sólo se involucran dos derechos o principios— la “fórmula del peso completa” adquiere la siguiente forma:

$$G_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

El autor de la *Teoría de los derechos fundamentales* ha defendido el uso de la fórmula del peso, misma que incluso se ha refinado y evolucionado, en una enorme cantidad de trabajos posteriores: Alexy (2003a; 2003b; 2005; 2007; 2008; 2009; 2010; 2014a; 2014b; 2015a; 2015b; 2016; 2017; 2018; 2019a; 2019b; 2019c; 2019d; 2019e; 2019f; 2019g; 2019h; 2019i). Asimismo, la formalización de la fórmula del peso ha generado una intensa discusión en la doctrina, la cual se refleja en trabajos como los de las siguientes personas autoras, que discuten a partir de la formalización de la fórmula del peso de Alexy: Bernal Pulido (2006), Brožek (2007), Barak (2012), Klatt y Schmidt (2012), Klatt y Meister (2012a), Jestaedt (2012), Anderson (2013), Petersen (2013), Pirker (2013), Bernal Pulido (2014), Lindahl (2016), Martínez-Zorrilla (2018), Susi (2019), Petersen (2020), Tuzet (2020) y Klatt (2021).

No me detengo aquí en los detalles de la fórmula, pues en un apartado subsecuente se hará una explicación detallada de la estructura de la fórmula, la definición de sus variables, así como los valores numéricos que éstas pueden tener. Lo que me interesa subrayar aquí es que, al menos implícitamente, Alexy reconoce que la *formalización* es la mejor forma de dar respuesta a las críticas sobre la subjetividad, decisionismo y arbitrariedad que supuestamente generan las metodologías como la ponderación, en general, y el test de proporcionalidad en particular.

Asimismo, que Alexy haya insistido en el desarrollo y defensa de la fórmula del peso muestra que, a pesar de las críticas,⁹⁵ la formalización del test

model as a whole does provide us with a criterion because it ties the Law of Balancing to the rational theory of legal argumentation”) (Alexy, 2002a, p. 105).

⁹⁵ Atienza (2017, pp. 155-156) ha señalado, por ejemplo, que “esa doctrina alexiana, al menos tal y como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión. Pues, como se sabe, Alexy atribuye un valor matemático a cada una de las tres variables [el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios rele-



de proporcionalidad es mucho más que una metáfora. Tsakyrakis (2009, p. 472) argumenta que “si no nos vamos a tomar muy en serio las metáforas, entonces deberíamos comenzar por rechazar en su totalidad el mito de la precisión matemática”. Eso implicaría, por tanto, olvidar las fórmulas, los tipos de pesos, las probabilidades y las relaciones entre variables. Y, en ese sentido, el test de proporcionalidad perdería, en efecto, su racionalidad y se convertiría en una metodología arbitraria e impredecible.

Si cualquier operador del derecho —especialmente quienes integran la judicatura— pudiera decidir libremente qué variables pesar y cómo pesarlas, sin ningún tipo de estructura o límite, entonces no tendríamos otra cosa que el reino del decisionismo. Y, en ese caso, quizá lo más conveniente sería renunciar a la ponderación y abrazar algunas de las otras metodologías de adjudicación, que, por supuesto no están exentas de problemas de diferente índole, pero que en su mayoría no implican este tipo de cálculos, como el nivel de afectación, el nivel de idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

La otra alternativa, por la que opta Alexy y buena parte de la doctrina, consiste en tomarse en serio lo que expresamente dice Alexy y a lo que se ha dedicado un sector importante de la doctrina, esto es, discutir la teoría alexiana en sus términos. Este es el camino que sigue el resto de este capítulo, donde presento una formalización completa del test de proporcionalidad. Ello permite, como se verá, comprender mejor los alcances y límites del test de proporcionalidad, describir mejor sus variantes y compararlo con otras metodologías. Pero antes de hacer esto, conviene detenerse en la forma en que Alexy ha formalizado el último paso del test: la proporcionalidad en sentido estricto.

vantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas] y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexiana se entiende sensatamente, nos daremos cuenta de que lo único que nos está proporcionando es algo así como una tópica que nos ayuda a argumentar... Yo diría que puro sentido común, pero que puede ser bastante útil para llevar adelante una discusión ordenada al respecto, por ejemplo, en el seno de un tribunal. Y, en realidad, esa parece haber sido también la intención de Alexy cuando afirma que su fórmula del peso, en relación con la ponderación, es el equivalente al *modus ponens* a propósito de la subsunción: un esquema simplemente formal”. Atienza atina cuando dice que la fórmula del peso es simplemente un esquema formal y que en buena medida el problema radica en la asignación de valores para cada una de las variables o componentes de la fórmula. Pero sería poco preciso afirmar que la insistencia en emplear valores matemáticos sea producto de un mal entendimiento de la doctrina alexiana, pues queda claro que Alexy ha refinado y defendido constantemente el empleo de la fórmula del peso.



B. *La “ley de la ponderación” de Alexy (o la formalización del examen de proporcionalidad en sentido estricto)*

Dado que, con frecuencia, Alexy usa una notación innecesariamente compleja y que varía de un texto a otro, conviene en primer momento presentar una notación unificada, con su respectiva explicación. La tabla 1 presenta justamente esta notación unificada.

TABLA 1. NOTACIÓN UNIFICADA PARA LA FÓRMULA DEL PESO

<i>Notación (larga)</i>	<i>Notación (corta)</i>	<i>Definición</i>
M	M	Medida que incide en (afecta a) un principio (P_i) y que es idónea para alcanzar (beneficia a) otro principio (P_j)
P_i	P_i	Principio afectado por la medida M
P_j	P_j	Principio beneficiado por la medida M
IP_iC	I_i	Intensidad de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M
IP_jC o WP_jC	I_j	Intensidad del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M
GP_iA	G_i	Peso abstracto del principio P_i
GP_jA	G_j	Peso abstracto del principio P_j
W_i	W_i	Peso concreto no relativo en importancia del principio P_i (el producto de la multiplicación: $IP_iC \cdot GP_iA$)
W_j	W_j	Peso concreto no relativo en importancia del principio P_j (el producto de la multiplicación: $IP_jC \cdot GP_jA$)
SP_iC	S_i	Seguridad de los presupuestos empíricos respecto de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M
SP_jC	S_j	Seguridad de los presupuestos empíricos respecto del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M

FUENTE: elaboración propia con base en Alexy (2002a; 2007; 2008).



En segundo lugar, conviene tener claridad acerca de los distintos valores que cada una de las variables puede tener. Aquí es importante mencionar que Alexy presenta distintas variaciones de lo que él denomina la “escala triádica”.⁹⁶ Por ello, en la tabla 2 se incluyen distintas columnas para cada variable.

TABLA 2.
VALORES QUE PUEDEN TENER LAS DISTINTAS VARIABLES

<i>Notación (larga)</i>	<i>Notación (corta)</i>	<i>Escala triádica</i>	<i>Escala triádica doble (geométrico)</i>	<i>Escala triádica doble (aritmético)</i>
IP_iC	I_i	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$
IP_jC o WP_jC	I_j	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$

⁹⁶ Si bien Alexy afirma que no es indispensable usar esa escala triádica, señala —sin dar mayores explicaciones— que no pueden ser muchos los valores: “Desde luego, no es forzoso aplicar el modelo de tres intensidades a la ponderación. Esta puede llevarse a cabo ya con sólo dos grados, y de ahí hacia delante queda abierto el número de grados posibles. Lo que a continuación se expondrá es acertado, si se reduce a dos el número de grados o si se aumenta a más de tres. Sin embargo, como se verá, esta cifra no puede ser demasiado grande” (Alexy, 2008, p. 22).

<i>Notación (larga)</i>	<i>Notación (corta)</i>	<i>Escala triádica</i>	<i>Escala triádica doble (geométrico)</i>	<i>Escala triádica doble (aritmético)</i>
GP_A	G_i	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$
GP_A	G_j	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$
SP_iC	S_i	$s = 2^0 = 1$ $p = 2^{-1} = 0.5$ $e = 2^{-2} = 0.25$	$ss = 2^0 = 1$ $sp = 2^{-1} = 0.5$ $se = 2^{-2} = 0.25$ $ps = 2^{-3} = 0.125$ $pp = 2^{-4} = 0.0625$ $pe = 2^{-5} = 0.03125$ $es = 2^{-6} = 0.015625$ $ep = 2^{-7} = 0.0078125$ $ee = 2^{-8} = 0.00380625$	$ss = 9/9 = 1$ $sp = 8/9 = 0.888...$ $se = 7/9 = 0.777...$ $ps = 6/9 = 0.666...$ $pp = 5/9 = 0.555...$ $pe = 4/9 = 0.444...$ $es = 3/9 = 0.333...$ $ep = 2/9 = 0.222...$ $ee = 1/9 = 0.111...$
SP_jC	S_j	$s = 2^0 = 1$ $p = 2^{-1} = 0.5$ $e = 2^{-2} = 0.25$	$ss = 2^0 = 1$ $sp = 2^{-1} = 0.5$ $se = 2^{-2} = 0.25$ $ps = 2^{-3} = 0.125$ $pp = 2^{-4} = 0.0625$ $pe = 2^{-5} = 0.03125$ $es = 2^{-6} = 0.015625$ $ep = 2^{-7} = 0.0078125$ $ee = 2^{-8} = 0.00380625$	$ss = 9/9 = 1$ $sp = 8/9 = 0.888...$ $se = 7/9 = 0.777...$ $ps = 6/9 = 0.666...$ $pp = 5/9 = 0.555...$ $pe = 4/9 = 0.444...$ $es = 3/9 = 0.333...$ $ep = 2/9 = 0.222...$ $ee = 1/9 = 0.111...$

FUENTE: elaboración propia con base en Alexy (2002a; 2007; 2008).



Definidas las variables y los pesos, lo siguiente que habría que señalar es que Alexy no presenta una, sino varias fórmulas de peso. Una primera variante es lo que él denomina la “fórmula diferencial”, misma que contempla exclusivamente los pesos concretos de los dos principios:

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

La segunda fórmula es la llamada por Alexy “fórmula del cociente”. Aquí de nueva cuenta Alexy contempla exclusivamente los pesos concretos de ambos principios, pero en vez de hacer una resta, tenemos una división:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

La siguiente variante (lo que Alexy denomina “variante extendida de la fórmula del peso”) añade los pesos abstractos de cada uno de los principios, mismos que se multiplican para generar lo que en la terminología alexiana sería el “peso concreto no relativo en importancia del principio P_i ” y el “peso concreto no relativo en importancia del principio P_j ”:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Finalmente, tendríamos lo que Alexy llama la “fórmula de cociente completa”,⁹⁷ en la cual, además del peso concreto y el peso abstracto, se incorporan la seguridad de las premisas empíricas de la afectación (positiva o negativa) que sufre cada uno de los principios:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Ahora bien, lo hasta aquí desarrollado es útil para analizar casos en los que se presentan conflictos entre dos (y sólo dos) derechos o principios. ¿Qué sucede cuando son más los principios que están en tensión? En los trabajos más recientes, Alexy admite esta posibilidad y desarrolla dos fórmulas

⁹⁷ Usando la notación larga, tendríamos la siguiente fórmula:

$$G_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

adicionales. La primera de ellas es lo que él llama la “fórmula del peso extendida”:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

Como puede verse, la “fórmula de cociente extendida” se trata de una fórmula que juega a favor de las restricciones, esto es, admite que existan uno o más objetivos que justifican la restricción; entre más objetivos, más peso y mayor probabilidad de que la restricción sea válida.⁹⁸

Finalmente, la fórmula más completa, misma que permite tener uno o más principios tanto del lado de los “costos” como de los “beneficios” es lo que Alexy llama “fórmula del peso extendida completa”.

$$G_{i,j} = \frac{(I_i \cdot G_i \cdot S_i) + \dots + (I_m \cdot G_m \cdot S_m)}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

Pues bien, hasta aquí llega la formalización que realiza Alexy del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Como puede verse, lo que tenemos en esencia es un análisis de costo-beneficio. Los costos están en el numerador: $(I_i \cdot G_i \cdot S_i) + \dots + (I_m \cdot G_m \cdot S_m)$. Y los beneficios en el denominador: $(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)$. Cuando los costos son mayores que los beneficios, el cociente es mayor a 1 y, en consecuencia, la medida es inválida. En cambio, cuando los beneficios son mayores, el cociente es menor a 1 y la medida se estima válida. En el caso de que costos y beneficios sean iguales, el cociente es igual a 1 y estamos en un caso de empate.

La fórmula del peso puede ser discutida desde diferentes perspectivas. Como he apuntado anteriormente, existe un amplio debate en la doctri-

⁹⁸ Según Alexy, esto tiene que ser así por las siguientes razones: “Aquí debe tenerse en cuenta sólo el lado de la restricción... Si se tiene en cuenta también el lado del derecho fundamental (P_i) cuya vulneración se examina, entonces la acumulación conduce inevitablemente a un holismo de derecho fundamental. P_i representaría a todos los derechos fundamentales que se afectan negativamente mediante la intervención en P_i [sic]. De este modo, se desvanece el esquema tradicional, según el cual, debe examinarse separadamente cada intervención en un derecho fundamental. Más radical sería ese desvanecimiento, si se admitiera la posibilidad de acumular todos los principios constitucionales relevantes [sic]. En este caso, todos los principios que jugaran en contra de la medida que se examina se opondrían en conjunto a todos los que jugaran a favor de ella. El derecho fundamental, cuya vulneración se examina, dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa. El peso concreto del derecho fundamental cuya vulneración se examina, sería el peso concreto de este principio en el *sistema completo* de la constitución [sic]”. (Alexy, 2008, pp. 40-41).

na que toma como punto de partida la fórmula del peso y sus elementos. Mi propósito no es ahondar en ese debate, sino señalar una falla aún más estructural e importante: la falta de articulación de la fórmula del peso con el resto de los pasos del test de proporcionalidad.

