

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?

Por Pedro A. Caminos

RESUMEN

El principio de proporcionalidad es un método de aplicación de normas sobre derechos constitucionales elaborado por el Tribunal Constitucional alemán. Robert Alexy, con sus numerosos trabajos sobre el tema, contribuyó a una mejor comprensión del principio así como también a su difusión por todo el mundo. Cada vez más tribunales, incluyendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizan el principio de proporcionalidad en sus decisiones. Este último dato es de especial relevancia para la Argentina, pues su Corte Suprema decidió que los estándares interpretativos del tribunal interamericano eran obligatorios para los tribunales argentinos. Por lo tanto, los jueces argentino tienen una razón institucional para adoptar el principio de proporcionalidad. En este trabajo analizaremos si existen razones sustantivas con peso suficiente como para justificar una decisión de esa naturaleza.

PALABRAS CLAVE

Principio de proporcionalidad – Derechos Humanos – Control de constitucionalidad – Control de convencionalidad

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: A NEW GUARANTEE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS??

Por Pedro A. Caminos

ABSTRACT

The principle of proportionality is used by the German Constitutional Court as a method for applying constitutional rights. Robert Alexy, with an impressive amount of books and papers on the subject, has contributed to grasping a better understanding on the principle and to make it famous all over the world, as well. With time, more and more courts, including the Interamerican Court of Human Rights, have adopted the principle of proportionality. This circumstance is of the highest importance for Argentina since its Supreme Court has decided that the interpretive standards used by the Interamerican Court should be used as well by the Argentinean courts. Hence, local judges have an institutional reason for adopting the principle of proportionality. In this paper, we will assess if there are substantive reasons with enough weight to support that kind of decision.

KEY WORDS

Principle of proportionality – Human Rights – Judicial Review –Conventionality Review

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?*

Por Pedro A. Caminos**

I. Introducción.

El principio de proporcionalidad es un método elaborado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania para resolver casos que involucren la aplicación de las normas de la Ley Fundamental de ese país que reconocen derechos fundamentales.¹ A nivel teórico, el principio de proporcionalidad fue estudiado en profundidad por ALEXY (1985). Debido tanto a la enorme popularidad del modelo alemán de control de constitucionalidad como a la gran difusión de la obra de ALEXY, cada vez más tribunales nacionales e internacionales, incluyendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos o al Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial de Comercio, adoptaron el principio de proporcionalidad (STONE SWEET y MATHEWS, 2008: 74, 111-159; ver también BEATTY, 2004). En América Latina, el principio de proporcionalidad también fue adoptado por diversos tribunales nacionales y, desde hace un cierto tiempo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo utiliza en sus sentencias.²

En la Argentina, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha rendido de manera definitiva frente a los encantos del principio de proporcionalidad, aun cuando parte de la literatura especializada considera que el tribunal debería avanzar en ese sentido (CIANCIARDO, 2004; CAYUSO, 2009: 177-183). En gran medida, ello se debe a que, a lo largo de los años, nuestra Corte desarrolló su propio criterio para aplicar judicialmente las normas sobre derechos constitucionales: el principio de razonabilidad (LINARES, 2002). Es posible, entonces, que la inercia institucional haya frenado el desarrollo del principio de proporcionalidad en la Argentina.

Ahora bien, en numerosas oportunidades, nuestra Corte sostuvo que debía mostrarse deferente frente a los criterios interpretativos elaborados por los organismos internacionales de control, tales como

* Estoy en deuda con los alumnos de la materia "Bases Constitucionales del Derecho Privado" (primer cuatrimestre de 2014) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que leyeron un borrador de una parte de este trabajo y formularon varios comentarios y críticas. También le estoy agradecido a Guadalupe Valcarce Ojeda, Pablo Riberi y a un evaluador anónimo de la *Revista Electrónica del IJyS "Ambrosio L. Gioja"* por haber efectuado observaciones muy útiles. Por cierto, la responsabilidad por todos los errores e inexactitudes me es enteramente imputable. Una versión anterior de este trabajo fue expuesta en las "X Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional", Salta, 22, 23 y 24 de mayo de 2014.

** Abogado (UBA). Docente de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. E-mail: pcaminos@derecho.uba.ar

¹ Sobre el origen del principio de proporcionalidad en el contexto alemán, véase COHEN-ELIYA y PORAT (2013: 24-32).

la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, si dicho organismo regional utiliza el principio de proporcionalidad para evaluar si las leyes de los estados parte en la Convención se ajustan a las disposiciones de ésta, entonces tenemos razones para pensar que nuestra propia Corte Suprema también debería adoptar ese principio a la hora de ejercer el control de constitucionalidad.

En este trabajo queremos analizar esa posibilidad. Para ello, describiremos en qué consiste el principio de proporcionalidad (II). A continuación, explicaremos de qué manera la Corte Interamericana usa el principio de proporcionalidad en sus sentencias (III) y elaboraremos un argumento capaz de justificar nuestra intuición relativa a que nuestra Corte tendría, en principio, una obligación de adoptar el principio de proporcionalidad (IV). Finalmente, expondremos algunas críticas al principio de proporcionalidad, con el objeto de abrir la discusión con respecto a la conveniencia de su adopción por parte de la Corte Suprema (V).

II. El principio de proporcionalidad.

En este apartado, explicaremos en qué consiste el principio de proporcionalidad. Para ello, nos guiaremos principalmente por ALEXY (1985). En tal sentido, procuraremos reconstruir las ideas de ALEXY de la manera más neutral que nos sea posible.

Cabe aclarar que el punto de partida de la obra de ALEXY consistió en un intento de elaborar una teoría sobre los derechos fundamentales que prestara especial atención a la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Sin embargo, para ALEXY, su teoría tiene un alcance más amplio, en la medida en que, dado su carácter *ideal*, ella tiene una pretensión de universalidad. Esto es, el principio de proporcionalidad, tal como es concebido por la teoría de ALEXY, constituye el *procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales contenidas en una constitución*. Por lo tanto, el objetivo último de este trabajo, que es el de plantear la discusión sobre los méritos del principio de proporcionalidad, tiene relevancia teórica en la medida en que la propia teorización alexyana contenga esa pretensión de universalidad.

i. Los derechos como principios.

Para Robert ALEXY, las normas sobre derechos fundamentales tienen la estructura de principios. Los principios tienen la particularidad de que pueden ser cumplidos de manera gradual, esto es, existen muchas acciones diferentes que son compatibles con lo que el principio exige. Para determinar cuál de ellas es la que debe ser realizada en un caso es necesario tener en cuenta las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están dadas por la eventual existencia de reglas y principios que impongan el deber de realizar una acción incompatible con las exigidas por el principio. De ahí que, para ALEXY, los principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las

² En el ámbito hispanoamericano, varios autores, algunos de ellos discípulos de ALEXY, contribuyeron a difundir el principio de proporcionalidad, defendiendo sus virtudes (BERNAL PULIDO, 2007; CLÉRICO, 2009). Sobre el uso del principio de proporcionalidad en las sentencias de la Corte Interamericana, véase CLÉRICO (2012).

posibilidades jurídicas y reales existentes. Los principios, entonces, son *mandatos de optimización* (ALEXY, 1985: 67-68).

ii. Conflictos entre principios: la ley de la colisión.

De acuerdo con ALEXY, la manera más clara de explicar cuál es el funcionamiento de los principios, entendidos como mandatos de optimización, es la de analizar la forma en que se plantean y solucionan las colisiones entre principios. De acuerdo con la caracterización de ALEXY, cuando dos principios colisionan, uno tiene que ceder ante el otro. Las colisiones de principios tienen lugar en *la dimensión del peso*. En un caso concreto, los principios involucrados tienen un peso diferente, y primará el que tenga mayor peso. Esto quiere decir que "*bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro (...) [b]ajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa*" (ALEXY, 1985: 71).

