

# PROPORCIONALIDAD Y PODER JUDICIAL EN LOS MODELOS EUROPEO Y COLABORATIVO DE REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

Por Mariano C. Melero de la Torre<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En los últimos cincuenta años, el análisis de proporcionalidad se ha convertido en la técnica más utilizada para llevar a cabo la revisión de constitucionalidad de las leyes y decisiones públicas<sup>2</sup>. Su uso se ha hecho frecuente no sólo entre los tribunales constitucionales típicos de los contextos de Europa continental y América del Sur, sino también entre los tribunales pertenecientes a los sistemas del *common law*. La consecuencia más evidente de este fenómeno es lo que se conoce como la ‘judicialización’ del proceso legislativo, puesto que el análisis de proporcionalidad implica volver a realizar por parte del tribunal revisor todo el proceso de toma de decisiones del legislativo o de las autoridades públicas, con el fin de evaluar la legalidad constitucional de las decisiones impugnadas.

Sin embargo, la elección de la técnica de la proporcionalidad no predetermina la forma en que los tribunales revisores efectivamente la aplican. Mi primer objetivo en este trabajo es precisamente poner de relieve las diferencias que existen en la concepción y uso de dicha técnica en dos modelos de revisión judicial diferentes: de un lado, la concepción ‘optimizadora’, típica del modelo ‘europeo’, basado en la experiencia de los tribunales constitucionales del continente europeo (en especial, el alemán), y, de otro, la concepción ‘restrictiva’, característica del modelo que voy a denominar ‘colaborativo’, formulado a

---

<sup>1</sup> Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia, Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>2</sup> Entre la amplia bibliografía sobre el análisis de proporcionalidad en la cultura constitucional contemporánea, cabe mencionar Alec Stone Sweet y Jud Mathews “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, (2008); Moshe Cohen-Eliya e Iddo Porat, “Proportionality and the Culture of Justification”, *The American Journal of Comparative Law*, 59, (2011); David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press (2004); Francis G. Jacobs, “Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law”, en E. Ellis (ed.) *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, (1999); Stephen Gardbaum, “Limiting Constitutional Rights”, *UCLA Law Review*, 54, (2007); Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press (trad. ing. de D. Kalir), (2012).

partir de la experiencia de los tribunales de algunos países del *common law* (en especial, Canadá y el Reino Unido)<sup>3</sup>.

Este estudio comparativo presupone que ambos modelos tratan de ser la base institucional de una ‘cultura de la justificación’<sup>4</sup>. En este tipo de cultura jurídica, todas las leyes y decisiones públicas deben recibir una justificación en términos de razón pública (es decir, mediante razones que puedan ser aceptadas razonablemente por las personas a las que afectan tales decisiones), y los tribunales de justicia son el mecanismo definitivo para exigir este tipo de explicaciones. Sin embargo, bajo mi interpretación, la concepción optimizadora está diseñada para un tipo de control centralizado y abstracto, de carácter cuasi-legislativo, mientras que la concepción restrictiva sirve para realizar una revisión difusa y concreta, de carácter estrictamente judicial. Mi segundo objetivo es tratar de defender esta última forma de revisión, argumentando no sólo que es más respetuosa con la toma de decisiones mayoritaria, sino también que permite desarrollar más plenamente el poder interpretativo de los jueces en un régimen constitucional.

## 2. Dos concepciones de la proporcionalidad

En su artículo “*Proportionality and Variable Intensity of Review*”, Julian Rivers<sup>5</sup> afirma que la concepción “restrictiva” que está a la base de “las concepciones *common law* de la proporcionalidad”, supone “un conjunto de análisis destinado a garantizar la intervención judicial en la protección de los derechos”<sup>6</sup>. Esta concepción se caracteriza por tomar como punto de partida una cierta división de poderes, según la cual los tribunales “existen para proteger a los individuos y grupos de las otras ramas del gobierno”. Según esta concepción, el marco de derechos legales que tratan de mantener los tribunales establece los límites a la

---

<sup>3</sup> Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, (2013). En Canadá, el modelo opera a partir de la *Charter of Rights and Freedoms* de 1982 y, en el Reino Unido, desde la *Human Rights Act* de 1998. El modelo ha recibido distintos nombres (‘híbrido’, ‘parlamentarista’ o ‘*commonwealth*’) y se caracteriza por reforzar el poder de los jueces ordinarios en el control de constitucionalidad, pero reservando la ‘última palabra’ al parlamento en la determinación de las cuestiones constitucionales. Este modelo opera también en Nueva Zelanda y, a nivel subnacional, en Australia.

<sup>4</sup> Esta denominación procede de Etienne Mureinik (1994) “A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights”, *South African Journal on Human Rights*, 10, (1994). Posteriormente ha servido de referencia para David Dyzenhaus en “Proportionality and Deference in a Culture of Justification”, en G. Huscroft, B. W. Miller, G. Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press. También lo emplean, dentro de su vindicación del modelo europeo, Cohen-Eliya y Porat en “Proportionality and the Culture of Justification”, *supra* nota 1.