Como se mostrará en apartados subsecuentes, una vez que se formalizan y articulan todas las partes del test, queda claro que el test alexiano tiene severas deficiencias estructurales. En particular, mostraré que el test de proporcionalidad —en contra de lo que establece de manera casi unánime la doctrina— no es una metodología escalonada, sino la conjunción de dos exámenes estructuralmente independientes: el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, mostraré que es necesario sustituir el examen de necesidad por uno distinto, pues de lo contrario no es posible cumplir con la finalidad última del modelo alexiano: la optimización de los derechos fundamentales.

4. *Formalización de todo el test de proporcionalidad alexiano*

En este apartado presento una formalización completa del test de proporcionalidad. Para ello, echo mano de diversas herramientas. Por un lado, retomo todo el desarrollo que ha hecho Alexy sobre la fórmula del peso (esto es, la formalización de la última etapa del test de proporcionalidad). Por el otro, para formalizar el resto de los elementos del test recorro a una notación más completa. Y, por último, para ilustrar tanto la relación de los componentes del test, recorro a ilustraciones gráficas.

Quizá para algunos lectores el recurso a las gráficas pueda ser un tanto sorprendente. Pero lo cierto es que no se trata ni de algo novedoso ni excéntrico. Al igual que Alexy (2002a), tanto Barry (1965) como Rawls (1999) emplearon, en sus trabajos seminales, gráficas con curvas de indiferencia para *trade-offs* entre diferentes bienes o principios. Y, más recientemente, tanto Rivers (2007) como Hemphill (2016) han usado otro tipo de gráficas para representar diferentes aspectos de la ponderación o del examen de medida menos restrictiva. Y, más allá de lo anterior, creo que en los siguientes apartados quedará clara la utilidad de las gráficas que empleo para explicar aspectos medulares de la estructura y problemas del test de proporcionalidad (y también de las metodologías alternativas).



A. Afectación (paso cero): el test presupone la existencia una medida (M) que incida negativamente en el ámbito de protección de un derecho fundamental (P_I)

El punto de partida para el test de proporcionalidad, como se ha mostrado anteriormente, es la existencia de una medida M . Formalmente, la medida será representada con la letra M . Y, el hecho de que la medida M tiene una incidencia negativa en un principio o derecho fundamental P_I , se expresa de la siguiente forma:

$$M \succeq P_I$$

En esta notación, uso el símbolo $\succeq$ para representar la incidencia negativa de la medida M en el derecho fundamental P_I afectado (o para decirlo en términos alexianos, la incidencia negativa en el nivel de realización de P_I). Así, empleado esta notación se puede llegar a esta definición formal de la afectación generada por la medida (A_M):

$$A_M = M \succeq P_I$$

La lectura de la fórmula es directa: la afectación A_M no es otra cosa que la existencia de una medida M que incide negativamente ($\succeq$) en el derecho o principio P_I . Ahora bien, recurriendo a una metáfora, diríamos que $M \succeq P_I$ representa uno de los dos lados de la balanza: el lado de los costos.

Asimismo, conviene precisar que, en el modelo de Alexy, la intensidad de la afectación (o la magnitud de los costos) no es una variable relevante para definir si se debe aplicar o no el test de proporcionalidad. Basta con que la medida incida, en algún grado, en el ámbito de protección de un derecho para que se proceda con los siguientes pasos del test. En términos formales, una medida M afecta (A) a un derecho o principio (P_I) si se cumple que:

$$A_M = M \succeq P_I > 0$$

La lectura de esta condición es clara: para que exista una afectación a un derecho fundamental es necesario que la medida M incida negativamente ($\succeq$) en un principio o derecho fundamental P_I en un grado mayor a cero.



No obstante, la intensidad de la afectación, como mostraré más adelante, sí es relevante tanto para el análisis de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación) que propone Alexy.

Finalmente, aunque parezca ser una obviedad, es importante notar que (i) si no existe la medida M o (ii) si existe la medida M , pero si no incide negativamente (esto es, si $A_M = M \geq P_1 = 0$) en un derecho P_2 , entonces (iii) el test de proporcionalidad se vuelve innecesario. Si no existe la afectación en un derecho (o un costo), entonces no hay nada que ponderar. Para usar la metáfora referida: la inexistencia de $M \geq P_1$ implicaría que al menos uno de los lados de la balanza (el de los costos) está vacío, que en consecuencia sólo se tendrán posibles beneficios y que por ende la medida será en principio válida.

B. Idoneidad (paso uno): para ser válida, una medida (M) deberá necesariamente incidir positivamente en la consecución de otro principio o derecho fundamental (P_2)

Bien vista, la idoneidad no es otra cosa que la contracara de la afectación. Esto implica que, para ser válida, una medida M que incide negativamente en un derecho fundamental ($M \geq P_1$) debe, como condición necesaria, tener alguna incidencia en la consecución de otro principio o derecho fundamental (P_2). En términos formales, expreso así que una medida M es idónea:

$$M \rhd P_2$$

Esta notación expresa la incidencia positiva de la medida M en el principio o derecho fundamental P_2 beneficiado. En términos alexianos, P_2 no es otra cosa que el objetivo o la finalidad legítima que persigue la medida M , mientras que $M \rhd P_2$ expresa que M es idónea (o adecuada o efectiva) para alcanzar dicho objeto o finalidad. Así, la idoneidad se expresa de la siguiente forma:

$$I_M = M \rhd P_2$$

De manera similar a lo que sucede con la afectación, en el modelo alexiano la intensidad de la idoneidad (o la magnitud de los beneficios) no es relevante en esta etapa del test, pues es suficiente con que la medida M incida positivamente, en cualquier grado, en la consecución de P_2 . Para pasar



el examen de idoneidad, basta por tanto que la medida M incida positivamente ($\rightarrow$) en un principio o derecho fundamental P_2 en un grado mayor a cero:

$$I_M = M \rightarrow P_2 > 0$$

No obstante, como ya he apuntado, la determinación de esta intensidad o magnitud resulta indispensable para poder hacer tanto el análisis de necesidad como el de proporcionalidad en sentido estricto.

De manera conjunta, si una medida M afecta un principio o un derecho ($M \geq P_1 > 0$) y si es adecuada para conseguir un objetivo legítimo ($M \rightarrow P_2 > 0$) entonces estamos frente a una colisión entre dos principios o derechos fundamentales. O, para decirlo más simplemente, el hecho de que M genere tanto un costo en términos de P_1 ($M \geq P_1 > 0$) como un beneficio en términos de P_2 ($M \rightarrow P_2 > 0$) es lo que permite que en ambos lados de la balanza exista algo que pesar. Sólo cuando se cumplen estas dos condiciones (afectación e idoneidad) tiene algún sentido seguir con los siguientes pasos del test de proporcionalidad.

Lo anterior puede parecer evidente, pero lo cierto es que en algunas sentencias se pasa por alto: si no existe una afectación al principio P_1 , entonces no hay costos y, en consecuencia, la medida no podría considerarse como inválida (puesto que sólo podrá haber beneficios, pero no costos). De la misma manera, si no existe una incidencia positiva en P_2 , entonces los beneficios serán inexistentes y la medida M que incide negativamente en P_1 deberá ser invalidada (en tanto sólo genera costos y ningún beneficio).

C. Necesidad (paso dos): para que sea válida una medida (M) no debe existir una medida alternativa (M') que cuente con un grado igual o mayor de idoneidad para alcanzar el derecho o principio que constituye el objetivo o fin legítimo (P_2) pero que al mismo tiempo sea menos restrictiva en términos del derecho o principio afectado (P_1)

De acuerdo con Alexy, el examen de necesidad implica una comparación entre la medida M y una o más medidas alternativas medida, que podríamos llamar M' , M'' , M''' y así sucesivamente. La medida M será válida siempre y cuando no exista ninguna medida alternativa M' que cumpla con dos condiciones:



- (1) Que M' sea por lo menos igual de idónea que M para alcanzar el principio o derecho P_2 .
- (2) Que M' genere una afectación menor que M en términos del principio o derecho P_1 .

Por lo tanto, el examen de necesidad $\mathcal{N}$ implica determinar cuatro variables:

Nivel de idoneidad de M : $I_M = M \xrightarrow{+} P_2$

Nivel de idoneidad de M' : $I_{M'} = M' \xrightarrow{+} P_2$

Nivel de afectación de M : $A_M = M \xrightarrow{\geq} P_1$

Nivel de afectación de M' : $A_{M'} = M' \xrightarrow{\geq} P_1$

De esta forma, una medida (M) puede ser necesaria ($\mathcal{N}_M=1$) o no necesaria ($\mathcal{N}_M=0$) de conformidad con lo siguiente:⁹⁹

$$\mathcal{N}_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_{M'} \geq I_M \text{ y } A_{M'} < A_M \\ 1, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

La lectura de esta fórmula es directa: una medida M no es necesaria ($\mathcal{N}_M=0$) —esto es, no pasa el examen de necesidad— si existe una medida alternativa M' que es igual o más idónea de M ($I_{M'} \geq I_M$) y que genera una afectación menor que M ($A_{M'} < A_M$).

Como mostraré, tanto los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, como el examen de optimalidad que desarrollaré, pueden ser perfectamente representados gráficamente. Las gráficas que emplearé a lo largo de este capítulo permiten expresar el análisis costo-beneficio que está en el corazón del test de proporcionalidad. Por un lado, en estas gráficas en el eje horizontal (eje de abscisas) se representan los beneficios generados por las medidas (esto es, su nivel de idoneidad). Entre más a la derecha se encuentre una medida, mayor serán los beneficios que genera. Por el otro, el eje vertical (eje de las ordenadas) refleja los costos generados por las

⁹⁹ Si se prefiere la notación más extensa, entonces los valores del examen de necesidad $\mathcal{N}$ se definen de la siguiente forma:

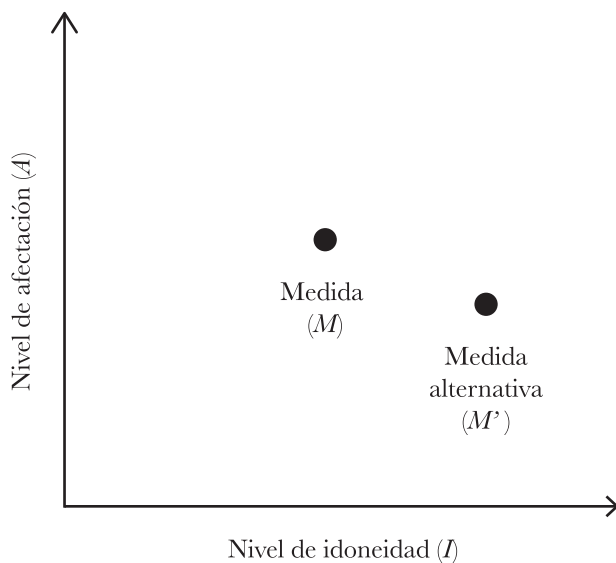
$$\mathcal{N}_M = \begin{cases} 0, & \text{si } M' \xrightarrow{+} P_2 \geq M \xrightarrow{+} P_2 \text{ y } M' \xrightarrow{\geq} P_1 < M \xrightarrow{\geq} P_1 \\ 1, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$



medidas (su nivel de afectación). Entre más arriba se encuentre una medida, mayores serán los costos que genera.¹⁰⁰

En la gráfica 2 presento dos medidas: M y M' . Y, como puede verse, la medida M no pasa el examen de necesidad. Esto es así ya que la medida alternativa M' (i) es más idónea que M , con lo que se cumple la primera condición ($I_{M'} \geq I_M$) y (ii) es menos restrictiva que M , con lo que se cumple la segunda ($A_{M'} < A_M$).

GRÁFICA 2.
LA MEDIDA M NO PASA EL EXAMEN DE NECESIDAD



FUENTE: elaboración propia.

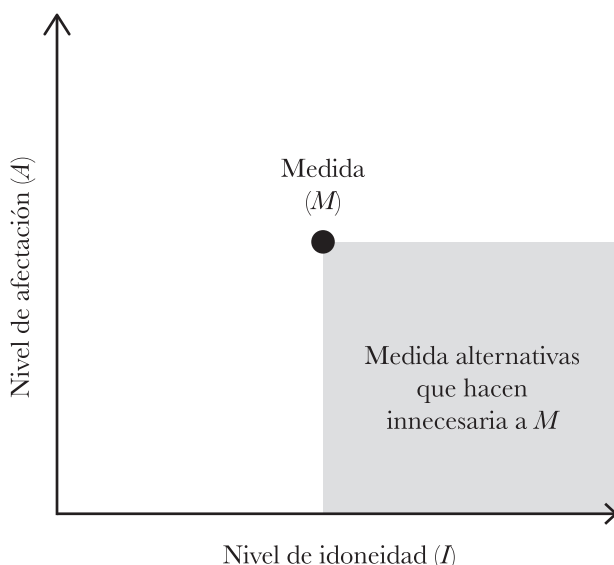
Esta gráfica también permite ver que el examen de idoneidad tiene, además, una intuición muy sencilla: la medida alternativa M' es preferible que M porque genera más beneficios en términos del objetivo legítimo P_2 (tiene un mayor nivel de idoneidad) y, al mismo tiempo, genera menores costos en términos del derecho afectado P_1 (por eso tiene un menor nivel

¹⁰⁰ En sentido estricto, las gráficas muestran los *cambios* generados por las medidas, por lo que el origen de la gráfica puede interpretarse como el *statu quo*.

de afectación). Dicho de otro modo: al optar por M y no por M transitamos a un mundo con más derechos (en términos de P_2) y menos restricciones (en términos de P_1).