Dicho de otra manera, en una colisión de principios, cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. La solución de la colisión consiste en establecer entre los principios, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, una relación de precedencia condicionada, lo cual importa identificar las condiciones en que un principio precede a otro. Para determinar cuál es la relación de precedencia condicionada, se establece cuál es el peso de los principios. Tal procedimiento suele ser denominado *ponderación*. Es importante recordar que los principios son normas que tienen la misma jerarquía formal. Por lo tanto, no resulta posible establecer una relación de precedencia absoluta entre ellos. Dicha relación debe, forzosamente, tener lugar en el contexto de un caso concreto, de ahí su carácter condicionado. En otras palabras, un principio precede a otro *dadas ciertas condiciones*. De ese modo, cuando se determina una relación de preferencia condicionada entre principios, es posible derivar una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que prevalece cuando se dan dichas condiciones (ALEXY, 1985: 71-75).

A partir de estas ideas, ALEXY propone una ley, la *ley de la colisión*, la cual es formulada de esta manera: "*Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*" (ALEXY, 1985: 75).

La ley de la colisión, entonces, permite extraer algunas conclusiones relevantes. En primer lugar, su aplicación presupone que los principios en conflicto en un caso concreto tienen un peso, y que el mismo es *ponderado* para determinar, en las condiciones de ese caso concreto, cuál principio debe tener precedencia. Una vez efectuada dicha determinación, a través de la ponderación, es posible derivar una regla, cuyo antecedente estará dado por las condiciones en las cuales un principio precede a otro, y cuya consecuencia consistirá en la acción que resulte exigida por el principio que tenga más peso. De esto se sigue, en segundo lugar, que las reglas son el resultado de una ponderación y que, por lo tanto, los principios *subyacen* a las reglas.

iii. Derechos prima facie y derechos definitivos.

Uno de los aspectos centrales del enfoque de ALEXY está dado por el hecho de que los principios, por constituir mandatos de optimización, no tienen un carácter definitivo, sino sólo *prima facie*. Si un principio exige una acción para un caso, dicha acción será la que definitivamente deberá ser realizada sólo luego de considerar a los principios opuestos y a las posibilidades fácticas. Las reglas, por su parte, parecen tener un carácter definitivo.

De lo anterior, se sigue que los principios siempre constituyen razones *prima facie*, mientras que las reglas pueden ser razones *definitivas*, salvo que se haya establecido una excepción. Según ALEXY, tanto las reglas como los principios configuran razones para enunciar juicios concretos de deber. Si una regla es aplicable a un caso y no admite ninguna excepción, ella es una razón definitiva y si el juicio que se funda en ella tiene como contenido que a una persona le corresponde un derecho, entonces ese derecho es un *derecho definitivo*. Por el contrario, los principios, al tener siempre un carácter *prima facie*, sólo establecen *derechos prima facie*. Ahora bien, dado que, en virtud de la ley de colisión, la determinación de una relación de preferencia condicionada entre principios permite derivar una regla, entonces un principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para un juicio concreto de deber. De ese modo, es posible recorrer un camino que parte de los derechos *prima facie* y llega a un *derecho definitivo* (ALEXY, 1985: 82-84).³

iv. Los principios y el principio de proporcionalidad.

Según ALEXY, existe una implicancia mutua entre el principio de proporcionalidad y el carácter de principio de una norma. Ello quiere decir que el primero, constituido por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), se sigue lógicamente del segundo. Como se recordará, los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* se refiere a la optimización de las *posibilidades jurídicas* y, según ALEXY, es equivalente a la ponderación que se efectúa cuando se aplica la ley de colisión, pues dicha optimización depende de los principios opuestos.⁴ Los *subprincipios de idoneidad y necesidad*, en cambio, se refieren a la optimización de las *posibilidades fácticas*. El subprincipio de necesidad establece que si existen dos medios disponibles, igualmente efectivos, para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, entonces al considerarse que este segundo principio impone el mandato de optimizar las posibilidades fácticas, se debe elegir el medio que importe un menor grado de afectación.⁵ Finalmente, el subprincipio de idoneidad establece que si un medio no es adecuado para promover la satisfacción de ningún principio, y al mismo tiempo afecta a un

³ Es interesante notar que los principios no sólo se refieren a derechos individuales, sino también a bienes colectivos, que pueden ser invocados como razones en contra de un derecho *prima facie* (ALEXY, 1985: 110).

⁴ Ver II, ii, *supra*.

⁵ ALEXY (1985: 141, nota 222) asimila el tipo de optimización que se obtiene de la aplicación del subprincipio de necesidad con el óptimo de Pareto.

principio, entonces la optimización con relación a las posibilidades fácticas de este principio exige que se considere prohibida la adopción de dicho medio (ALEXY, 1985: 91-95).⁶

Como vemos, para ALEXY, existe una conexión conceptual entre su caracterización de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Por un lado, los derechos *prima facie*, al tener la estructura de principios, constituyen mandatos de optimización que, para ser aplicados, requieren de la utilización de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una vez realizada esa tarea, especialmente la ponderación exigida por la ley de la colisión, es posible determinar un derecho definitivo, que tiene la estructura de una regla. Por lo tanto, la propia estructura de los derechos *prima facie* exige necesariamente el uso del principio de proporcionalidad, y el uso de este principio, a su vez, es necesario para derivar derechos definitivos. Por lo tanto, si se admitiera que, en general, los derechos constitucionales tienen la estructura de principios, entonces, en todo país en el que se reconozcan derechos constitucionales deberá utilizarse el principio de proporcionalidad. En este sentido, una teoría como la de ALEXY podría tener una pretensión de universalidad *conceptual*: si fuera verdad que los derechos constitucionales son principios, entonces, por necesidad lógica, los jueces de la jurisdicción constitucional deberían aplicar el principio de proporcionalidad.⁷

v. *La ley de la ponderación.*

Para ALEXY, cuando los principios son concebidos como mandatos de optimización, entonces ellos pueden ser intercambiados por *valores*. Según su reconstrucción de los conceptos prácticos, los principios tendrían un carácter *deontológico*, pues ellos señalarían a una conducta como debida. Por otro lado, los valores tendrían un carácter axiológico, pues indicarían un estado de cosas como *bueno*, y permitirían efectuar *comparaciones* entre estados de cosas que se consideran *mejores y peores*. Por lo tanto, de acuerdo con Alexy (1985: 125), lo “*que en el modelo de los valores es lo mejor prima facie, en el modelo de los principios es debido prima facie; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva*”.

Dado el carácter intercambiable entre principios y valores, ALEXY estima importante responder a las objeciones que se formularon a la teoría de los valores en el derecho constitucional, pues ellas resultarían aplicables a la teoría de los principios. A los efectos de este trabajo, sólo dos de esas críticas resultan relevantes.

En primer lugar, se suele criticar la noción de un orden jerárquico de valores, señalando que un orden tal es imposible. ALEXY está de acuerdo, en términos generales, con esta idea pero formula una importante salvedad. En efecto, según su opinión, sí existe la posibilidad de obtener un orden *débil* de valores, el cual puede generarse estableciendo cargas de argumentación en beneficio de ciertos principios,

⁶ Es importante aclarar que, para ALEXY (1985: 92, nota 84), ni el principio de proporcionalidad ni ninguno de sus tres subprincipios tienen la estructura de principios, es decir, no se trata de mandatos de optimización. Por el contrario, según su opinión, ellos pueden catalogarse como reglas. En igual sentido, ver BEATTY (2004: 169-171).

⁷ “*Proportionality is a universal criterion of constitutionality. It is an essential, unavoidable part of every constitutional text*” (BEATTY, 2004: 162).

determinándose así una preferencia *prima facie* en favor de éstos, o mediante una red de decisiones concretas de preferencia, como la que puede resultar de la jurisprudencia de un tribunal constitucional. En cualquier caso, ambas posibilidades se conectan con el concepto de ponderación (ALEXY, 1985: 130-135).