<sup>5</sup> Profesor de *Jurisprudence* en la Universidad de Bristol y autor de la aclamada traducción al inglés de la *Teoría de los derechos constitucionales* de Alexy.

<sup>6</sup> Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, 65, (2006), 176 (en adelante, “Proportionality”).

libertad de acción de las instituciones políticas. Esta división de poderes presupone, a su vez, “que los derechos y el interés público pueden distinguirse claramente, quizá conforme a la distinción de Ronald Dworkin entre principios anti-utilitarios y la política utilitarista”<sup>7</sup>. Los tribunales están en un lado de la división constitucional, encargados de proteger los intereses individuales de los portadores de derechos, mientras los parlamentos y los ejecutivos representan el interés colectivo.

A mi modo de ver, es cierto que, bajo este modelo de revisión, la doctrina de la proporcionalidad supone algún tipo de distinción entre los derechos protegidos y las políticas públicas, puesto que de dicha distinción depende la división de tareas entre los órganos públicos representativos (parlamento y gobierno) y los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, es necesario añadir que esta división no puede describirse como una simple y clara separación entre cuestiones de principio y cuestiones de bien común (como parece sugerir Rivers con el ejemplo de Dworkin). En la gran mayoría de los casos constitucionales difíciles, donde existe un desacuerdo razonable sobre el contenido del derecho, ambos tipos de cuestiones aparecen entrelazadas. No existe un método que permita definir los límites entre un ámbito y otro de manera automática o no controvertida. Es precisamente la complejidad de esta división lo que exige, como veremos, *una doctrina de la deferencia debida*<sup>8</sup>. El objetivo de esta doctrina es ayudar a los jueces a distinguir en el contexto de cada caso entre las cuestiones de bien público que son judicialmente resolubles y aquellas otras en donde la mejor respuesta del tribunal es la autorestricción.

Siguiendo con la descripción de Rivers, la proporcionalidad empleada en el contexto europeo continental puede definirse como “un enfoque estructurado para ponderar del mejor modo posible los derechos fundamentales con otros derechos e intereses”<sup>9</sup>. Es decir, se trata de una concepción que no depende de ninguna división específica de poderes, sino al contrario, presupone una clara distinción entre, por una parte, la cuestión sustantiva acerca de cuándo una limitación de los derechos está justificada y, por otra, la cuestión formal sobre la responsabilidad de los tribunales en garantizar que dicha justificación se produce.

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Esta doctrina ha sido elaborada, desde la experiencia constitucional canadiense, por Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, en Taggart, M. (ed.), *The Province of Administrative Law*. Oxford, Hart Publishing, (1997); y, desde la experiencia británica, por Murray Hunt, “Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of ‘Due Deference’”, in Bamforth, N. and Leyland, P. (eds.), *Public Law in a Multi-layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, (2003); Aileen Kavanagh, “Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, en Huscroft, G. (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, (2008); y Alison L. Young, “In Defense of Due Deference”, *Modern Law Review*, 72(4), (2009).

<sup>9</sup> Rivers, “Proportionality”, *supra* nota 6, 176.

Esta independencia de la cuestión sustantiva, afirma Rivers, permite a la concepción optimizadora pensar en los derechos como “formalmente indistinguibles” de otros intereses, incluidos los bienes de interés general; ambos pueden ser objeto de requerimientos de optimización<sup>10</sup>. “La proporcionalidad europea trata principalmente de identificar la optimización racional del bien común, lo que incluye los derechos como intereses protegidos y otros intereses”<sup>11</sup>.

El desarrollo más conocido de la concepción de los derechos constitucionales como ‘requerimientos de optimización’ es, seguramente, el de Robert Alexy. Según Alexy, los derechos constitucionales son ‘principios’, es decir, normas que requieren la mayor realización de algo dentro de lo fáctica y legalmente posible. Los principios son lo contrario a las reglas, en tanto que éstas sólo pueden estar o plenamente satisfechas o del todo insatisfechas (ocupan puntos fijos en el ámbito de lo fáctica y legalmente posible)<sup>12</sup>. En la concepción de Alexy, “el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (el mandato del medio más benigno) y de proporcionalidad en sentido estricto (el mandato de ponderación propiamente dicho) se sigue lógicamente a partir del carácter de principio, es decir, es deducible de él”<sup>13</sup>. Por tanto, el uso de la ponderación ante la colisión de principios es un rasgo necesariamente conectado con la naturaleza de los principios como requerimientos de optimización. Los subprincipios de adecuación y necesidad se remiten a lo fácticamente posible, mientras que el sub-principio de proporcionalidad ‘en sentido estricto’ se refiere a lo legalmente posible. Mientras los dos primeros tienen que ver con cuestiones empíricas –es decir, si la interferencia en un principio contribuye efectivamente a la realización del otro, y si no existe otro medio menos restrictivo para alcanzar el mismo resultado-, la proporcionalidad en sentido estricto exige un juicio moral, puesto que requiere comparar los pesos de los principios en competencia en cada caso concreto. Dicho juicio debe responder a lo que Alexy denomina la primera ley de la ponderación: “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”<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*, 180.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, 181. Esta concepción puede apreciarse con claridad en la auto-comprensión metodológica del Tribunal Constitucional alemán, que concibe su propia jurisprudencia como “una teoría de los valores” (*Wertjudikatur*), véase Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso*, Madrid, Trotta (trad. esp. de M. Jiménez Redondo), (1998), 326-327.