Ahora bien, para comprender los alcances del examen de necesidad, conviene analizar ejemplos más complejos. La gráfica 3 ilustra la misma medida M , pero ahora comparada con otras tres medidas alternativas: M'' , M''' y M^{iv} .

GRÁFICA 3.
LA MEDIDA M SÍ PASA EL EXAMEN DE NECESIDAD



FUENTE: elaboración propia.

En este caso, ninguna de las medidas alternativas cumple con las dos condiciones señaladas y, por tanto, la medida M sí pasa el examen de necesidad. Me detengo en el análisis de cada una de ellas.

En el caso de M'' la respuesta es más o menos evidente, en tanto se trata de una medida que genera una mayor afectación al derecho P_1 y, al mismo tiempo, genera menores beneficios. Por ello, M'' incumple con ambas condiciones: M'' (i) no es más (sino menos) idónea que M ($I_{M''} < I_M$) y (ii) no es

menos (sino más) restrictiva que M ($A_{M''} > A_M$). Sustituir M por M'' no tiene ningún sentido. Ello implicaría transitar a un mundo con menos beneficios en términos del fin P_2 y con más costos en términos del derecho afectado P_1 . Se trata de un perder-perder en términos de P_2 y P_1 .

El caso de la medida alternativa M''' es menos evidente, puesto que aquí sólo se incumple con la primera condición: por una parte, M''' no es más (sino menos) idónea que M ($I_{M'''} < I_M$) pero, por la otra, M''' sí es menos restrictiva que M ($A_{M'''} < A_M$). El efecto de una sustitución de M por M''' es mixto: ciertamente hay menos costos, pero también hay menos beneficios.

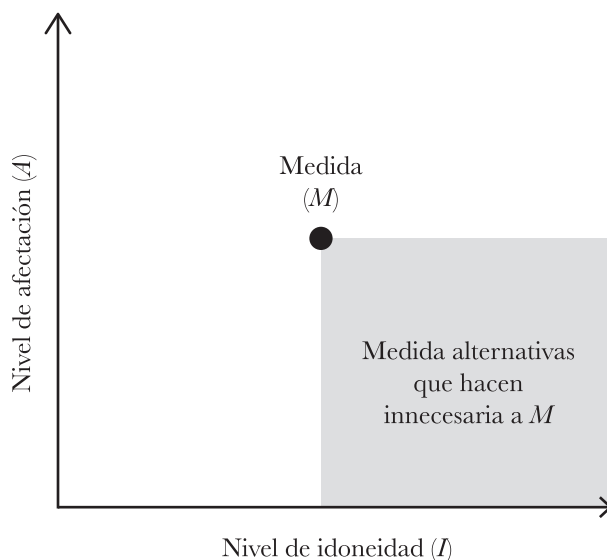
La medida alternativa M^{iv} se encuentra en una posición similar. Sólo que, en este caso, es la segunda condición la que se incumple: (i) M^{iv} sí es más idónea que M ($I_{M^{iv}} > I_M$) pero (ii) M^{iv} no es menos (sino más) restrictiva que M ($A_{M^{iv}} > A_M$). Al igual que con M''' , la sustitución de M por M^{iv} tiene un efecto mixto. En este caso, optar por M^{iv} implica un aumento tanto de los beneficios como de los costos.

Incluso es posible que M''' y M^{iv} sean más proporcionales en sentido estricto que M (es decir, que generen más beneficios netos), lo cual es particularmente problemático si, como Alexy, se defiende la idea de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización. De este problema me ocuparé más adelante. De momento, baste con decir que, en la concepción alexiana, la existencia de medidas alternativas como M''' y M^{iv} no son impedimento para que M pase el examen de necesidad.



La gráfica 4 generaliza, en términos visuales, lo que para Alexy implica el examen de necesidad. Una medida M será necesaria siempre y cuando no exista otra u otras medidas alternativas que se encuentren ubicadas en la zona gris de la gráfica.

GRÁFICA 4.
 MEDIDAS ALTERNATIVAS QUE HACEN INNECESARIA A M



FUENTE: elaboración propia.

D. *Proporcionalidad en sentido estricto (paso tres): para ser válida, una medida M debe generar mayores beneficios en términos del derecho o principio P_2 que costos en términos del derecho o principio P_1*

La proporcionalidad en sentido estricto (S_M) de una medida M no es otra cosa que un análisis de costo y beneficio. Y, de hecho, se trata de un examen relativamente más directo que el de necesidad. Para el examen de proporcionalidad en sentido estricto, sólo es necesario calcular dos variables (no cuatro), mismas que —si seguimos el orden propuesto por Alexy— ya fueron calculadas previamente para el examen de necesidad.

Nivel de idoneidad de M : $I_M = M \xrightarrow{+} P_2$

Nivel de afectación de M : $A_M = M \xrightarrow{-} P_1$

En la concepción alexiana, una medida (M) puede ser proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) o no proporcional en sentido estricto ($S_M=0$) de conformidad con lo siguiente:¹⁰¹

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M < A_M \\ 1, & \text{si } I_M \geq A_M \end{cases}$$

La lectura de esta expresión es directa: una medida M es proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) si su nivel de idoneidad (I_M) es mayor o igual a su nivel de afectación (A_M).

Si se prefiere optar por una notación más similar a la empleada por Alexy en su fórmula, una manera equivalente de definir los valores de la proporcionalidad en sentido estricto (S_M) y que arroja exactamente los mismos resultados,¹⁰² sería la siguiente:

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } \frac{I_M}{A_M} < 1 \\ 1, & \text{si } \frac{I_M}{A_M} \geq 1 \end{cases}$$

¹⁰¹ De nueva cuenta, si se prefiere la notación más extensa, entonces los valores del examen de necesidad N se definen de la siguiente forma:

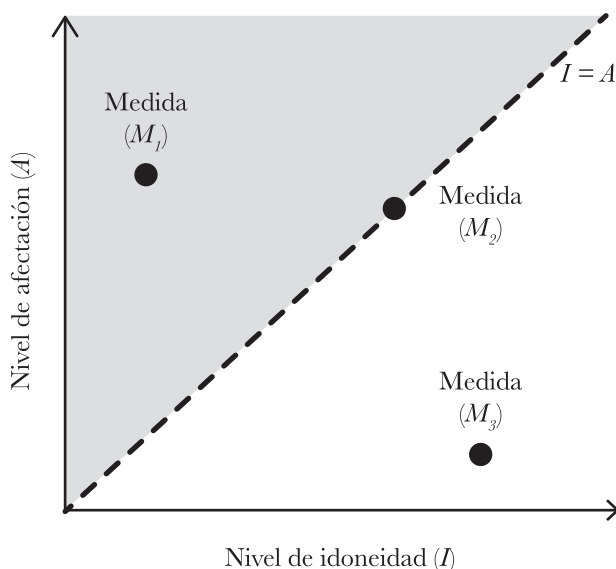
$$S = \begin{cases} 0, & \text{si } M \xrightarrow{+} P_2 < M \xrightarrow{-} P_1 \\ 1, & \text{si } M \xrightarrow{+} P_2 \geq M \xrightarrow{-} P_1 \end{cases}$$

¹⁰² Esto es así ya que siempre que $I_M < A_M$ será cierto que $\frac{I_M}{A_M} < 1$; de igual forma, si $I_M \geq A_M$ entonces necesariamente $\frac{I_M}{A_M} \geq 1$.



En términos gráficos, la relación entre proporcionalidad en sentido estricto (S), el nivel de idoneidad (I) y el nivel de afectación (A) está ilustrada en la gráfica 5:

GRÁFICA 5. MEDIDAS PROPORCIONALES Y NO PROPORCIONALES EN SENTIDO ESTRICTO (S)



FUENTE: elaboración propia.

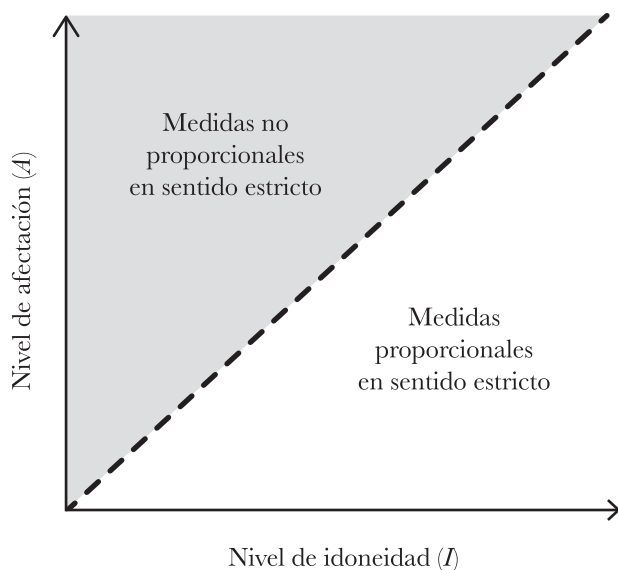
En esta gráfica, la línea punteada señala todos los casos en los que el nivel de idoneidad (I) y el nivel de afectación (A) son iguales ($I = A$). Este es, precisamente, el caso de la medida M_2 . Regresando a la metáfora, estos son casos de empate entre P_1 y P_2 , en los cuales los costos y los beneficios son idénticos y, por tanto, situaciones en las que la balanza está en equilibrio.

En cambio, la medida M_1 —como cualquier otra ubicada en la zona gris, esto es, por encima de la línea punteada ($I = A$)— no pasa el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es así, pues en cualquiera de estos casos el nivel de idoneidad (los beneficios en términos de P_2) será menor que el nivel de afectación (los costos en términos de P_1).

Lo inverso sucede para todas las medidas que, como M_3 , se encuentran por debajo de la línea $I = A$. En estos casos, el nivel de idoneidad (los beneficios) serán siempre mayores que el nivel de afectación (los costos). Por lo anterior, se trata siempre de medidas que pasarán el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

La gráfica 6 generaliza, en términos visuales, la relación entre nivel de idoneidad (I), nivel de afectación (A) y proporcionalidad en sentido estricto (S):

GRÁFICA 6. RELACIÓN ENTRE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO (S), NIVEL DE IDONEIDAD (I) Y NIVEL DE AFECTACIÓN (A)



FUENTE: elaboración propia.

Si seguimos el modelo alexiano, veremos que es precisamente en este paso —el de la proporcionalidad en sentido estricto— en el que Alexy hace explícita la forma en que se calculan las dos variables que en mi modelo he identificado como el nivel de idoneidad (I_M) y el nivel de afectación (A_M). Así, de conformidad con los elementos de la “fórmula del peso completa” de Alexy,¹⁰³ podríamos definir el cociente $\frac{I_M}{A_M}$ de la siguiente forma:

¹⁰³ Recordemos que, en la notación de Alexy, la “fórmula del peso completa” es la siguiente:

En la versión, tanto el nivel de idoneidad (I_M) como el nivel de afectación (A_M) tienen tres componentes.¹⁰⁴ Veamos.

$$G_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

en donde IP_iC es la intensidad de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M ; GP_iA es el peso abstracto del principio P_i ; SP_iC es la seguridad de los presupuestos empíricos respecto de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M ; WP_jC , intensidad del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M ; GP_jA es el peso abstracto del principio P_j , y SP_jC es la seguridad de los presupuestos empíricos respecto del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M .

¹⁰⁴ Uso aquí la fórmula del peso de Alexy, pero es importante notar que mi formalización del test de proporcionalidad es compatible con fórmulas diferentes, incluso más complejas de la fórmula del peso alexiana. Por ejemplo, Klatt y Meister (2012a, p. 11) alegan que deben ser cuatro (y no tres) las variables que deberían incluirse en ambos lados de la balanza, puesto que distinguen entre la seguridad de las premisas empíricas (R_f y R_g y en su notación) y la seguridad de las premisas normativas (R_f^n y R_g^n). La fórmula completa, en su notación, tiene la siguiente forma:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Bernal Pulido (2014, pp. 1000-1005), por su parte, propone una fórmula con once variables para cada lado de la balanza, lo cual implicaría una fórmula con veintidós variables. De acuerdo con él peso concreto IP_iC debe ser definido como $IP_iC = (SP_iC \cdot P_jP_iC) \cdot (EP_iC \cdot VP_iC \cdot PP_iC \cdot AP_iC \cdot DP_iC)$, mientras que el peso concreto WP_jC como $WP_jC = (SP_jC \cdot P_jP_jC) \cdot (EP_jC \cdot VP_jC \cdot PP_jC \cdot AP_jC \cdot DP_jC)$, en donde S_i y S_j se refieren al “significado de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio”, P_j a la “importancia de la posición jurídica, considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes”, E a la “eficiencia”, V a la “velocidad”, P a la “probabilidad”, A al “alcance” y D a la “duración” con que “la medida afecta y satisface, correlativamente, los principios en juego”. Asimismo, para este autor, la seguridad de las premisas SP_iC debe definirse como $SP_iC = SEIP_iC \cdot SNIP_iC \cdot SNPP_iA$, mientras que la seguridad de las premisas SP_jC debe definirse como $SP_jC = SEWP_jC \cdot SNWP_jC \cdot SNPP_jA$, en donde $SEIP_iC$ y $SEWP_jC$ son la “seguridad de las premisas empíricas”, $SNIP_iC$ y $SNWP_jC$ son “la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto” y $SNPP_iA$ y $SNPP_jA$ la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en abstracto. La fórmula del peso de Bernal Pulido, por tanto, tiene la siguiente forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{(SP_iC \cdot P_jP_iC) \cdot (EP_iC \cdot VP_iC \cdot PP_iC \cdot AP_iC \cdot DP_iC) \cdot GP_iA \cdot (SEIP_iC \cdot SNIP_iC \cdot SNPP_iA)}{(SP_jC \cdot P_jP_jC) \cdot (EP_jC \cdot VP_jC \cdot PP_jC \cdot AP_jC \cdot DP_jC) \cdot GP_jA \cdot (SEWP_jC \cdot SNWP_jC \cdot SNPP_jA)}$$

Se trata de una fórmula de una alta complejidad que parece contrastar con la escasa utilidad que le da su creador, pues el propio Bernal Pulido señala que “el objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de la fórmula del peso”, pero que “no desempeñan ninguna función matemática”. De la misma forma, dice que el “signo



Por un lado, el nivel de idoneidad (I_M) es el producto de multiplicar el peso abstracto del principio o derecho fundamental P_2 (B_{P_2}), la incidencia concreta de la medida M en el principio o derecho fundamental P_2 (γ_{M,P_2}) y la probabilidad de que M genere esa incidencia concreta en P_2 (R_{M,P_2}).