La segunda objeción, entonces, se dirige precisamente a señalar las falencias del concepto de ponderación. En líneas generales, la ponderación suele ser criticada porque no sería posible sujetarla a un control racional, pues ella abriría la puerta al subjetivismo y al decisionismo judicial. ALEXY, sin embargo, considera que la ponderación es un procedimiento racional, aun cuando reconoce que ella no conduce, de manera necesaria, a un único resultado. Cabe recordar que la ponderación es el procedimiento mediante el cual se establece una relación de precedencia condicionada entre principios, de la cual se deriva una regla. Para defender a la ponderación de la acusación de irracionalidad, ALEXY (1985: 135-136) afirma que es posible hablar de ponderaciones correctas o incorrectas, y tal posibilidad descansaría en el hecho de que un enunciado de preferencia condicionada puede ser fundamentado racionalmente.

ALEXY afirma que el Tribunal Constitucional alemán utiliza un tipo especial de argumentos para fundamentar los enunciados de preferencia condicionada entre principios. De ese modo, existiría una regla para las ponderaciones de ese tribunal, que ALEXY formula de este modo: "*Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*". Esta regla es la *ley de la ponderación*. Ella expresa que si un principio es un mandato de optimización relativo, entre otras cosas, a las posibilidades jurídicas, entonces la acción debida según el principio está relacionada necesariamente con los principios opuestos, de lo cual se sigue que el peso de los principios no es determinable en forma absoluta, sino únicamente de manera relativa (ALEXY, 1985: 137-138).

ALEXY (1985: 140) sostiene que el método de la ponderación consiste en una regla que prescribe cómo deben ponderarse los principios en juego, esto es cómo deben ser considerados. En otros términos, la ley de la ponderación debe permitir identificar las importancias relativas *correctas* de cada principio.

Si bien ALEXY reconoce que los grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la falta de satisfacción de otro no pueden ser objeto de una métrica, también afirma que la ley de la ponderación *señala qué es lo importante en el procedimiento de ponderar*. Es decir que la ley de la ponderación establece qué es aquello que se debe fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que resulta de la ponderación, esto es, los grados de afectación y de importancia. La ley de la ponderación ofrece un criterio para resolver casos, pues vincula a la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional, indicando qué es aquello que debe ser fundamentado racionalmente. Gracias a la ley de colisión, sobre la base del enunciado de preferencia condicionada que se elabora en virtud de la ponderación es posible derivar una regla. Por lo tanto, las ponderaciones para un caso concreto y la universalidad no serían incompatibles, pues las reglas tienen una pretensión regulativa que va más allá del caso concreto (ALEXY, 1985: 141-144).

En resumen, en la medida en que la ponderación nos obliga a argumentar en un determinado sentido, ella constituye un procedimiento racional de fundamentación, que puede ser también controlado

racionalmente. En este sentido, entonces, la teoría de ALEXY parece tener una pretensión de universalidad *normativa*: si fuera verdad que la ley de la ponderación es un procedimiento racional para tomar decisiones en los casos de colisiones entre principios, entonces, los jueces de la jurisdicción constitucional tendrían una muy poderosa razón para aplicar el principio de proporcionalidad.

vi. La fórmula del peso.

Por cierto, la presentación de la ley de la ponderación por parte de ALEXY no despejó las dudas con respecto a su racionalidad. Por otra parte, también surgieron críticas relacionadas con el hecho de que, si existieran ponderaciones correctas, entonces la actividad legislativa resultaría superflua, pues las leyes sólo podrían incidir en la regulación de las acciones humanas en la medida en que los deberes exigidos por ellas coincidieran con los que resultan de aplicar la propia ley de la ponderación. Para defender a su teoría de dichos ataques, ALEXY (1985: 529-546) procuró demostrar de qué manera la ponderación es racional, sin que ello implique la superfluidad práctica del legislador.

ALEXY comienza su argumento recordando que, en virtud de la ley de la ponderación, las colisiones de principios se resuelven mediante un procedimiento que consta de tres etapas. En la primera de ellas, se determina el grado de intensidad de la afectación de uno de los principios en juego. La segunda etapa consiste en determinar el grado de importancia de la satisfacción del otro principio. Finalmente, en la tercera etapa, se comparan ambas variables y, en la medida en que una de ellas sea mayor a la otra, se determinará cuál es el peso relativo de los principios en juego, y cuál debe ser, entonces, la solución de la colisión.

Para explicar de qué manera se lleva adelante este procedimiento en tres etapas, ALEXY sugiere el uso de una *escala triádica* que permita determinar tanto el grado de intensidad de la afectación como el grado e importancia de la satisfacción de los principios en juego. Por lo tanto, ambas variables pueden ser determinadas como "leves", "medias" o "graves". En virtud de la ley de la ponderación, cuanto mayor sea el grado de intensidad de la afectación de un principio, mayor debe ser el grado de importancia de la satisfacción del otro principio. Por lo tanto, un grado de afectación *leve*, se encuentra justificado si el grado de importancia de la satisfacción del otro principio es *medio* o *grave*. Un grado de restricción *medio* sólo puede ser justificado si el grado de importancia de la satisfacción del otro principio es *grave*. Asimismo, pueden plantearse situaciones de *empate*, en las cuales los grados de intensidad de la afectación y de importancia de la satisfacción son equivalentes, esto es, ambos son leves, medios o graves al mismo tiempo.

ALEXY considera que es posible representar estas relaciones, que se refieren al peso concreto de un principio en relación al otro en ciertas circunstancias, a través de una fórmula, a la cual denomina *fórmula del peso*:

$$GPi, jC^8 = \frac{IPiC^9}{WPjC^{10}}$$

De acuerdo con ALEXY, la aplicación de la escala triádica para la determinación de los grados de la intensidad de la afectación y de la importancia de la satisfacción no presenta problemas graves con respecto a su racionalidad. De ese modo, la ponderación permitiría alcanzar soluciones de modo racional al menos en ciertos casos pues, según ALEXY, resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las afectaciones de los derechos fundamentales y sobre los grados de importancia de satisfacción de los principios. Esto quiere decir que una persona puede elaborar una ordenación, que tenga la propiedad de ser transitiva, cuyos elementos consistan en diferentes medidas judiciales y legislativas.

Para llevar adelante esa ordenación, la ponderación propone dos criterios, cada uno de ellos fundado en los principios involucrados en el caso concreto. El primer criterio es el de establecer el grado de la intensidad de la afectación de uno de los principios. El segundo criterio es el grado de importancia de la satisfacción del otro principio. De acuerdo con el primer criterio, las medidas judiciales y legislativas se ordenan como más o menos intensas. La medida que importe el mayor grado de intensidad será clasificada como grave, y la que importe el menor grado de intensidad será considerada como leve. En razón del segundo criterio, las medidas judiciales y legislativas se ordenan de acuerdo a la forma en que ellas contribuyan a la satisfacción del principio. Para ALEXY, la posibilidad de ordenación racional se comprobaría por el hecho de que ninguna persona se tomaría en serio una ordenación que catalogara a la prohibición total de llevar adelante una actividad como una afectación leve, al mismo tiempo que clasificase como grave la imposición de algún requisito relativamente inocuo para realizar tal actividad.

Siempre que tales ordenaciones sean racionales, las dos primeras etapas de la ponderación también serán racionales. La racionalidad de la tercera etapa dependerá de que el juicio respecto de la *proporción* entre el grado de importancia de la satisfacción de un principio y el grado de la intensidad de la afectación del otro sea también racional. Para ALEXY, es *evidente* que una afectación a un derecho fundamental está justificada si el grado de intensidad de la misma es inferior al grado de la importancia de la satisfacción de otro principio. Por lo tanto, al menos en algunos casos, la ponderación proveería de soluciones racionales para las colisiones entre principios. Al mismo tiempo, dado que la ponderación admite la posibilidad de que exista un empate entre los principios, entonces ella no proporcionaría una solución *en todos los casos* y, en consecuencia, el legislador tendría un papel práctico relevante en aquellas circunstancias en las que, precisamente, la ponderación no permite derivar una única solución.

⁸ “*GPi, jC*” representa al peso concreto del principio Pi en relación al principio Pj en el caso concreto conformado por las circunstancias “C”.

⁹ “*IPiC*” representa el grado de intensidad de la afectación al principio Pi en el caso concreto conformado por las circunstancias “C”.

III. El principio de proporcionalidad en el sistema interamericano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad en los últimos años. En este apartado analizaremos un caso concreto en el que ello ocurrió. Se trata de la sentencia dictada en el caso "Kimel vs. Argentina".¹¹ El objetivo que perseguimos al proceder de este modo es doble. Por un lado, queremos ejemplificar con una decisión concreta la manera en que el principio de proporcionalidad puede ser aplicado por un tribunal. Por otro lado, nuestra intención es demostrar que la Corte Interamericana adoptó el principio de proporcionalidad en su totalidad, esto es, utilizando los tres subprincipios.

i. Los hechos del caso.

Eduardo Kimel, un periodista e historiador argentino, había publicado un libro, titulado "La Masacre de San Patricio", en el cual había investigado el asesinato de cinco religiosos, ocurrido durante la última dictadura militar. En ese libro, Kimel criticó la actuación de la justicia durante la dictadura y, en particular, efectuó una fuerte crítica al juez que intervino en la causa de dicho crimen. El juez mencionado en el libro inició una querrela por calumnias e injurias en contra de Eduardo Kimel, quien finalmente fue condenado, en suspenso, por el delito de calumnias. Estos hechos motivaron la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual solicitó a la Corte, en lo que aquí interesa, que determine si el Estado argentino había violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege el derecho a la libertad de expresión.

ii. El principio de proporcionalidad en el razonamiento de la Corte Interamericana.

A juicio de la Corte Interamericana, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, dado que es posible que su ejercicio genere responsabilidades ulteriores, lo cual podría ocurrir si otro derecho se viera afectado por un ejercicio abusivo de aquélla. Para resolver el caso, la Corte afirmó que, por un lado, la crítica efectuada por Eduardo Kimel en su libro estaba amparada por la libertad de expresión, reconocida por la Convención Americana en su artículo 13 y que, por otro lado, el juez aludido en el libro tenía derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, en los términos del artículo 11 de la Convención (párrafos 54-56).

Esto plantea un conflicto de derechos que, para la Corte, tenía esta estructura (párrafo 56):

La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

¹⁰ "WP/C" representa el grado de importancia de la satisfacción del principio Pj en el caso concreto conformado por las circunstancias "C".

Para avanzar con la solución del caso, la Corte habría de seguir los siguientes pasos (párrafo 58):

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

A los efectos de este trabajo, nos interesará el análisis efectuado por la Corte en materia de proporcionalidad. Por esa razón, no avanzaremos en la evaluación sobre la violación del principio de estricta legalidad. En tal sentido, el punto de partida del razonamiento de la Corte es la aplicación del subprincipio de idoneidad. Para ello, es necesario identificar un fin legítimo, compatible con la Convención Americana. En el caso, dicho fin legítimo era la protección del honor del juez aludido en el libro escrito por Kimel. A su vez, el medio elegido, la coerción penal, resultaba idóneo, según la Corte, para alcanzar dicho fin pues, mediante la conminación de pena, se salvaguardaba el bien jurídico que se quiere proteger (párrafo 71).

Luego, la Corte aplicó los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto al primero, la Corte sostuvo que debía “*examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas*” (párrafo 74). En tal sentido, si bien para la Corte no siempre las medidas penales resultaban violatorias de la Convención con respecto a la libertad de expresión, lo cierto era que la elección de medidas penales debía ser excepcional, y debía apuntar a la protección de los bienes jurídicos más fundamentales. Dado que el Estado contaba con otros medio para alcanzar la finalidad de proteger la honra de las personas, como establecer supuestos de responsabilidad civil, entonces la Corte juzgó que, en el caso, la sanción penal no era necesaria (párrafos 75-80).

Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte afirmó, en el párrafo 84, que:

Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

¹¹ Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177.

De ese modo, la Corte estimó que, en el caso, la afectación al derecho a la libertad de expresión había sido grave, en razón de las consecuencias del proceso penal, esto es, la imposición de una sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena (párrafo 85). Por otra parte, al tratarse las cuestiones discutidas en el libro de Kimel de asuntos de claro interés público, en concreto, una valoración de la actuación de la justicia argentina durante la dictadura militar y, especialmente, en relación al asesinato de los cinco religiosos, la Corte entendió que el umbral para evaluar la afectación del derecho al honor debía ser distinta a la que correspondería utilizar en caso de no mediar una cuestión de interés público. Es así que la Corte, al sostener que Kimel no se refirió a la vida privada del juez, ni tampoco le imputó un delito, no había afectado de manera grave el derecho al honor de éste (párrafos 86-92). Por lo tanto, la Corte concluyó que “*la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso*” (párrafo 94).

Como vemos, para la Corte, el Estado argentino violó en el caso el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Eduardo Kimel. Ello se debió a que la sanción penal impuesta era no sólo innecesaria sino también desproporcionada a la luz de los dos subprincipios del principio de proporcionalidad. En resumen, a los efectos de aplicar en un caso concreto el derecho protegido por la norma del artículo 13 de la Convención, la Corte Interamericana utilizó el principio de proporcionalidad, evaluando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la sanción impuesta a Eduardo Kimel. Esto implica que, tanto el Estado argentino, como otros Estados parte en la Convención Americana, deberían utilizar también el principio de proporcionalidad para determinar si su conducta se ajusta a los estándares que surgen de la propia Convención. Ahora bien, ¿tiene esta circunstancia alguna consecuencia para los criterios interpretativos que deben utilizar los tribunales argentinos? Analizaremos esa cuestión en el siguiente apartado.

IV. El impacto de los criterios interpretativos internacionales en el sistema interno.

Nuestra Corte Suprema sostuvo que la interpretación judicial de los tratados internacionales sobre derechos humanos debe ser hecha *de buena fe*, lo cual implica que la doctrina y la jurisprudencia elaborada por los organismos de aplicación de dichos tratados deben ser tenidas en cuenta por los tribunales locales.¹²

La reforma de 1994, a su vez, dispuso que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, entre los cuales está la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. La Corte Suprema interpretó que dicha expresión significa que tales instrumentos tienen jerarquía constitucional tal como ellos efectivamente rigen en el ámbito internacional “*y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*”, razón por la cual esa jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de las normas internacionales en

cuestión.¹³ Posteriormente, la Corte amplió ese criterio, pues consideró que la opinión de los organismos internacionales que no sean tribunales, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también debe servir de guía en la interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos.¹⁴

En resumen, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interprete las disposiciones de la Convención Americana está lejos de ser un dato trivial o irrelevante (MANILI, 2003: 183-186; PINTO, 2007). Si la Corte Interamericana utiliza el principio de proporcionalidad para determinar si la legislación de un estado parte en la Convención viola algún derecho protegido por ésta, entonces todo parece indicar que los tribunales locales también deberían valerse del principio de proporcionalidad cuando evalúen la validez de las leyes, o de otras normas, que restrinjan el ejercicio de los derechos contemplados en la Convención. Por cierto, esta conclusión se ve reforzada por la doctrina elaborada por la propia Corte Interamericana, según la cual las cortes de cada país están obligadas a controlar la *convencionalidad* de las normas nacionales.¹⁵

Siendo las cosas de esta manera, si la Corte Suprema desea ser consistente con su doctrina de deferencia interpretativa hacia los órganos internacionales de control, entonces debería abandonar el principio de razonabilidad y reemplazarlo por el de proporcionalidad.