Por el otro, el nivel de afectación (A_M) es el producto de multiplicar el peso abstracto del principio o derecho fundamental P_1 (B_{P_1}), la incidencia concreta de la medida M en el principio o derecho fundamental P_1 (γ_{M,P_1}) y la probabilidad de que M genere esa incidencia concreta (R_{M,P_1}).

De esta forma, podemos definir los valores de S_M en términos de los componentes de (I_M) y (A_M):

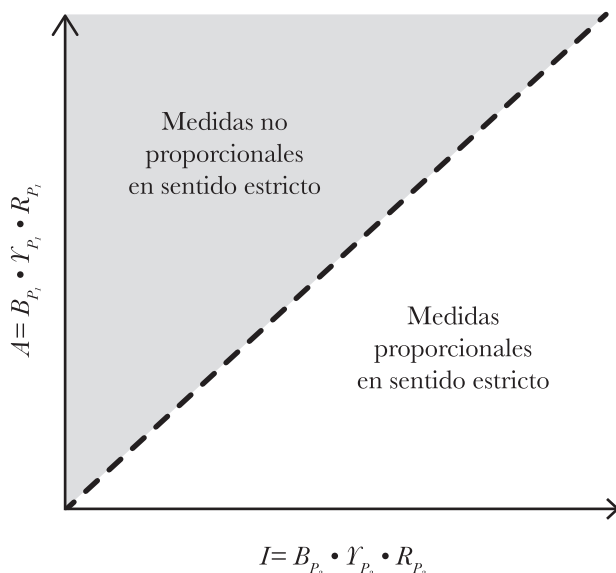
$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } \frac{B_{P_2} \cdot \gamma_{M,P_2} \cdot R_{M,P_2}}{B_{P_1} \cdot \gamma_{M,P_1} \cdot R_{M,P_1}} < 1 \\ 1, & \text{si } \frac{B_{P_2} \cdot \gamma_{M,P_2} \cdot R_{M,P_2}}{B_{P_1} \cdot \gamma_{M,P_1} \cdot R_{M,P_1}} \geq 1 \end{cases}$$

Y, gráficamente, si sustituimos I_M y A_M por sus componentes, obtenemos la siguiente gráfica:

de multiplicación también tiene solo un valor metafórico: indica que todas esas variables deben tomarse en cuenta”. No me interesa aquí discutir a profundidad la racionalidad, utilidad y problemas de las fórmulas alternativas, sino enfatizar que lo que yo defino como el nivel de idoneidad (I_M) y el nivel de afectación (A_M) puede ser sustituido por prácticamente cualquiera de las variantes de la fórmula del peso existentes en la doctrina.



GRÁFICA 7. RELACIÓN ENTRE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (S) Y LOS COMPONENTES DEL NIVEL DE IDONEIDAD (I) Y DEL NIVEL DE AFECTACIÓN (A)



FUENTE: elaboración propia.

Podría cuestionarse por qué si I_M y A_M son variables fundamentales para los pasos previos del test de proporcionalidad —el examen de afectación, para el examen de idoneidad y para el examen de necesidad— es hasta el último paso del test, la proporcionalidad en sentido estricto, que los componentes de I_M y A_M se desarrollan. Y no falta razón en este cuestionamiento. De hecho, como más adelante mostraremos, ese es precisamente uno de los problemas fundamentales del modelo alexiano. Dejar, como Alexy propone, el desarrollo de los componentes de I_M y A_M exclusivamente para el último paso es una decisión que (i) impide ver la muy estrecha relación entre los diferentes componentes del test de proporcionalidad y (ii) permite que, en el examen de necesidad, se invaliden medidas que sí pasan el test de proporcionalidad.

Pero éste y otros puntos los desarrollaré más adelante. Sirva lo hasta aquí expuesto para mostrar, como se adelantó al inicio del apartado, que es posible hacer una formalización completa del test de proporcionali-

dad alexiano que, además, ayuda a comprender las relaciones entre las diferentes partes o pasos del modelo. En el siguiente apartado me refiero a las lecciones que deja esta formalización.

5. Las lecciones de la formalización

La formalización de todo el test de proporcionalidad deja varias lecciones y brinda luz sobre cuestiones que no son evidentes cuando se sigue la formalización parcial propuesta por Alexy. A continuación, desarrollo estos hallazgos.

A. El modelo alexiano no es, en realidad, un test estrictamente escalonado de tres pasos, sino la conjunción de dos exámenes independientes: proporcionalidad en sentido estricto y necesidad

Aunque existe un consenso casi unánime en la doctrina, consistente en que el test de proporcionalidad es una metodología escalonada, lo cierto es que, bien entendido, el test alexiano no es otra cosa que dos exámenes independientes: el examen de proporcionalidad en sentido estricto (S)¹⁰⁵ y el examen de necesidad (N). Estos dos exámenes, como se ha mostrado anteriormente, pueden definirse de la siguiente forma:

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M < A_M \\ 1, & \text{si } I_M \geq A_M \end{cases}$$

$$N_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M \geq I_M \text{ y } A_M < A_M \\ 1, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

Y digo que son exámenes independientes porque los resultados de un examen no condicionan los resultados del otro. Dicho de otro modo: aunque Alexy afirma que se trata de un examen escalonado, no lo es en rea-

¹⁰⁵ Y esto muestra, también, que existe una conexión lógica entre: (i) la existencia de una afectación por la medida, (ii) la idoneidad de la medida y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Bien visto, (i) y (ii) no son sólo sino precondiciones de (iii). Y, por eso mismo, queda claro que es incorrecto sostener, como Khosla (2010, p. 306), que cada uno de los subpasos del test tienen funciones distintas o independientes.



lidad. La prueba de ello es que es perfectamente posible contar con los siguientes cuatro resultados:

TABLA 3. INDEPENDENCIA DE LOS EXÁMENES
DE NECESIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD
EN SENTIDO ESTRICTO

		Proporcionalidad en sentido estricto	
		$(S_M=0)$	$(S_M=1)$
Necesidad	$(N_M=0)$	I	II
	$(N_M=1)$	III	IV

FUENTE: elaboración propia.

Como puede verse, cada uno de estos cuadrantes corresponde a las siguientes combinaciones:

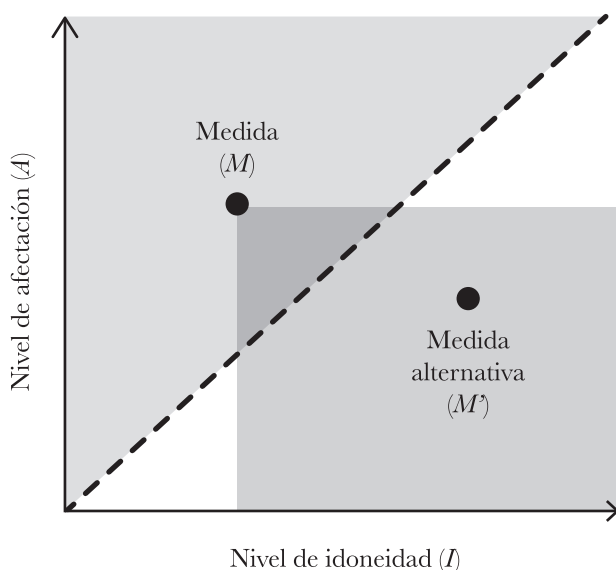
- (I) La medida M no es proporcional en sentido estricto ($S_M=0$) ni necesaria ($N_M=0$).
- (II) La medida M sí es proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) pero no es necesaria ($N_M=0$)
- (III) La medida M no es proporcional en sentido estricto ($S_M=0$) pero sí es necesaria ($N_M=1$)
- (IV) La medida M sí es proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) y sí es necesaria ($N_M=1$)

Las siguientes gráficas muestran un ejemplo de cada una de estas cuatro combinaciones.



La gráfica 8 representa un caso que se ubica en el cuadrante I: la medida no es proporcional (por eso se encuentra por encima de la línea punteada) ni tampoco es necesaria (en tanto existe una medida alternativa M^* que tiene un mayor nivel de idoneidad y un menor nivel de afectación).

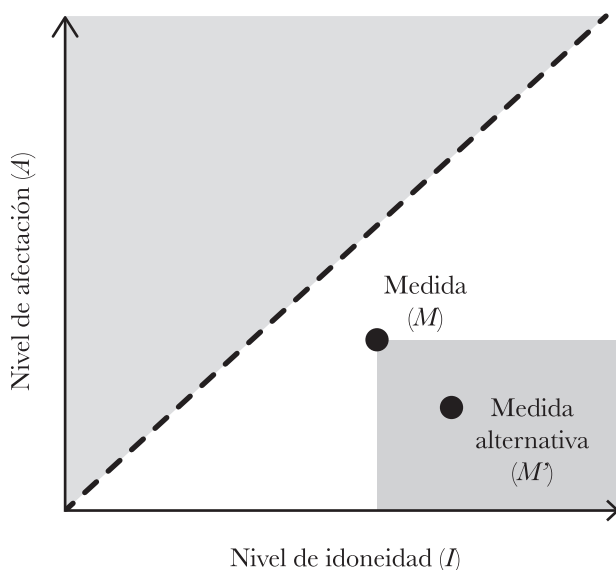
GRÁFICA 8. CASO I: LA MEDIDA
NO ES NI PROPORCIONAL EN SENTIDO
ESTRICTO NI NECESARIA



FUENTE: elaboración propia.

La gráfica 9, por su parte, presenta un ejemplo de un caso II, esto es, cuando la medida sí es proporcional en sentido estricto (por eso está debajo de la línea punteada), pero que no pasa el examen de necesidad (pues existe una medida alternativa M' que es más idónea y menos restrictiva).

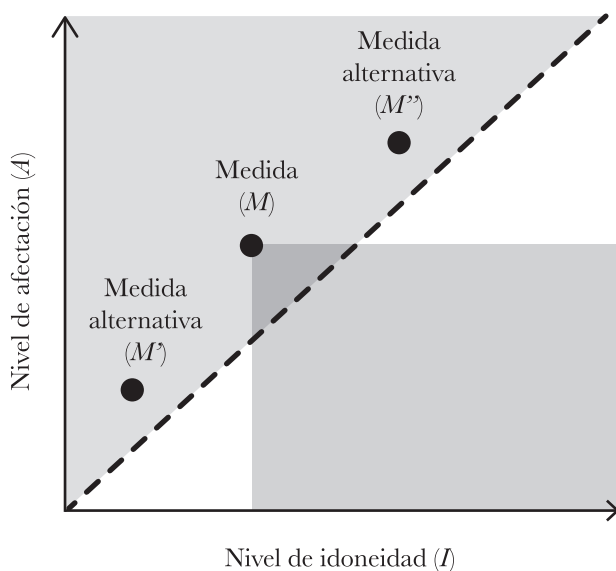
GRÁFICA 9. CASO II: LA MEDIDA
 SÍ ES PROPORCIONAL EN SENTIDO Estricto,
 PERO NO ES NECESARIA



FUENTE: elaboración propia.

Un ejemplo del caso III está contenido en la gráfica 10. En este caso, la medida M no es proporcional (al ubicarse por encima de la línea $I=A$), pero sí es necesaria, ya que no existe una medida alternativa que sea igualmente idónea y menos restrictiva que M . Aunque en la situación ilustrada en la gráfica existen incluso dos medidas alternativas (M' y M''), lo cierto es que ninguna cumple con las dos condiciones que harían que M no sea una medida necesaria. Por una parte, la medida alternativa M' es menos restrictiva que M , pero al mismo tiempo es menos idónea (es decir, genera menos costos, pero también menos beneficios). Por la otra, M'' es una medida alternativa con un mayor nivel de idoneidad, pero también con un mayor nivel de afectación (genera, por tanto, mayores beneficios, pero también mayores costos).

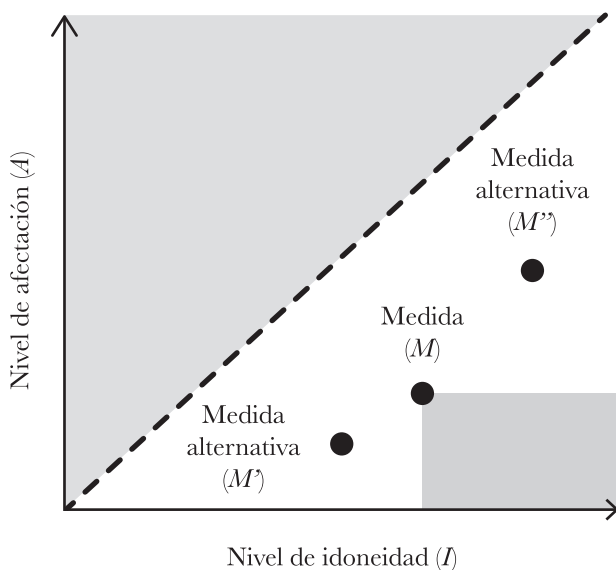
GRÁFICA 10. CASO III: LA MEDIDA M
 NO ES PROPORCIONAL EN SENTIDO ESTRICTO,
 PERO SÍ ES NECESARIA



FUENTE: elaboración propia.