V. ¿Es valioso el principio de proporcionalidad?

En la medida en que nuestra Corte acepte la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y este tribunal siga utilizando el principio de proporcionalidad como fundamento de sus sentencias, entonces la Corte Suprema deberá, por razones institucionales, adoptar y aplicar dicho principio cuando ejerce el control de constitucionalidad.

En este punto, creemos legítimo abrir el debate con respecto a si existen razones, ya no institucionales, sino sustanciales, para justificar una eventual decisión de nuestra Corte de adoptar el principio de proporcionalidad. En efecto, si tuviéramos buenas razones para considerar que tal principio es defectuoso, en algún sentido, entonces podríamos oponernos de manera justificada a la adopción del principio de proporcionalidad en la Argentina.

¹² CSJN, "Ekmekdján, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, Fallos 315:1492.

¹³ CSJN, "Girolodi, Horacio D. y otro", 07/04/1995, Fallos 318:514, considerando 11. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas como parecen. Para un ejemplo de los problemas que se plantean cuando la autoridad de la Corte Interamericana no es linealmente aceptada por la Corte Suprema, compárese CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", 23/12/2004, causa E.224.XXXIX, con id., "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", 29/11/2011, Fallos 334:1504.

¹⁴ CSJN, "Bramajo, Hernán J.", 12/09/1996, Fallos 319:1840, considerando 8°. La jurisprudencia de la Corte presenta ciertos matices con respecto al nivel de obligatoriedad que los tribunales locales deben asignarle a los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana. Véase, por ejemplo, CSJN, "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus", 22/12/1998, Fallos 321:3555; id., "Felicetti, Roberto y otros", 21/12/2000, Fallos 323:4130. Compárese con CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut s/ Proceso de Conocimiento", 06/08/2013, causa C.586.XLIV.

¹⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154. Nuestra Corte Suprema también aceptó de manera explícita la doctrina del control de convencionalidad. Véase CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007, Fallos 330:3248. Sobre este tema, véanse los trabajos reunidos en Albanese (2008).

Nuestra contribución al inicio de ese debate será la de resumir algunas de las críticas que, de modo habitual, se suelen dirigir en contra del principio de proporcionalidad. Cabe aclarar que no efectuaremos una discusión exhaustiva de cada una de esas objeciones, pues el objetivo de este trabajo es constituir un disparador para el debate. Asimismo, algunas de las críticas que aquí se presentarán de manera separada, pueden ser entendidas como reformulaciones de una misma objeción. Sin embargo, preferimos pecar por exceso, a fin de que los posibles inconvenientes del principio de proporcionalidad sean advertidos con la mayor claridad posible.

i. Los derechos como principios: ¿cuestión conceptual o decisión interpretativa?

Como vimos, uno de los presupuestos teóricos del principio de proporcionalidad es la equiparación propuesta por ALEXY entre las normas de derechos fundamentales con los principios. Según este enfoque, las normas sólo pueden tener la estructura de reglas o la de principios. De acuerdo a sus diferencias estructurales, cada tipo de norma tendrá un método de aplicación diferente: el de la subsunción, en el caso de las reglas, y el de la ponderación, en el de los principios.

Ahora bien, en general, se suele admitir que el *contenido* de las normas sobre derechos fundamentales es el resultado de una interpretación. Por lo tanto, ¿por qué habríamos de aceptar que las normas sobre derechos fundamentales tengan una determinada estructura como algo independiente de la interpretación de esos derechos? Establecer si las normas sobre derechos fundamentales tienen o no el carácter de mandatos de optimización forma parte de la tarea interpretativa, no se trata de un *dato* que los operadores encargados de aplicar esas normas encuentren “dado” en la naturaleza. Por lo tanto, como suele ocurrir con la interpretación jurídica, la opción judicial de considerar a los derechos como principios, en lugar de como reglas, depende de ciertas *preferencias valorativas* y no de cuestiones conceptuales (GUASTINI, 2010).

Más arriba, habíamos afirmado que, según las ideas de ALEXY, la aplicación del principio de proporcionalidad podía ser defendida en términos conceptuales y normativos.¹⁶ Ahora vemos que, en verdad, la defensa conceptual de ALEXY fracasa, puesto que no toma en cuenta el papel de la interpretación jurídica. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad sólo podría ser justificado en términos normativos. En los párrafos siguientes exploraremos algunas de las razones por las cuales podríamos pensar que el principio de proporcionalidad tampoco puede ser defendido normativamente.

ii. Los derechos como límites al gobierno.

En sus diferentes variantes, las teorías sobre los derechos resultan normativamente atractivas porque, entre otras cosas, ofrecen una justificación a ciertas restricciones al accionar gubernamental con fundamento en la protección o promoción de intereses que resultan fundamentales para el bienestar de las personas. Desde otra perspectiva, los derechos podrían ser entendidos como obligaciones que tienen los gobiernos de proveer a los seres humanos ciertos bienes básicos o, en su caso, una prohibición de impedir

que las personas accedan a tales bienes por sus propios medios. Por lo tanto, los derechos *constituirían límites al gobierno*, indicando que es lo que éste *debe y no debe* hacer. En la gráfica expresión de GARZÓN VALDÉS (1989), los derechos constituirían un “coto vedado” al legislador o, en cambio, si se prefiere la imagen propuesta por PRIETO SANCHÍS (2004), los derechos configurarían “límites geográficos” que el gobierno no debería traspasar.

Es interesante apreciar que, para tener sentido, estos límites deben estar fijados de una manera relativamente clara y, sobre todo, el ámbito de obligaciones y prohibiciones que imponen al gobierno debe tener una naturaleza tal que el propio gobierno no pueda transgredirlo invocando la existencia de otros bienes que, según podría ocurrir, tengan *más peso* que los bienes protegidos mediante derechos. De ese modo, el respeto de los derechos por parte del gobierno siempre debería tener *prioridad* frente a la satisfacción de otros bienes o intereses. En la filosofía política contemporánea, esta idea ha sido expresada de diversos modos. Así, se habla de los derechos como “triumfos”, o se afirma que ellos tienen “prioridad lexicográfica” o que constituyen “*side-constraints*” a la actividad gubernamental (respectivamente, DWORKIN, 1984; RAWLS, 1971: 52-53; NOZICK, 1974: 28-33; ver también HABERMAS, 1992: 326-334; SCHAUER, 1993). La prioridad de los derechos constituiría una buena herramienta para garantizar la inviolabilidad de los individuos frente a las decisiones de los gobiernos, especialmente si estas son tomadas en base a fundamentos perfeccionistas, colectivistas o consecuencialistas.

La noción de que el respeto de los derechos por parte del gobierno debe tener prioridad frente a la satisfacción de otros bienes es incompatible con la ponderación de principios, tal como la propone ALEXY (DA SILVA, 2011: 281). En efecto, la ponderación importa *poner en juego en cada caso el peso del derecho frente a otros principios*, mientras que el concepto de prioridad implica que, en todo caso, el derecho derrotará a otros principios que pudieran entrar en conflicto con él.¹⁷ Por lo tanto, la idea de prioridad promete soluciones *universales*, mientras que la ponderación nos conduce a una forma de *particularismo*.¹⁸

Dicho en otros términos, bajo el enfoque de la ponderación, los individuos sólo son titulares de derechos *prima facie*, y contarán con un derecho definitivo únicamente después de haber aplicado el principio de proporcionalidad.¹⁹ Para que, en un caso concreto, una persona tenga efectivamente un derecho definitivo, será necesario que no exista ningún otro principio que, en el caso, tenga un peso mayor

¹⁶ Ver II, iv y v, *supra*.

¹⁷ Por cierto, tal concepto de prioridad ha sido criticado, con el argumento de que un genuino razonamiento justificatorio requiere una “consideración de todas las cosas”, de modo tal que no puede asumirse sin más que ciertas razones tengan siempre prioridad frente a otras, pues ello inhibiría la formulación de un razonamiento correcto (MICHELON, 2010). Si bien no podemos hacernos cargo aquí de los argumentos de MICHELON, vale formular la siguiente aclaración. En caso de que el razonamiento práctico no garantice la adopción de *decisiones racionales* porque, en ciertos contextos, es imposible adoptar una decisión tal, entonces resulta necesario contar con criterios de segundo orden para superar la situación de *impasse* que se genera cuando las razones de primer orden no son suficientes para adoptar una decisión. De ese modo, la prioridad de los derechos constituiría una razón de segundo orden para solucionar problemas prácticos complejos, como los que se podrían dar cuando existan “empates” entre principios o cuando los principios involucrados sean inconmensurables.

¹⁸ Sobre este tema existe una interesante polémica entre MORESO (2009: 267-307) y CELANO (2010). Mientras que el primero defiende la idea de que la ponderación no conduce necesariamente al particularismo, el segundo considera que el particularismo es consecuencia ineludible de la ponderación.

¹⁹ Ver II, iii, *supra*.

al derecho *prima facie*. Con el enfoque de la prioridad, en cambio, el individuo tiene un derecho (definitivo) *con independencia de la ponderación y de cualquier otro principio que pueda resultar aplicable al caso*. Es fácil advertir que, si para el modelo de la ponderación, los derechos son principios, entonces, para el otro modelo, los derechos son reglas, pues la determinación de si ellos son respetados no depende de una cuestión de grado, sujeta a las circunstancias fácticas y jurídicas.

Por lo tanto, el uso del principio de proporcionalidad relativiza la normatividad de los derechos y, de ese modo, los derechos pierden su capacidad de constituir límites al gobierno.²⁰ Concebir a los derechos como límites a la actividad del gobierno forma parte de la tradición política del constitucionalismo.²¹ De ahí que si estuviera en nuestro interés generar las condiciones para un genuino gobierno constitucional, deberíamos optar por interpretar a las normas sobre derechos fundamentales como reglas, en lugar de como principios (ver, por ejemplo, TSAKYRAKYS, 2009: 470).²² Sin embargo, frente a esta objeción, algunos defensores del principio de proporcionalidad afirman que su aplicación impone límites al accionar gubernamental desde el momento en que obliga al gobierno a cumplir con los tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), ofreciéndole a las personas afectadas, la posibilidad de contar con un foro para cuestionar las decisiones que, aparentemente, no cumplan con dichos requisitos. De ese modo, el gobierno se vería obligado a demostrar que efectivamente cumplió con el principio de proporcionalidad (KUMM, 2010).

Esta defensa del principio de proporcionalidad apunta a una de sus supuestas virtudes: la de permitir un procedimiento racional para controlar las decisiones gubernamentales. Si ocurriera que, en definitiva, el principio de proporcionalidad fuera incapaz de permitir tal cosa, entonces tendríamos una razón menos para apoyar su implementación.

iii. El lugar de la argumentación moral sustantiva.

El principio de proporcionalidad puede ser justificado en la medida en que, según sus defensores, el mismo constituye un procedimiento racional para tomar decisiones, pues permite explicitar y controlar las razones que se ofrecen para justificar una determinada medida que afecte derechos fundamentales.²³ Uno de los argumentos más sofisticados presentados en tal sentido fue elaborado recientemente por Mattias KUMM. De acuerdo con este autor, el principio de proporcionalidad no es otra cosa que la estructura para la justificación de un acto en términos de razón pública (KUMM, 2010: 150). Por lo tanto, el objetivo del principio de proporcionalidad no sería el de colaborar con la *interpretación* de las normas

²⁰ Ello se debe, entre otras cosas, a que, en el marco de la ponderación, los derechos son equiparados a intereses colectivos (LA TORRE, 2006: 59).

²¹ Por cierto, en la literatura especializada no hay un consenso con respecto a la relación apropiada entre derechos, constitucionalismo y democracia (WALDRON, 1999; FABRE, 2000: 278-282; GARGARELLA, 2008; MORESO, 2009: 111-150; BAYÓN, 1998; MOCOROA, 2013). Sin embargo, aunque cada concepción sobre el constitucionalismo discrepa en cuanto al lugar que le corresponde a cada uno de esos elementos, todas comparten la idea de que una genuina concepción del constitucionalismo debe acomodar a todos ellos de alguna manera.

²² Sin embargo, a veces se argumenta que la ponderación podría ser necesaria para complementar la defensa contra decisiones perfeccionistas, colectivistas o consecuencialistas que provendría del modelo de la prioridad (KUMM, 2007).

sobre derechos fundamentales, sino el de establecer un *estándar de justificación* que debe ser satisfecho por las medidas que afecten a esos derechos (KUMM, 2010: 144).

Según KUMM (2010: 168), la legitimidad de las decisiones públicas depende de que ellas sean justificables en términos tales que puedan ser razonablemente aceptados incluso por quienes están en desacuerdo con ellas. De ese modo, cuando un tribunal aplica el principio de proporcionalidad, lo que está haciendo es, en verdad, controlar si la justificación ofrecida por la autoridad en relación a cierta medida que afecte a un derecho puede ser plausiblemente justificada en términos de razón pública (KUMM, 2010: 169). Se sigue de allí que el principio de proporcionalidad es el medio a través del cual los ciudadanos pueden ejercer el derecho a criticar y controlar las decisiones que, en su nombre, adopta el gobierno de una comunidad política (KUMM, 2010: 170-171).

Si nos guiamos por esta lectura del principio de proporcionalidad, su principal fortaleza radicaría en que es capaz de abrir la argumentación sobre derechos fundamentales a razones sustantivas provenientes de diferentes concepciones sobre la justicia. Sin embargo, la estructura del principio de proporcionalidad más que alentar la argumentación sustantiva, parece esconderla detrás del disfraz de los tres subprincipios. Veamos cómo es que ello ocurre.

Frente a un planteo de constitucionalidad respecto de una medida legislativa que afecta a un derecho fundamental al tiempo que promueve un principio legítimo, el juez puede considerar, dadas las circunstancias del caso, que ella, o bien es constitucional, o bien es inconstitucional. El principio de proporcionalidad, como efectivamente afirman sus defensores, estructura la argumentación que se debe llevar adelante para justificar una u otra de las soluciones posibles al caso. En nuestro ejemplo, ya asumimos que la medida es idónea para promover un principio legítimo. Asumamos también que dicha medida es necesaria. El punto central que debe argumentarse a continuación es el de establecer si el grado de la importancia de satisfacer el principio legítimo es mayor que el grado de afectación que la medida legislativa le irroga al derecho. Si ello fuera el caso, entonces el principio legítimo tendrá precedencia respecto del derecho en las circunstancias del caso, supuesto en el cual, la medida legislativa será constitucional. Si no, la medida legislativa será inconstitucional. Para facilitar la explicación, excluirémos por ahora a las situaciones de empate.

Esta argumentación sobre la precedencia puede asumir dos formas, una cuantitativa y otra cualitativa.²⁴ La distinción entre ambas, tal como la propone WALDRON (1993: 220-224), es la siguiente. La argumentación cuantitativa presenta a la relación de precedencia como un *cálculo*, en el cual se compara la importancia de cada uno de los principios en juego, sin elaborar una explicación que los ponga en relación, más allá del propio "cálculo" consistente en comparar su peso. Ello es, precisamente, lo que ocurre con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, tal como se explicó, la ponderación consiste en determinar el grado de afectación de un derecho fundamental, el grado de

²³ Ver II, v, *supra*.

²⁴ Una distinción análoga, aunque en el contexto de la discusión entre estrategias universalistas y particularistas de aplicación del derecho, en BOUVIER (2012: 329).

importancia de satisfacer otro principio, y luego, comparar ambos grados, para establecer si la medida que afecta el derecho es proporcionada.