Finalmente, un caso tipo IV está representado en la gráfica 11. En este caso, M pasa ambos exámenes. Por una parte, es una medida proporcional, pues su nivel de idoneidad (beneficios) es más grande que su nivel de afectación (costos). Por la otra, se trata de una medida necesaria, ya que no existe una medida alternativa que cumpla con las dos condiciones señaladas (igual o mayor idoneidad y menor grado de afectación).

GRÁFICA 11. CASO IV: LA MEDIDA M
 ES PROPORCIONAL EN SENTIDO ESTRICTO
 Y TAMBIÉN ES NECESARIA



FUENTE: elaboración propia.

Lo anterior permite llegar a una conclusión por demás relevante. Aunque Alexy¹⁰⁶ y prácticamente toda la doctrina sostienen que el modelo alexiano es un test escalonado —es decir, que deben seguirse necesariamente los pasos de manera secuencial, y detener el examen si es que se incum-

¹⁰⁶ La posición de Alexy sobre este tema es clarísima: “el principio de necesidad... debe considerarse siempre antes que el principio de proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, el requisito de ponderación”. (“[T]he principle of necessity... is always to be considered before the principle of proportionality in its narrow sense, that is, the balancing requirement”). (Alexy, 2002a, p. 68).

ple con un paso— lo cierto es que, en realidad, se trata de la conjunción de dos exámenes independientes: el examen de proporcionalidad y el examen de necesidad.

De hecho, es posible sintetizar las condiciones que hacen que una medida M pase todo el test de proporcionalidad alexiano (T_M):

$$T_M = \begin{cases} 1, & \text{si } I_M \geq A_M \text{ y } \sim(I_{M'} \geq I_M \text{ y } A_{M'} < A_M) \\ 0, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

Dicho de otro modo: una medida M pasará el test de proporcionalidad alexiano ($T_M=1$) si (i) su nivel de idoneidad (I_M) es mayor a su nivel de afectación (A_M) y (ii) no es el caso de que exista una medida alternativa M' que sea al mismo tiempo más idónea que M ($I_{M'} \geq I_M$) pero menos restrictiva que M ($A_{M'} < A_M$).

Este hallazgo es significativo. Como he mostrado en apartados precedentes, existe prácticamente un consenso en la literatura de que el test es una metodología escalonada. Y, como se ha mostrado aquí, esto es incorrecto.¹⁰⁷ El test alexiano es, en realidad, la conjunción de dos exámenes independientes.

¿Qué implicaciones prácticas tiene lo anterior? En el siguiente apartado desarrollo la primera gran consecuencia de esta contribución. Específicamente, mostraré que, para no generar resultados incompatibles con las finalidades del test, entonces por regla general es indispensable hacer tanto el examen de proporcionalidad como el examen de necesidad. O, para decirlo de otra manera, mostraré los problemas de creer que el test de proporcionalidad es una metodología escalonada.

B. Por regla general debe hacerse tanto el análisis de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad (en ese orden, preferentemente)

¿Por qué es importante hacer tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el de necesidad —en ese orden—? Para responder

¹⁰⁷ Y es incorrecta, también, la posición de Beatty (2004, p. 163), para quien idoneidad y necesidad son “aplicaciones claras y simples” de la proporcionalidad en sentido estricto. En sus palabras: “A pesar de que [el principio de proporcionalidad] usualmente se descompone en tres principios diferentes, al evaluar la ‘racionalidad’ (idoneidad), ‘necesidad’ y ‘proporcionalidad’ en el sentido más ‘estricto’ o ‘estrecho’, los primeros dos son en realidad sólo aplicaciones claras y simples del tercero”.



a esta pregunta, analizaré dos hipótesis. Por una parte, analizaré qué sucede cuando se sigue el orden propuesto por Alexy y replicado por gran parte de la literatura¹⁰⁸—esto es, primero la necesidad y luego la proporcionalidad en sentido estricto— y se detiene el análisis una vez que una medida no pasa el examen de necesidad. Por la otra, exploraré las consecuencias de alterar el orden —primero analizar la proporcionalidad en sentido estricto y luego la necesidad— e igualmente detener el análisis si una medida no pasa el primer examen.

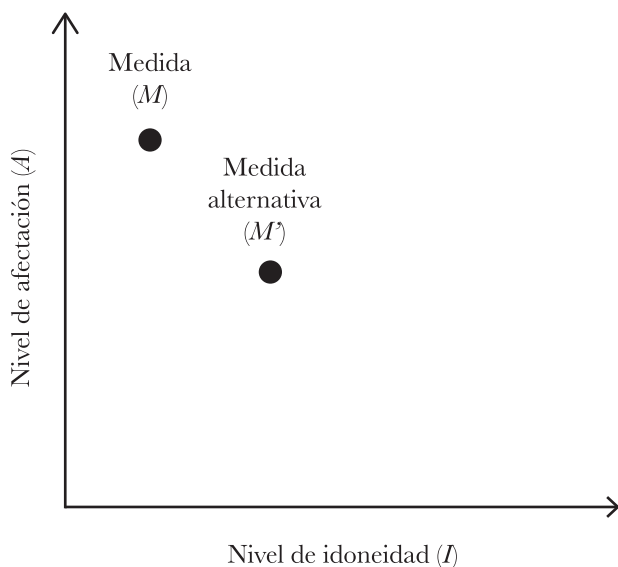
Comencemos con el primer análisis. ¿Cuál es el problema de mantener el orden propuesto por Alexy y detener el análisis si una medida no pasa el examen de necesidad? Como mostraremos a continuación, si se invalida una medida M en el examen de necesidad y no se prosigue con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, es posible que se opte por medidas alternativas que no son proporcionales en sentido estricto (esto es, que terminan generando mayores afectaciones en términos de P_1 que beneficios en términos de P_2).

¹⁰⁸ Como se ha mencionado, prácticamente toda la doctrina sostiene esta posición. Alvez Amaya (2010, p. 366), por ejemplo, alega que “[e]l carácter escalonado del examen de proporcionalidad es quizás una de las características más relevantes de este mecanismo constitucional, adoptado desde el modelo alemán. No se trata de un examen en que resulte indiferente el orden en el que son aplicados los sub-principios, sino que, muy por el contrario, la técnica consiste justamente en que sólo se pasa a la siguiente sub-etapa una vez aprobada al anterior”.



Usemos el caso representado en la gráfica 12 para demostrar lo anterior. En este caso, tenemos tanto una medida M como una medida alternativa M' . Ambas medidas, como puede verse, inciden negativamente en el derecho o principio P_1 (por eso su nivel de afectación es mayor a cero: $A_M > 0$ y $A_{M'} > 0$). De la misma forma, ambas generan un beneficio en términos de P_2 (de ahí que su nivel de idoneidad también sea mayor a cero: $I_M > 0$ y $I_{M'} > 0$). Tenemos, por tanto, las condiciones necesarias para emprender tanto el examen de necesidad como el de proporcionalidad en sentido estricto.

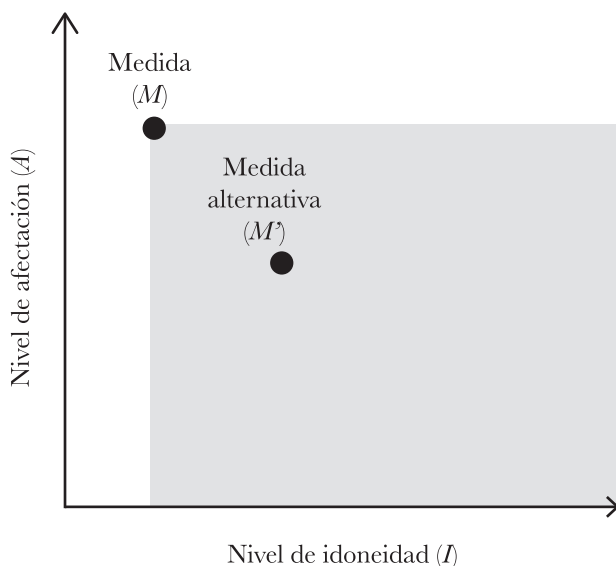
GRÁFICA 12



FUENTE: elaboración propia.

Si seguimos el escalonamiento propuesto por Alexy, entonces deberíamos hacer primero el examen de necesidad. Y, en este caso, como evidencia la gráfica 13, es claro que la medida M no es necesaria, en tanto M' se trata de una alternativa que es más idónea y menos restrictiva (es por lo que se encuentra ubicada en el área sombreada).

GRÁFICA 13

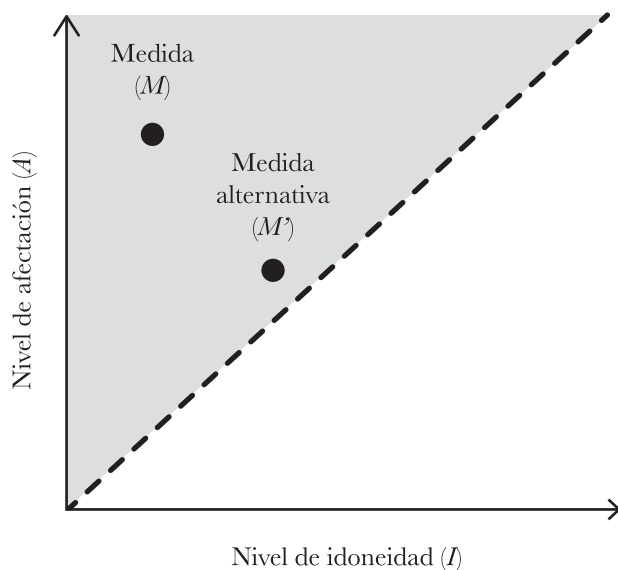


FUENTE: elaboración propia.

En el modelo alexiano, lo anterior bastaría para detener el análisis. Dado que M' produce mayores beneficios y menores costos, habría que invalidar la medida M y optar por M' .

Sucede, sin embargo, que detener el análisis en este paso produciría un resultado completamente incompatible con la finalidad del modelo alexiano: garantizar, en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la realización de los derechos fundamentales. Esto es así por la sencilla razón de que M' , como es evidente en la gráfica 14, no es una medida que pase el examen de proporcionalidad en sentido estricto y, por tanto, optar por ella se traduciría en una pérdida neta en términos de derechos.

GRÁFICA 14



FUENTE: elaboración propia.

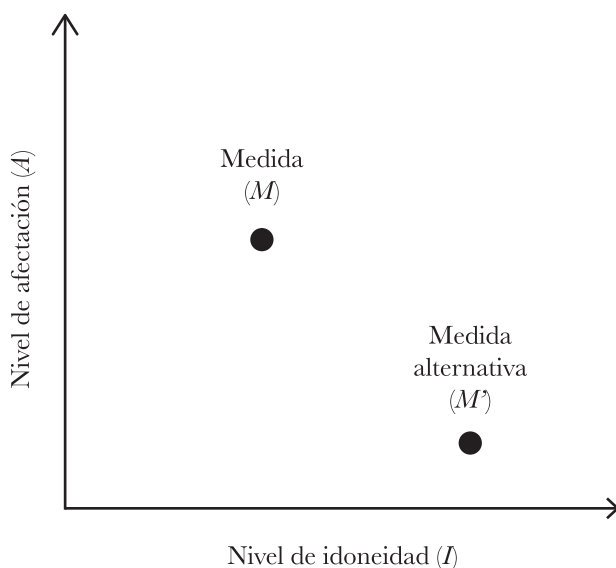
¿Qué implica lo anterior? En primer lugar, hay que abandonar el escalonamiento propuesto por Alexy. Siempre será necesario, por tanto, hacer en análisis de proporcionalidad en sentido estricto, incluso si la medida bajo análisis no pasa el examen de necesidad. De lo contrario, como ya se demostró, se corre el riesgo de optar por medidas alternativas que no sean proporcionales en sentido estricto.

Paso ahora al segundo análisis. ¿Cuál es el problema de cambiar el orden y detener el análisis si una medida no pasa el examen de proporcionalidad?

lidad en sentido estricto? En este caso, el problema consiste en descartar medidas alternativas que sí cumplan con ambos exámenes.

Usemos, como ejemplo, el caso representado en la gráfica 15. Aquí tenemos, de nueva cuenta, tanto una medida M como una medida alternativa M' que inciden negativamente en el derecho o principio P_1 ($A_M > 0$ y $A_{M'} > 0$) y que generan un beneficio en términos de P_2 ($I_M > 0$ y $I_{M'} > 0$).

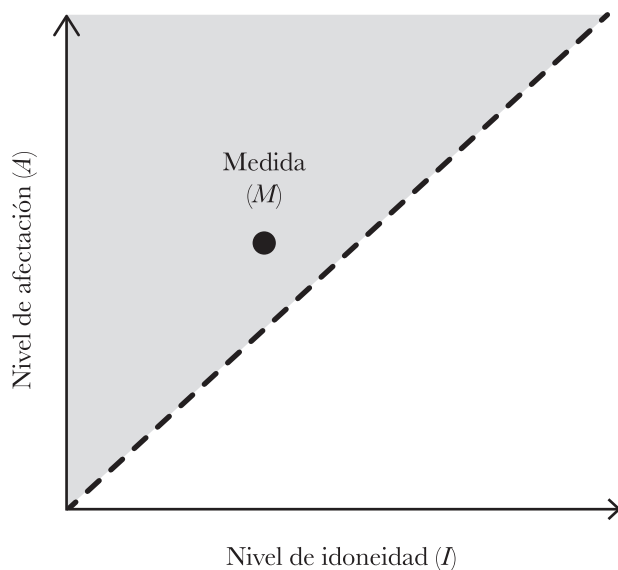
GRÁFICA 15



FUENTE: elaboración propia.

Si se comienza con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, rápidamente podremos ver que estamos frente a una medida inválida, pues su nivel de idoneidad (los beneficios) es menor que su nivel de afectación (los costos). Es por ello por lo que M se encuentra por encima de la línea punteada (véase la gráfica 16).