La argumentación cualitativa, en cambio, presenta la relación de precedencia como una explicación sustantiva que da cuenta de las razones por las cuales un principio debe tener precedencia sobre otro. En otros términos, se trata de explicar, precisamente, *cuál es la relación entre los principios en conflicto*. De acuerdo con WALDRON, ello es lo que ocurre con el enfoque de la prioridad. En efecto, las teorías elaboradas por los defensores de ese modelo apuntan, justamente, a explicar por qué ciertos intereses deben ser protegidos frente a pretensiones perfeccionistas, consecuencialistas o colectivistas. Estas teorías, entonces, procuran *justificar* la prioridad de los derechos.

Por lo tanto, para que el principio de proporcionalidad pueda cumplir con la función que KUMM le asigna, la práctica judicial debería acercarse más a la forma cualitativa de argumentación. Sin embargo, como lo demuestra el caso "Kimel", y en general los casos en los que se aplica el principio de proporcionalidad, los tribunales suelen optar por una argumentación cuantitativa, que se limita a determinar el grado de afectación del derecho y el grado de importancia de satisfacer a otro principio, estableciendo luego si existe proporcionalidad entre uno y otro.

Esta situación, no obstante, podría ser el resultado de una aplicación *incorrecta* del principio de proporcionalidad. En tal sentido, se podría sugerir que los tribunales deberían ajustar sus prácticas de forma tal de llevar adelante una genuina argumentación sustantiva. La cuestión, entonces, es si el principio de proporcionalidad realmente *exige* que los tribunales desarrollen una argumentación de ese estilo. Sin embargo, para demostrar que el principio de proporcionalidad *exige* determinada conducta es necesario, a su vez, elaborar un argumento moral en ese sentido.²⁵

Según KUMM, el argumento moral que justifica el principio de proporcionalidad es que dicho principio obliga a los jueces a hacer explícita la justificación normativa de las medidas gubernamentales que afecten a las personas. Convengamos, sin embargo, que si las cosas son de este modo, lo relevante es la justificación de esa clase de medidas. Por lo tanto, un tipo de argumentación cualitativa, que se fundamente en la explicación de la relación entre los principios involucrados, parece adecuarse mejor a esa finalidad que las argumentaciones cuantitativas.

En la medida en que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se contenta con establecer una comparación entre el grado de afectación de un derecho y el grado de satisfacción de un principio, entonces el principio de proporcionalidad *no exige una forma cualitativa de argumentación*. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad, cuando es aplicado por los tribunales, desplaza a la genuina argumentación sustantiva o, si se prefiere, la oculta debajo del disfraz del "cálculo" que proviene de la

²⁵ "Now, while one might accept the idea of the commensurability of values within the ambit of a moral discourse, there is no way to accept the notion that values are commensurable without a moral argument, that is, an argument that relates them and justifies degrees of priority. If the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable, and it makes no sense, therefore, to pretend that the principle of proportionality allows us to do it" (TSAKYRAKYS, 2009: 474).

fórmula del peso.²⁶ De ahí se sigue también, entonces, que la omisión de los tribunales de efectuar una argumentación sustantiva no se debe a una aplicación incorrecta del principio de proporcionalidad sino, bien por el contrario, al hecho de que se lo está aplicando correctamente.

A ello debe agregarse que, como lo ha sugerido Stavros TSAKYRAKYS, el principio de proporcionalidad tampoco exige que los jueces ofrezcan una fundamentación acerca de cuáles principios *merecen ser objeto de ponderación*. De ese modo, ciertos principios irrelevantes o, incluso, moralmente reprochables, podrían ser ponderados en sede judicial.²⁷ Frente a esta observación, un defensor del modelo de la ponderación podría argumentar que la irrelevancia del principio quedará en evidencia en el momento de aplicarse el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, dado que la aplicación de dicho subprincipio tiene lugar *al final* del razonamiento judicial, la utilización del principio de proporcionalidad enturbia la presentación del problema real, pues el punto de partida asume que un principio merece ser ponderado con otros, solamente para descubrir, al final, que su importancia era tan escasa, que no se justificaba iniciar el proceso de ponderación en primer lugar (TSAKYRAKYS, 2009: 481-484).

El principio de proporcionalidad, entonces, distorsiona la argumentación moral sustantiva. De acuerdo con la ley de la ponderación, una medida que afecte un derecho fundamental resulta justificada si el grado de afectación es menor al grado de importancia de la satisfacción del principio que constituye el fin legítimo de la medida. Esta forma de encarar la justificación de las medidas que afecten derechos resulta insensible respecto de aspectos relevantes de la argumentación moral. Si, como sostienen varios defensores del principio de proporcionalidad, incluso los derechos triviales deben ser objeto de ponderación, podría darse el caso en que tenga lugar un conflicto entre un derecho trivial y un bien colectivo muy importante. Si, por hipótesis, la afectación al derecho fuese seria y el grado de satisfacción del bien colectivo fuera leve, entonces, por aplicación de la ley de la ponderación, la medida debería ser declarada inconstitucional.

Sin embargo, la solución alcanzada resulta sumamente contraintuitiva. Imaginemos, por ejemplo, que, por consideraciones ambientales (v.gr., reducir la polución) el gobierno decidiera prohibir la realización de carreras de autos practicadas en forma *amateur*. Es evidente que la prohibición entraña una restricción seria al "derecho a participar en carreras de autos en forma *amateur*". A su vez, la reducción de polución por emisión de gases es pequeñísima en comparación con la que se produce por el tráfico vehicular cotidiano, de modo tal que la satisfacción del principio de protección del medio ambiente es

²⁶ Algunos defensores del principio de proporcionalidad señalan como una virtud el hecho de que el mismo se mantenga neutral frente a distintas concepciones morales y filosóficas (BEATTY, 2004: 166-168). La posición de BEATTY es indicativa del hecho de que, según parece, hay quienes piensan que el principio de proporcionalidad podría ser aplicado correctamente, con independencia de las teorías morales a las que adhieran los jueces, y además sin que su justificación dependa de alguna concepción sustantiva en particular. Ciertamente, esta no es la posición de KUMM, para quien existe una conexión entre el principio de proporcionalidad y teorías políticas robustas, como el liberalismo o el republicanismo. Sin embargo, la concepción de ALEXY (2010: 31, nota 41) sí parece acercarse a ella, cuando afirma que la ponderación es una estructura formal que no contiene, en cuanto tal, sustancia alguna.

²⁷ Para una justificación del carácter "generoso" del principio de proporcionalidad en cuanto al tipo de intereses que se consideran aptos para la ponderación, ver MÖLLER (2013) y KUMM (2010: 151).

solamente leve. Ahora bien, la insensibilidad del principio de proporcionalidad frente a la argumentación sustantiva demuestra que la aplicación de la ponderación nos puede llevar al absurdo. Si nos limitamos a hacer un "cálculo" que compare los grados de afectación y de satisfacción de cada principio deberíamos propiciar la declaración de inconstitucionalidad de la medida, pese a que, en principio, parece posible desarrollar una argumentación que demuestre que, aunque sea en forma leve, la protección del medio ambiente justifica ampliamente desconocer un derecho relativamente trivial como el que invocan los pilotos *amateurs*. En cualquier caso, el punto aquí no es analizar si la medida está efectivamente justificada o no. De lo que se trata es de demostrar que el principio de proporcionalidad distorsiona la argumentación sustantiva, y el ejemplo parece indicarnos que efectivamente lo hace.