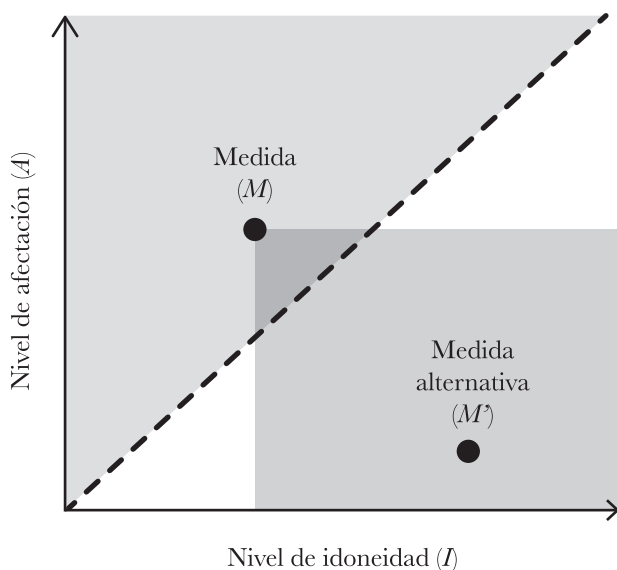
GRÁFICA 16



FUENTE: elaboración propia.

¿Cuál es el problema de detener el análisis en esta etapa? La respuesta es sencilla: si no procedemos a hacer el análisis de necesidad, entonces estaremos cancelando la posibilidad de optar por la medida alternativa M' que, como es evidente, sí pasa tanto el examen de necesidad como de proporcionalidad en sentido estricto. La gráfica 17 ilustra con claridad el punto anterior.

GRÁFICA 17



FUENTE: elaboración propia.

Los dos anteriores casos muestran, como se ha adelantado, que siempre es necesario hacer tanto el examen de proporcionalidad como el de necesidad. Ahora bien, ¿por qué es recomendable hacer primero el análisis de proporcionalidad? En buena medida, porque el examen de necesidad es mucho más demandante en términos del número de variables que hay que calcular.

Como se ha mostrado anteriormente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto (S_M) implica calcular sólo dos variables:

$$\text{Nivel de idoneidad de } M: \quad I_M = M \rightarrow P_2$$

$$\text{Nivel de afectación de } M: \quad A_M = M \rightarrow P_1$$



En cambio, el examen de necesidad ($\mathcal{N}_M$) implica la determinación de cuatro variables (dos de las cuales fueron previamente calculadas para el examen de proporcionalidad en sentido estricto):

Nivel de idoneidad de M :	$I_M = M \xrightarrow{+} P_2$
Nivel de idoneidad de M' :	$I_{M'} = M' \xrightarrow{+} P_2$
Nivel de afectación de M :	$A_M = M \xrightarrow{-} P_1$
Nivel de afectación de M' :	$A_{M'} = M' \xrightarrow{-} P_2$

Por ello, aunque técnicamente es posible seguir cualquier orden, lo cierto es que resulta más sensato realizar primero el examen de proporcionalidad en sentido estricto (a partir de las variables I_M y A_M) y posteriormente el de necesidad (para lo cual es necesario estimar, adicionalmente, $I_{M'}$ y $A_{M'}$).

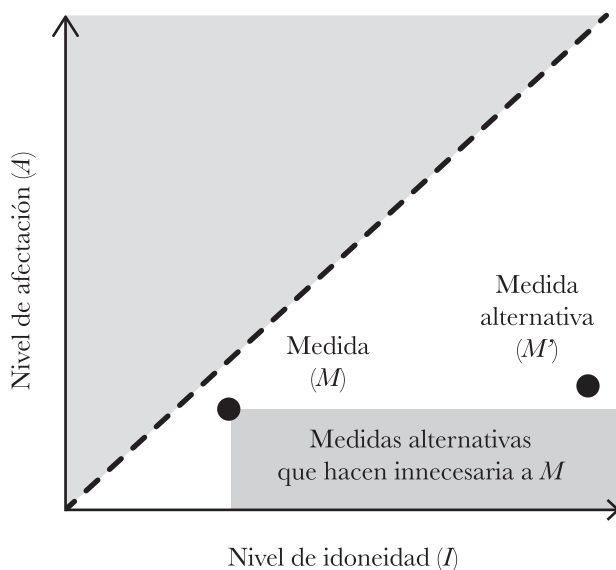
C. El test alexiano no es apto para realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible, por lo que el examen de necesidad debe ser sustituido por un examen de optimalidad

La formalización que he presentado a lo largo de este capítulo también permite derivar un hallazgo aún más importante: incluso si se realiza conjuntamente tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad, el test alexiano no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana, esto es: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible.

Para ilustrar el punto, consideremos dos casos. Primero, veamos el caso representado en la gráfica 18. Aquí hay una medida M y una medida alternativa M' . Como puede verse, la medida M pasa tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pues su nivel de idoneidad es mayor que su nivel de afectación (por eso se encuentra debajo de la línea punteada, en la zona de medidas proporcionales), como el de necesidad, pues no existe ninguna medida igual o más idónea que además genere menos afectaciones (por eso no hay ninguna medida en el rectángulo gris). Se trata, en suma, de una medida que pasaría todas las gradas del test de proporcionalidad alexiano.



GRÁFICA 18



FUENTE: elaboración propia.

Pero si uno desea garantizar la máxima realización de los derechos fundamentales, no queda del todo claro por qué no sería mejor optar por la medida alternativa M' . Recordemos las palabras del propio Alexy (2002a): “los principios son normas que requieren que algo se realice *en la mayor medida posible* dadas las posibilidades legales y fácticas” (p. 47).¹⁰⁹ En este caso, es evidente que la medida alternativa M' es la que permite que, en el agregado, los derechos se realicen o satisfagan en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Me explico.

Es claro que la medida alternativa M' genera beneficios mucho mayores que M , es por ello por lo que se encuentra mucho más a la derecha de la gráfica, con un nivel de idoneidad mayor. Y, al mismo tiempo, la medida alternativa M' sólo está ligeramente arriba de M . Dicho de otra manera optar por la medida alternativa M' (y no por la medida M) generaría un incremento muy significativo de los beneficios, y sólo un ligero aumento

¹⁰⁹ “[P]rinciples are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities”.

de los costos. Es evidente, pues, el incremento en los costos se compensa (y con creces) por el incremento en los beneficios.

La lección, por tanto, es clarísima: sustituir M por M' nos deja en un mundo donde los derechos fundamentales, en el agregado, se realizan de una mejor forma.¹¹⁰ O, para decirlo en términos alexianos, M' genera un mayor nivel de beneficios netos que M .

Parecería, por tanto, que es por demás sensato sustituir la medida M por la medida alternativa M' . Pero esto no es posible en el modelo alexiano. El problema, como es claro, está en la forma en que Alexy define el examen de necesidad. Sólo las medidas alternativas que generen *menores* afectaciones pueden servir para invalidar M .

Presento ahora un segundo caso, ilustrado en la gráfica 19. Aquí también tenemos una medida M y una medida alternativa M' . Como es evidente, esta medida M igualmente pasa tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto (por eso está debajo de la línea punteada) como el examen de necesidad (pues no hay ninguna medida alternativa que se encuentre en el rectángulo gris). Y, sin embargo, éste es también otro caso en el que no queda claro por qué no sería mejor optar por la medida alternativa M' , pues esta última es la que permite que, en el agregado, los derechos se realicen o satisfagan en la mayor medida de lo posible. Continúo con la explicación.

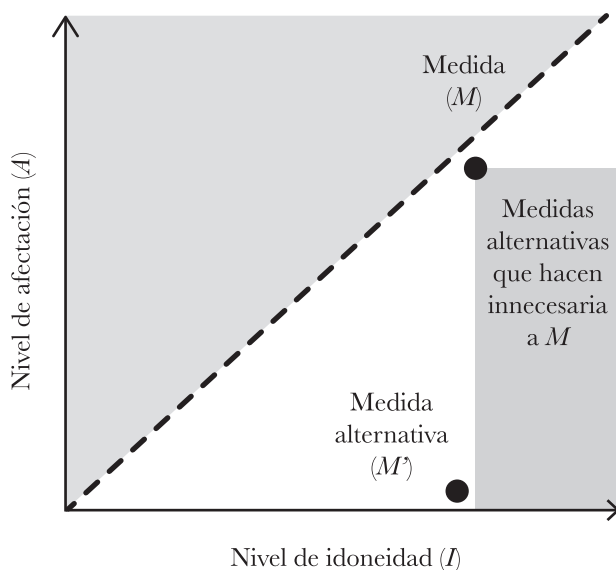
¹¹⁰ Podría objetarse, por supuesto, que el modelo alexiano no permite hacer operaciones aritméticas entre los costos y los beneficios, esto es, sumarlos y restarlos. Sin embargo, lo cierto es que el modelo alexiano sí permite este tipo de operaciones. Bate con ver la forma en que Alexy suma los costos y beneficios (en términos de principios o derechos diferentes) tanto en la “fórmula de cociente extendida” como en la “fórmula del peso extendida completa”:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

$$G_{ij} = \frac{(I_i \cdot G_i \cdot S_i) + \dots + (I_m \cdot G_m \cdot S_m)}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$



GRÁFICA 19



FUENTE: elaboración propia.

Es claro que, en términos de afectaciones, M^* es una alternativa mucho más atractiva en términos de los costos que genera, ya que su grado de afectación es muy menor (de hecho, es cercano a cero) y, al mismo tiempo, M^* genera un beneficio que es prácticamente idéntico al de M . De esta forma, optar por M^* (en contraste con M) permite reducir drásticamente los costos (en términos de P_2) al mismo tiempo que genera beneficios casi idénticos (en términos de P_1). De nueva cuenta, la lección es clara: aunque sustituir M por M^* nos deja en un mundo donde los derechos fundamentales se realizan, en el agregado, de una mejor forma, esto no es posible en el modelo alexiano, pues sólo las medidas alternativas que generen *iguales o mayores* beneficios pueden servir para invalidar M .

¿Cuál es el remedio entonces? Debido a lo anterior, parece que, si se busca que el test efectivamente sirva para garantizar la máxima realización de los derechos fundamentales, habría que abandonar el examen de necesidad —tal como lo define Alexy— y optar por un examen que efectivamente permita seleccionar las medidas alternativas que, aunque generan mayores costos, en el agregado generen un mayor beneficio neto.

Así, podríamos definir un nuevo examen: el examen de optimalidad (O).¹¹¹ Para este examen, se tienen que determinar las mismas cuatro variables que para el examen de necesidad:

Nivel de idoneidad de M :	$I_M = M \rightarrow P_2$
Nivel de idoneidad de M' :	$I_{M'} = M' \rightarrow P_2$
Nivel de afectación de M :	$A_M = M \rightarrow P_1$
Nivel de afectación de M' :	$A_{M'} = M' \rightarrow P_2$

Como se puede observar, las cantidades clave aquí son los beneficios netos (B) que generan tanto la medida M (B_M) como la medida alternativa M' ($B_{M'}$).¹¹²

Beneficios netos de M :	$B_M = I_M - A_M$
Beneficios netos de M' :	$B_{M'} = I_{M'} - A_{M'}$

De esta medida (M) será óptima ($O_M = 1$) siempre y cuando no exista una medida alternativa (M') cuyos beneficios netos sean mayores ($B_{M'} > B_M$). Formalmente, podríamos entonces definir así los valores para las medidas óptimas ($O_M = 1$) y las medidas no óptimas ($O_M = 0$) de la siguiente manera:¹¹³

¹¹¹ Aunque el término aún no se encuentra reconocido por la Real Academia Española, lo cierto es que su uso no es infrecuente en la literatura especializada.

¹¹² Uso aquí, por simplicidad, una fórmula aritmética —que prácticamente es lo mismo que hace Alexy con su “fórmula diferencial”—, pero los beneficios podrían ser definidos en términos de un cociente, sin que esto altere mis hallazgos y conclusiones. Específicamente, los beneficios netos de ambas medidas pueden ser definidos de la siguiente forma:

Cociente de beneficios de M :	$B_M = \frac{I_M}{A_{M'}}$
Cociente de beneficios de M' :	$B_{M'} = \frac{I_{M'}}{A_M}$

¹¹³ De manera similar, si se opta por el formato de cocientes el examen de optimalidad podría plantearse de la siguiente manera:

$$O_M = \begin{cases} 0, & \text{si } \frac{I_{M'}}{A_{M'}} > \frac{I_M}{A_M} \\ 1, & \text{si } \frac{I_{M'}}{A_{M'}} \leq \frac{I_M}{A_M} \end{cases}$$



$$O_M = \begin{cases} 0, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) > (I_M - A_M) \\ 1, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) \leq (I_M - A_M) \end{cases}$$

El examen de optimalidad, como se ha dicho, es un sustituto del examen de necesidad y, de hecho, se trata de un examen mucho más exigente en términos de la realización o satisfacción de los derechos. Esto es así, ya que cualquier medida alternativa (M') que permita invalidar a la medida adoptada M en un examen de necesidad ($N_M = 0$) también lo hará en el examen de optimalidad ($O_M = 0$). La demostración de lo anterior es directa. Supongamos que tenemos una medida M que no pase el examen de optimalidad. Si esto es así, entonces debe cumplirse esta condición:

$$(1) \quad I_{M'} - A_{M'} > I_M - A_M$$

La anterior expresión, como se ha visto, simple y sencillamente muestra que la medida alternativa M' genera un mayor beneficio neto que la medida M . Haciendo un simple reacomodo de la ecuación, la condición puede reescribirse de la siguiente forma:

$$(1) \quad I_{M'} - A_M > I_M - A_M$$

Ahora bien, si la medida M tampoco pasa el examen de necesidad, entonces las dos siguientes condiciones tienen que ser ciertas:

$$(2) \quad I_{M'} \geq I_M$$

$$(3) \quad A_{M'} < A_M$$

Lo que tenemos en (2) y (3) no es otra cosa que la aplicación de las condiciones del examen de necesidad al caso concreto: la medida M no es necesaria ya que existe una medida alternativa M' que es igual o más idónea que M ($I_{M'} \geq I_M$) y que, al mismo tiempo, es menos restrictiva que M ($A_{M'} < A_M$).

Haciendo un simple reacomodo de ambas ecuaciones, las condiciones pueden reescribirse de la siguiente forma:

$$(2) \quad I_{M'} - I_M \geq 0$$

$$(3) \quad A_{M'} - A_M < 0$$



Lo anterior permite ver que si se cumplen las condiciones (2) y (3), también es cierto que se cumple con la condición (1). O, para decirlo en términos de la notación, que:

si $(I_{M'} - I_M \geq 0)$ y $(A_{M'} - A_M < 0)$, entonces $(I_{M'} - I_M > A_{M'} - A_M)$.

Esto es así ya que si (2) la diferencia entre la idoneidad de M' y la de M es mayor o igual a cero $(I_{M'} - I_M \geq 0)$ y (3) la diferencia entre la afectación de M' y la de M es menor a cero $(A_{M'} - A_M < 0)$, entonces también será cierto que (1) la diferencia entre la idoneidad de M' y la de M será mayor que la diferencia entre la afectación de M' y la de M $(I_{M'} - I_M > A_{M'} - A_M)$.

Lo anterior demuestra que cualquier medida alternativa M' que permita invalidar a la medida adoptada M en un examen de necesidad también la invalidará en el examen de optimalidad.

En ese sentido, digo que el examen de optimalidad es más exigente que el examen de necesidad, pues este nuevo examen permite que existan otras medidas alternativas que, aunque no invaliden a M en un examen de necesidad, sí la invaliden en el examen de optimalidad. De hecho, los ejemplos representados en las gráficas 18 y 19 son exactamente eso: casos en los que la medida M , aunque pasa el examen de necesidad, no pasa el examen de optimalidad ya que existe una medida alternativa M' que genera más beneficios netos que M .

En vista de lo anterior, si lo que se desea es maximizar el nivel de realización de los derechos fundamentales, entonces el test de proporcionalidad alexiano (T_M) debe ser sustituido por otro test, en el que el examen de necesidad (N_M) sea sustituido por un examen de optimalidad (O_M) .

Formalmente, podríamos definirlo como un “test de maximalidad” (X_M) que se compone de dos pasos: un examen de proporcionalidad en sentido estricto de la medida (S_M) y un examen de optimalidad de la medida (O_M) :

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M < A_M \\ 1, & \text{si } I_M \geq A_M \end{cases}$$

$$O_M = \begin{cases} 0, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) > (I_M - A_M) \\ 1, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) \leq (I_M - A_M) \end{cases}$$

Y si quisiéramos sintetizar las condiciones que hacen que una medida M pase todo el test de maximalidad (X_M) , diríamos que basta con que se cumpla lo siguiente:



$$X_M = \begin{cases} 1, & \text{si } I_M \geq A_M \text{ y } (I_M - A_M) \leq (I_M - A_M) \\ 0, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

Como se ha mostrado, éste es el test que efectivamente permite cumplir con la finalidad última de la teoría alexiana: garantizar en la mayor medida de lo posible la satisfacción de los derechos fundamentales en la medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Y, como se verá en el siguiente apartado, este desarrollo no sólo es relevante como una aportación a la teoría del derecho, sino también para tener una mejor dogmática jurídica, especialmente para poder describir de mejor forma la práctica jurisdiccional de diversos tribunales constitucionales.

D. La sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad brinda el aparato teórico necesario para comprender la práctica de los tribunales constitucionales

El examen de optimalidad que propongo es una aportación a la teoría analítica del derecho que tiene consecuencias prácticas. En particular, el modelo que he creado permitiría resolver problemas que ya se presentan en la práctica cotidiana de los tribunales constitucionales del mundo. Por ejemplo, al estudiar el caso, Petersen encontró —con algo de sorpresa, al parecer— que el Tribunal Federal Constitucional realiza un estudio que es plenamente compatible con mi examen de optimalidad —y no con el examen de necesidad alexiano—. En palabras del propio Petersen (2017),

[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. (p. 11)

Dicho de otro modo: Petersen encuentra que el Tribunal Federal Constitucional alemán, en la práctica, no sigue el modelo alexiano. Como he expuesto ampliamente, en la concepción alexiana una medida alternativa M' que no es al menos igualmente eficaz (o idónea) que la medida adoptada M en ningún caso podría servir para invalidar a M . En contraste, si se sigue



en el examen de optimalidad que he propuesto, es perfectamente posible que M' sea adoptada, siempre y cuando su menor nivel de eficacia (en comparación de M) sea superado por un menor nivel de afectaciones.

Aunque la doctrina ha identificado que la práctica de los tribunales se aleja del modelo alexiano, lo cierto es que no ha desarrollado las herramientas teóricas necesarias para nombrar y explicar el comportamiento. Además, es muy revelador, por ejemplo, que Petersen (2017, p. 11) alegue que este tipo de análisis se realiza en el examen de necesidad, pero que al mismo tiempo reconozca que el Tribunal Constitucional Federal alemán se aparta de la estructura tradicional de dicho examen. De la misma forma, Kaplow (2019, p. 1456) identifica el fenómeno y cita al propio Petersen, pero a final de cuentas considera que el fenómeno es una mera “flexibilización” del examen de necesidad.

Otros planteamientos, como el de Borowski, igualmente atinan al identificar el problema, pero fallan en la solución. Este autor también reconoce el fenómeno en el Tribunal Constitucional Federal alemán, que él entiende como una optimización Kaldor-Hicks, pero ni lo formaliza ni termina de definir su relación con los componentes del test de proporcionalidad. Específicamente, 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). Sin embargo, Borowski identifica las alternativas, pero no resuelve 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).

La formalización que he presentado permite superar los problemas e indefiniciones de estas posiciones. En realidad, el tipo de análisis que realiza el Tribunal Constitucional Federal alemán no es una modificación (como sugiere Petersen) ni tampoco una flexibilización (como apunta Kaplow) del examen de necesidad, sino un examen con una estructura y finalidades distintas. Asimismo, las tres soluciones planteadas por Borowski son poco adecuadas: (i) hacer el análisis de la grada de necesidad sería redundante, pues como se ha mostrado, el examen de optimalidad es más estricto y permite invalidar cualquier medida que no supere el examen de necesidad; (ii) tampoco es adecuado hacer el análisis en la grada de proporcionalidad en sentido estricto, pues en realidad proporcionalidad y optimalidad son dos exámenes independientes, y (iii) no sería adecuado establecer una cuarta



grada, pues como se ha demostrado, lo que debe hacerse es sustituir el examen de necesidad por el de optimalidad.

E. Es falso que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas

La formalización también deja en claro que es falsa la idea de que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que el subprincipio de proporcionalidad sólo se relaciona con las posibilidades jurídicas. En realidad, como se verá, los tres subprincipios se relacionan con las posibilidades fácticas, y tanto el principio de necesidad como el de proporcionalidad se relacionan con las posibilidades jurídicas.

Según Alexy, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto está relacionado con lo jurídicamente posible ya que, cuando dos principios P_1 y P_2 entran en colisión, es necesario ponderar y la realización del primer principio P_1 dependerá del segundo principio P_2 .

Esta idea es más clara si empleamos la notación que he propuesto. Recordemos que el nivel de afectación de M ($A_M = M \rhd P_1$) mide el nivel de realización de P_1 que genera la medida, mientras que el nivel de idoneidad de M ($I_M = M \nrightarrow P_2$) mide el nivel de realización de P_2 que genera la medida. De esta forma, en caso de colisión, la realización del principio P_1 depende del principio P_2 ya que la proporcionalidad en sentido estricto implica la comparación entre el nivel de afectación de M ($A_M = M \rhd P_1$) y el nivel de idoneidad de M ($I_M = M \nrightarrow P_2$). Más específicamente, el beneficio que genera la medida M en términos de P_2 sólo se justificará si es mayor a la afectación que M genera en términos de P_2 .

Lo anterior implica que si $I_M > A_M$, entonces M será válida y en consecuencia el nivel de realización de P_2 (en términos de $I_M = M \nrightarrow P_2$) será mayor, mientras que el nivel de realización de P_1 (en términos de $A_M = M \rhd P_1$) será menor. De la misma manera, si $I_M < A_M$, entonces M será inválida y en consecuencia el nivel de realización de P_2 (en términos de $I_M = M \nrightarrow P_2$) será menor, mientras que el nivel de realización de P_1 (en términos de $A_M = M \rhd P_1$) será mayor. Es por ello que Alexy tiene razón cuando afirma que la realización de P_1 depende necesariamente de P_2 (y viceversa).



Pero esto es incluso más cierto para el examen de necesidad: al comparar la medida bajo estudio M con alguna medida alternativa M' , la realización de P_1 también depende necesariamente de P_2 . Para mostrarlo, recordemos que el examen de necesidad implica considerar cuatro variables: el nivel de afectación de M ($A_M = M \rightarrow P_1$), el nivel de idoneidad de M ($I_M = M \rightarrow P_2$), el nivel de afectación de M' ($A_{M'} = M' \rightarrow P_1$) y el nivel de idoneidad de M' ($I_{M'} = M' \rightarrow P_2$). Y, más específicamente, que M será válida si no existe una medida alternativa M' tal que $I_{M'} \geq I_M$ y $A_{M'} < A_M$.

Esto implica que si se cumplen ambas condiciones ($I_{M'} \geq I_M$ y $A_{M'} < A_M$), entonces M será inválida y se deberá optar por M' , lo que generaría que el nivel de realización de P_2 sea mayor (pues $A_{M'} < A_M$) y, posiblemente, que el nivel de P_1 también lo fuese, en caso de que $I_{M'} > I_M$ (aunque no así para el caso de que $I_{M'} = I_M$). En cambio, si no se cumplen ambas condiciones, ($I_{M'} \geq I_M$ y $A_{M'} < A_M$), ni el nivel de realización de P_2 , ni el de P_1 serán mayores. Lo anterior deja en claro que, al igual que con la proporcionalidad en sentido estricto, el nivel realización de P_1 (en este caso, medido por $A_{M'}$ y A_M) depende necesariamente del nivel de realización de P_2 (medido por $I_{M'}$ e I_M) —y viceversa—.

Ahora bien, recordamos que Alexy sostiene que: (i) el principio de necesidad se relaciona con las posibilidades fácticas ya que implica la optimización a partir de optar por las medidas alternativas que en la realidad existen (o no optar por ninguna), esto es, de las alternativas factualmente posibles y (ii) el principio de idoneidad se relaciona con lo fácticamente posible en la medida en que implica optar entre una medida (M_1) y no optar por ella. Pero lo mismo podría decirse del examen de proporcionalidad en sentido estricto: ese principio se relaciona con lo fácticamente posible en tanto que implica optar por una medida (M_1), cuando esta supera esta etapa del test, o no optar por ella, cuando no se pasa esa grada.

Esto quiere decir que, en realidad, los tres subprincipios se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que los dos últimos subprincipios —necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— se relacionan con las posibilidades jurídicas.



*F. El test no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad*¹¹⁴

El modelo también permite ver que el test de proporcionalidad no es aplicable para todo tipo de proporcionalidad. En particular, queda claro que es una metodología de adjudicación que resulta útil para decidir casos que siguen la lógica del análisis de costo-beneficio. No obstante, en el derecho, no todas las proporcionalidades tienen esta lógica. Me explico.

Aunque resulte un tanto obvio, es cierto que cuando se habla de proporcionalidad, uno puede referirse a cosas muy distintas. En materia internacional, se habla de la proporcionalidad en el derecho de los conflictos armados y en el uso de la fuerza para referirse a la relación que existe entre un agravio y una respuesta armada por parte de un beligerante, o bien, a la relación entre el logro de un objetivo militar y el costo que genera en términos de vidas.¹¹⁵ En materia tributaria, la proporcionalidad se refiere a la relación que debe existir entre la capacidad contributiva de una persona y la magnitud de los impuestos a pagar.¹¹⁶ En materia electoral, la proporcionalidad alude a la relación existente entre el porcentaje de votos obtenidos por un partido y el número de espacios que se le asignan en un órgano legislativo.¹¹⁷ En materia penal, la proporcionalidad expresa la relación que debe

¹¹⁴ En este apartado, retomo y refino algunas de las ideas que en su momento desarrollé en Martín Reyes (2021). Agradezco, en particular, a Gerardo Laveaga por la invitación a escribir sobre la proporcionalidad en materia penal, pues en dicho texto tuve la oportunidad de desarrollar preliminarmente algunas ideas que más adelante me servirían para formalizar y representar gráficamente los diferentes elementos del test de proporcionalidad.

¹¹⁵ Véanse, por ejemplo, las posiciones de Gardam (1993, p. 391) y Hurka (2005, pp. 34-35).

¹¹⁶ Véanse, por ejemplo, los siguientes criterios de la SCJN: IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA (Tesis sin clave de identificación); CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD REAL DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS (Tesis P./J. 109/99); PROPORCIONALIDAD Y EQUITAD. SON REQUISITOS DE NATURALEZA DISTINTA CON LOS CUALES DEBEN CUMPLIR LAS LEYES FISCALES (Tesis 3a./J. 4/91); PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. PARA QUE UN TRIBUTOS RESPETE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SE REQUIERE QUE EXISTA CONGRUENCIA ENTRE EL GRAVAMEN Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS SUJETOS, QUE ÉSTA ENCUENTRE RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO GRAVADO Y QUE EL HECHO IMPONIBLE Y LA BASE GRAVABLE SE RELACIONEN ESTRECHAMENTE (Tesis P. XXXV/2010).