Es interesante notar que un defensor del principio de proporcionalidad podría argumentar que el problema señalado en el ejemplo se solucionaría si se tuviera en cuenta el *peso abstracto de los principios*.²⁸ De ese modo, se podría pensar que el derecho de los pilotos *amateurs* tendría un peso abstracto mucho más reducido que el del principio de protección del medio ambiente, con lo cual, se explicaría por qué, a pesar de todo, la medida podría ser considerada constitucional. Sin embargo, la inclusión del peso abstracto demuestra que la argumentación moral, y abstracta, es ineludible, y que la ley de la ponderación, en definitiva, no nos indica "qué es lo que debe ser argumentado", pues, por sí solos, los grados de afectación y de satisfacción de los principios involucrados resultan insuficientes para esclarecer cuál es la solución correcta que debe darse a un caso. Por otra parte, aceptar que los principios admiten una ordenación abstracta contradice la presentación inicial de la teoría de ALEXY (1985: 130-135), en la cual se negaba esa posibilidad.²⁹ Finalmente, si los principios pudieran ser ordenados de manera abstracta, ¿por qué habríamos de rechazar el modelo de la prioridad? Si establecemos que cierto derecho, por ejemplo, la libertad personal, es, en abstracto, mucho más importante que el bien colectivo consistente en castigar a quienes cometieron delitos, y ello justifica establecer una presunción de inocencia, entonces cualquier medida legislativa que establezca una presunción de culpabilidad sería inconstitucional, sin que sea necesario en modo alguno que apliquemos el principio de proporcionalidad en sentido estricto para establecer los grados de afectación o de satisfacción de los principios involucrados.

Como vemos, el principio de proporcionalidad tiene el efecto de que los derechos no establezcan reglas y, de ese modo, siempre quedan sujetos a restricciones según el grado de afectación y de satisfacción de los principios involucrados (TSAKYRAKYS, 2009: 484-487). De ese modo, los derechos pierden normatividad. Por otra parte, el argumento elaborado por KUMM, relativo a que el principio de proporcionalidad establecería un *estándar de justificación* que debe ser satisfecho por las medidas que afecten a esos derechos, no constituye una defensa eficaz del principio, pues, aunque es verdad que impone un estándar de justificación, lo cierto es que dicho estándar no propicia, sino que distorsiona, la argumentación moral sustantiva.

²⁸ Un argumento de esa naturaleza podría basarse en la elaboración completa de la fórmula del peso que propuso ALEXY (2007: 15, 24), en la cual se incluye, precisamente, al peso abstracto de los principios en juego.

²⁹ Ver II, v, *supra*.

VI. Conclusión.

A lo largo de este trabajo, explicamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó el principio de proporcionalidad como herramienta para aplicar las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dado que, según la jurisprudencia elaborada por nuestra Corte Suprema, los tribunales argentinos deben aplicar las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional de conformidad con los criterios interpretativos elaborados por los respectivos organismos internacionales de control, entonces existe una razón de tipo institucional para que nuestros jueces, incluso los de la Corte Suprema, se vean obligados a adoptar el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, en la propuesta teórica de Robert ALEXY, la adopción del principio de proporcionalidad es justificada tanto en base a razones conceptuales, como normativas. Sin embargo, como se explicó, las razones conceptuales no resultan independientes de consideraciones normativas, en la medida en que la estructura de las normas constitucionales es el resultado de un juicio interpretativo. Por lo tanto, los defensores de la adopción del principio de proporcionalidad en la Argentina deberían ser capaces de ofrecer poderosas razones sustantivas para justificar su propuesta.

La plausibilidad normativa del principio de proporcionalidad es, no obstante, sumamente cuestionable. En efecto ocurre que, por un lado, la aplicación del principio de proporcionalidad tiende a restarle fuerza normativa a los derechos constitucionales, obstaculizando así la posibilidad de conformar un genuino régimen constitucional, en el cual los derechos sean capaces de limitar, en forma efectiva, el accionar gubernamental. Por otro lado, se da el caso de que la peculiar estructura del principio de proporcionalidad tiende o bien a que los jueces no desarrollen una argumentación moral sustantiva a la hora de dictar sus sentencias, o bien a que lo hagan de una manera harto distorsionada.

Por lo tanto, aunque la cuestión merezca seguramente un debate todavía más amplio y profundo, las dificultades señaladas parecen demostrar que la reticencia de la Corte Suprema en adoptar el principio de proporcionalidad hasta el momento no resulta del todo injustificada.

Bibliografía.

- ALBANESE, S., coord. (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, 2008.
- ALEXY, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ALEXY, R. (2007). "The Weight Formula". En STELMACH, J. y otros, *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Cracovia, Jagiellonian University Press, 2007,9-27.
- ALEXY, R. (2010). "The Construction of Constitutional Rights". En *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, Vol. 4 (1), 21-32.
- BAYÓN, J. (1998). "Diritti, democrazia, costituzione". En *Ragion Pratica*, 1998, N° 10, 41-64.
- BEATTY, D. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2004.

- BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BOUVIER, H. (2012). *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid, Marcial Pons, 2012.
- CAYUSO, S. (2009). *Constitución de la Nación Argentina comentada. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*. Buenos Aires, La Ley, 2009.
- CELANO, B., (2010). "Derrotabilidad y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables". En ORTEGA GOMERO, S., ed., *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima, Ara Editores, 2010, II, 207-227.
- CIANCIARDO, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco, 2004.
- CLÉRICO, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, EUDEBA, 2009.
- CLÉRICO, L. (2012). "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En CAPALDO, G. y otros, *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires, EUDEBA, 2012, 199-219.
- COHEN-ELIYA, M. y PORAT, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*. Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- DA SILVA, V. (2011). "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, Vol. 31 (2), 273-301.
- DWORKIN, R. (1984). "Rights as Trumps". En WALDRON, J., ed., *Theories of Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1984, 153-167.
- FABRE, C. (2000). "The Dignity of Rights". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, Vol. 20 (2), 271-282.
- GARGARELLA, R. (2008). "Constitucionalismo versus democracia". En GARGARELLA, R., ed., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, I, 23-40.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1989). "Representación y democracia". En *Doxa*, 1989, N° 6, 143-164.
- GUASTINI, R. (2010). "Deffetibilità, lacune assiologiche, e interpretazione". En *Revus*, 2010, 14, 57-72.
- HABERMAS, J. (1992). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2005.
- KUMM, M. (2007). "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement". En PAVLAKOS, G., ed., *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Hart, 2007, 131-166.

- KUMM, M. (2010). "The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review". En *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, Vol. 4 (2), 140-175.
- LA TORRE, M. (2006). "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". En MENÉNDEZ, J., y ODDVAR ERIKSEN, E., eds., *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht, Springer, 2006, 53-67.
- LINARES, J. (2002). *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- MANILI, P. (2003). *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, La Ley, 2003.
- MICHELON, C. (2010). *Being Apart from Reasons. The Role of Reasons in Public and Private Moral Decision-Making*. Dordrecht, Springer, 2010.
- MOCOROA, J. (2013). "Balance de una Discusión: 'Derechos y Justicia constitucional' revisitado". En *Discusiones*, 2013, N° 12, 121-193.
- MÖLLER, K. (2013). "Proportionality and Rights Inflation". En *LSE Law Society and Economy Working Papers*, N° 17, 2013, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2272979 (página visitada el día 3 de marzo de 2014).
- MORESO, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- NOZICK, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Oxford, Blackwell, 1974.
- PINTO, M. (2007). "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". En ABRAMOVICH, V. y otros, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2004). "El constitucionalismo de los derechos". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, Vol. 71, 47-72.
- RAWLS, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SCHAUER, F. (1993). "A comment on the structure of rights", *Georgia Law Review*, 1993, Vol. 27, 415-434.
- STONE SWEET, A. y MATHEWS, J. (2008). "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism". En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, Vol. 47, 72-164.
- TSAKYRAKYS, S. (2009). "Proportionality: an assault on human rights?". En *International Journal of Constitutional Law*, 2009, Vol. 7 (3), 468-493.
- WALDRON, J. (1993). "Rights in Conflict". En *Liberal Rights. Collected Papers, 1981-1991*. Nueva York, Cambridge University Press, 1993, 203-224.
- WALDRON, J. (1999). *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 2005.