¹¹⁷ Véanse, por mencionar algunos ejemplos, los siguientes criterios de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF): REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. EN LA INTERPRETACIÓN DE LA FÓRMULA LEGAL DE ASIGNACIÓN DEBE PREVALECE LA QUE CONDUZCA A LA MAYOR PROPORCIONALIDAD (LEGISLACIÓN DE CHIHUAHUA) (Tesis LVII/98), y DIPUTADOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. REGLAS PARA



existir entre la severidad de la pena y la gravedad de la conducta criminal.¹¹⁸ Y, como se ha visto en este capítulo, se habla de proporcionalidad para referirnos a la relación que debe existir entre los costos que genera una medida que interfiere en un derecho fundamental y los beneficios que produce en términos de la consecución de un objetivo legítimo (usualmente, otro derecho fundamental o principio constitucional).

Sucede, sin embargo, que en términos estructurales existen al menos dos tipos de proporcionalidad. El primer tipo de proporcionalidad es el que se ha desarrollado ampliamente en este capítulo y que implica, en términos generales, un análisis de costo-beneficio. La lógica detrás de este tipo de proporcionalidad ha quedado clara: lo que se busca es maximizar la utilidad o beneficios netos, mediante la minimización de una cantidad (los costos) y la maximización de otra cantidad (los beneficios).

Este primer tipo de proporcionalidad es la que se emplea cuando se habla sobre la proporcionalidad de una afectación a los derechos fundamentales o a la proporcionalidad en el uso de la fuerza.¹¹⁹ Así, decimos que una medida que incide en un derecho fundamental sólo se justificará si los costos de la intervención (en términos del derecho afectado) son *menores* que el beneficio que genera la medida (en términos de un objetivo legítimo). No se busca, pues, que exista una correspondencia (perfecta, idealmente) entre costos y beneficios, sino que los beneficios netos sean mayores a cero (que sería una suerte de piso mínimo).

Este primer tipo de proporcionalidad se encuentran ilustrado en la gráfica 20, la cual ejemplifica la lógica de las restricciones a los derechos fundamentales y que no es otra cosa que el tipo de gráficas que he utilizado a lo largo de todo este capítulo. Aquí, como puede verse, la proporcionalidad se da en cualquier punto que se encuentre por debajo de la línea diagonal, esto es, cuando los beneficios (grado de satisfacción del objetivo) son más

SU ASIGNACIÓN A PARTIDOS POLÍTICOS O COALICIONES, CONSIDERANDO LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA SOBRERREPRESENTACIÓN (Tesis LII/2002). Este entendimiento de la proporcionalidad en el derecho electoral coincide con el uso que suele darse al concepto en los estudios electorales. Véase, por ejemplo, el trabajo de Gallagher (1991, p. 33).

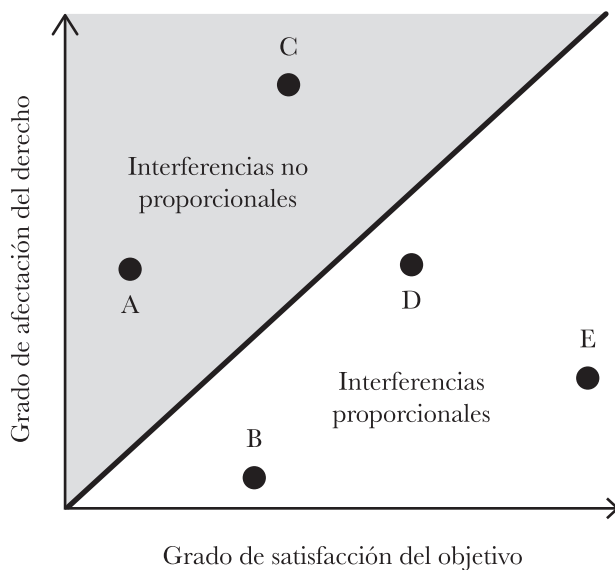
¹¹⁸ Véase, por mencionar un solo ejemplo, el trabajo de von Hirsch (1992).

¹¹⁹ Esa es, precisamente, la idea que apuntan Newton y May en diversas partes de su trabajo: “La proporcionalidad limita el uso de la fuerza letal dentro del ámbito de la guerra mediante un estándar relativamente fijo: el costo del uso de la fuerza letal debe ser superado por el valor de lo que la fuerza letal debe lograr, es decir, los objetivos militares del uso de la fuerza” (2014, p. 3); “[L]os comandantes y otros que emiten juicios de proporcionalidad solo deben determinar si su conducta se proyecta en el lado positivo del umbral que separa la conducta proporcional de la conducta desproporcional” (2014, p. 11).



altos que los costos (grado de afectación del derecho). En la zona de proporcionalidad se encuentran las medidas B, D y E, por ejemplo. En cambio, la zona de desproporcionalidad (sombreada con gris) es aquella que se encuentra por encima de la línea diagonal, es decir, cuando los costos son más altos que los beneficios (medidas A y C). En este tipo de proporcionalidad, la línea representa una suerte de piso mínimo (o la barrera que no puede rebasarse) para que la medida sea proporcional.

GRÁFICA 20. PRIMER TIPO: LA PROPORCIONALIDAD COMO ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO



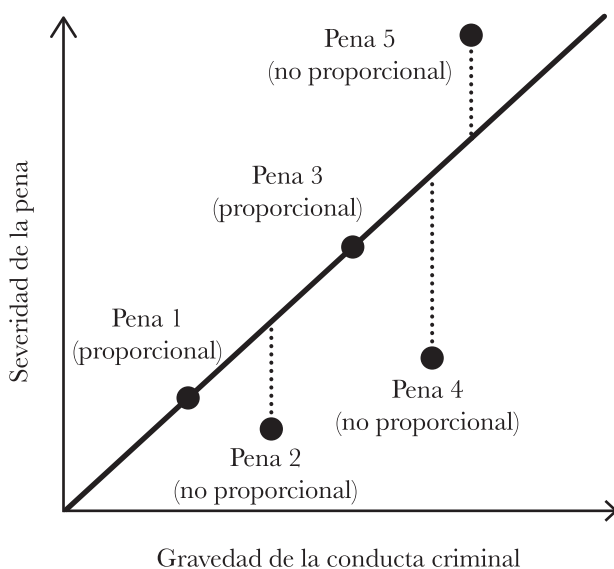
FUENTE: elaboración propia.

El segundo tipo de proporcionalidad es estructuralmente distinto. Aquí no se busca minimizar una cantidad (los costos) y maximizar otra (los beneficios). Por el contrario, lo que se busca es que exista una *relación de correspondencia* entre dos variables. Dicho de otro modo: que conforme una cantidad sube, otra cantidad también suba —y viceversa—. Ese es el tipo de proporcionalidad que resulta relevante en materia penal, tributaria y electoral. Así, decimos que entre mayor sea la gravedad de la conducta criminal, mayor debe ser la severidad de la pena; que entre mayor sea la capacidad contributiva de una persona, mayores deberán ser los impuestos a pagar, y que

entre más votos haya obtenido un partido político, mayores deberán ser sus asientos legislativos.

La gráfica 21 ilustra este segundo tipo de proporcionalidad, echando mano de la relación (ideal) que debería existir en materia penal: entre mayor sea la gravedad del crimen, mayor deberá ser la severidad de la pena. En este tipo, la proporcionalidad incrementa conforme un punto esté más cerca de la línea diagonal, que representa la proporcionalidad “perfecta” (ahí se ubican las penas 1 y 3, representadas como puntos). En cambio, la desproporcionalidad se agrava conforme uno se aleja, hacia arriba o hacia abajo, de la línea (ese sería el caso de las penas 2, 4 y 5).

GRÁFICA 21. SEGUNDO TIPO: LA PROPORCIONALIDAD COMO CORRESPONDENCIA



FUENTE: elaboración propia.

Por supuesto, en este segundo tipo de proporcionalidad, la relación no tiene que ser lineal. Basta con que se cumpla la idea apuntada: que, conforme una variable aumenta, la otra también debe aumentar, y que, si una disminuye, la otra también debe hacerlo.

Distinguir entre los dos tipos de proporcionalidad es relevante por muchas razones. Apunto aquí sólo una: las metodologías de adjudicación que utiliza-

mos para analizar uno y otro tipo de proporcionalidad no son siempre compatibles. El test de proporcionalidad, por ejemplo, sólo es compatible con el primer tipo de proporcionalidad (como análisis costo-beneficio). En materia de derechos fundamentales, no se busca que las afectaciones a los derechos sean siempre iguales en magnitud a los beneficios que genera una medida (de hecho, cuando costos y beneficios son idénticos, cuando una medida se encuentra en la línea diagonal, los beneficios netos son iguales a cero y se está frente a un caso de empate). Todo lo contrario. Lo que se busca es que los costos (en términos de la afectación al derecho) sean los más bajos posibles y que los beneficios (en términos del fin legítimo) sean altos de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. La proporcionalidad en materia de derechos fundamentales no busca, pues, encontrar una relación ideal o un equilibrio, sino una maximización u optimización. Y eso es precisamente lo que se busca al aplicar un test de proporcionalidad: maximizar u optimizar, en la medida normativa y fácticamente posible, la realización de los derechos fundamentales.

Pero lo cierto es que hay tribunales constitucionales —incluida la Corte mexicana—, así como trabajos académicos, que han empleado un test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para analizar la racionalidad de las penas. En estos casos, es paradójico que se eche mano de una metodología que busca la maximización, cuando en realidad se debería evaluar qué tanto la pena se acercaba (o alejaba) de la relación ideal entre gravedad de la conducta criminal y la severidad de la pena. Lo que estas sentencias y trabajos pasan por alto es que, en el derecho, existen al menos dos tipos de proporcionalidad. Y la formalización que aquí he presentado permite, entre otras cosas, comprender sus diferencias estructurales.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha podido ver, son muchos los beneficios que se derivan de la formalización de todo el test de proporcionalidad alexiano. Se ha visto, por ejemplo, que el test de proporcionalidad no es, como sostiene Alexy y la inmensa mayoría de la literatura, un test escalonado con tres pasos, sino la conjunción de dos exámenes independientes (proporcionalidad en sentido estricto y necesidad) y que la aplicación del test presupone la existencia de una medida que (i) incide en un derecho (afectación) y (ii) es efectiva o útil para alcanzar una finalidad legítima (idoneidad). Se ha mostrado, además, que cumplidas



esas dos condiciones es necesario hacer, siempre, tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad (en ese orden, preferentemente).

Se trata, como puede verse, de una aportación significativa a la teoría analítica del derecho, en la medida en que implica un apartamiento de concepciones que, aunque equivocadas, aún gozan de un amplio consenso en la doctrina y en la práctica jurisprudencial.

Asimismo, la formalización que he realizado muestra por qué el test alexiano sólo es útil para resolver ciertos planteamientos de proporcionalidad: aquellos en los que se busca maximizar una cantidad (la realización de un derecho, por ejemplo) y minimizar otra (la afectación a otro derecho). Pero el test, como he demostrado, no es una metodología adecuada cuando lo que se busca es una correspondencia entre dos variables, como sucede en materia tributaria, penal o electoral. En estos casos, la aplicación del test es un auténtico sinsentido.

Este hallazgo permite dimensionar, de mejor forma, los alcances del test, así como identificar casos en los que su aplicación es claramente inadecuada. Asimismo, creo que brinda una explicación de por qué en algunos casos los tribunales dicen que aplicarán el test de proporcionalidad, pero terminan haciendo un análisis que ignora o se aparta significativamente de lo que exigirían los exámenes de afectación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Pero quizá la contribución más importante de este capítulo es la demostración de 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”.

¿Qué implicaciones tiene lo anterior? Por supuesto, uno podría alegar que, a la luz de los hallazgos que presento, la supremacía del test de proporcionalidad alexiano debe ser sustituida por la supremacía de test de maximalidad que aquí desarrollo. Finalmente podría decirse, con toda razón, que la sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad sí permite hacer compatible al test con la naturaleza de los derechos fundamentales (principios, es decir, mandatos de optimización) y sí permite alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible.

Pero asumir una posición así implicaría ignorar los muchos otros problemas que tiene el modelo alexiano. El test de proporcionalidad (al igual que el test de maximalidad) exige una serie de determinaciones nada triviales: la determinación sobre si se está frente a normas con una naturaleza de reglas o de principios; el paso de normas indeterminadas (o de textura abierta) a normas que establezcan con claridad lo que está obligado, prohibido y permitido; las determinaciones de si una medida incide o no en un derecho y de si es eficaz o no para alcanzar una finalidad; la medición del grado de afectación y de idoneidad de las medidas bajo análisis y de medidas alternativas reales o hipotéticas; así como el cálculo de todas las variables que forman parte de la estructura de las muchas variantes de la fórmula del peso.

No estamos, pues, frente a una metodología de fácil aplicación por parte de los operadores jurídicos. Incluso si se adopta una postura benévola con la teoría alexiana, habría que reconocer que el test y sus variantes son metodologías que abren márgenes de discrecionalidad tan amplios que fácilmente pueden promover la arbitrariedad. Y esto no necesariamente sucede, como se verá, con otras metodologías alternativas.

Por lo anterior, creo que es mejor adoptar una posición mucho más modesta en términos ontológicos y epistemológicos. Dados los muchos problemas y dificultades que tiene el modelo alexiano, quizá convendría entender mejor al test —sea la versión que propongo, la versión alexiana o una ponderación simple— como una de las muchas alternativas con que contamos para analizar las intervenciones a derechos fundamentales y las colisiones entre principios. Y precisamente ese es el objetivo del siguiente capítulo: presentar y evaluar las distintas alternativas metodológicas al test de proporcionalidad.