<sup>12</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (trad. esp. de Carlos Bernal Pulido, segunda edición), (2007), 67-68.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, 91-92.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, 138.

Como puede verse, la teoría de Alexy se mueve en un nivel muy alto de abstracción, puesto que concibe la doctrina de la proporcionalidad como el conjunto de principios que definen las “restricciones inmanentes” de los derechos, según lo fáctica y legalmente posible en las circunstancias de cada caso<sup>15</sup>. Los derechos no tienen límites con anterioridad, o independientemente de la aplicación de los principios de proporcionalidad; dichos límites sólo pueden fijarse realizando un juicio de ponderación entre los derechos y los demás intereses y valores que entran en conflicto con ellos en cada caso. En este sentido, la proporcionalidad del modelo europeo está diseñada para resolver del mejor modo posible la cuestión sustantiva de cuándo una limitación de un derecho está justificada (es decir, para identificar “la optimización racional del bien común”<sup>16</sup>).

Según la concepción optimizadora de Alexy, la proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación (*balancing*) constituye el núcleo esencial del control de constitucionalidad. No es sólo un paso ulterior que, en algunas ocasiones, puede servir para identificar la incompatibilidad de las decisiones públicas, sino el principio fundamental que ha de guiar el análisis en todas las etapas de la revisión. De este modo, las cuatro etapas del análisis de proporcionalidad se conciben como los distintos aspectos en que se estructura la “compleja cuestión” de la ponderación justa (*fair balance*). En términos de Rivers, esta “compleja cuestión” tendría la forma siguiente:

dada la importancia de este derecho y que su disfrute se limitará a causa del acto en cuestión, y dada la importancia del interés público que se persigue, y el grado en que éste va a llegar a realizarse, ¿logrará el acto realizar el interés público hasta el punto de que, teniendo todo en cuenta, el beneficio en términos de interés público compense al menos el coste en cuanto al derecho?<sup>17</sup>

Por tanto, la doctrina de la proporcionalidad está diseñada en el modelo europeo como “un análisis racional general para la limitación de derechos”<sup>18</sup>, un método válido para todo agente racional que toma decisiones. Como señala Rivers, la concepción optimizadora de la proporcionalidad es “institucionalmente neutral”, es decir, no está pensada para ayudar a los tribunales a determinar cuál es su responsabilidad en relación con los demás poderes del Estado en la salvaguardia de la proporcionalidad<sup>19</sup>. Por este motivo, se trata de una concepción perfectamente aplicable al Parlamento o al Gobierno en su búsqueda del interés

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*, 241.

<sup>16</sup> Rivers, “Proportionality”, *supra* nota 6, 181.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, 180-181.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, 182.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, 181.

general: “La *volonté générale* tiene en cuenta los derechos, pero pone en relación los derechos con el interés público en el proceso de determinación del mejor curso de acción”<sup>20</sup>.

Por el contrario, la concepción restrictiva de la proporcionalidad *no puede desligar la cuestión sustantiva de la cuestión formal o institucional*. Dado que, bajo esta concepción, los derechos son límites en la persecución del bien común, la limitación de los derechos aparece como algo problemático que exige reconstruir el análisis de proporcionalidad de tal modo que se preserven los papeles propios de cada poder del Estado. En efecto, la concepción restrictiva de la proporcionalidad está pensada para un órgano supervisor que debe analizar decisiones cuya responsabilidad última corresponde a otros órganos. Por tanto, no puede ser un análisis al margen de las razones expuestas por el principal órgano decisor. El razonamiento del juez debe tomar como base de su análisis el razonamiento del legislador o del funcionario público que tomó la decisión impugnada. Y, como primer paso en dicha supervisión, el tribunal debe comprobar si el parlamento, el gobierno o la autoridad pública han mostrado que el objetivo que perseguían con su decisión o acto era lo suficientemente importante como para justificar la limitación de un derecho protegido. Esto se debe, como señala Rivers, a que la concepción restrictiva de la proporcionalidad es un análisis basado explícitamente en derechos entendidos como límites de la acción gubernamental. Si se demuestra que ha habido una infracción por parte del Estado de un derecho protegido (demostración que corresponde a quienes impugnan la disposición legislativa o el acto administrativo), entonces el Estado debe mostrar que existe una buena razón para ello. Según esta concepción, la proporcionalidad “ofrece una forma de evaluar o juzgar medidas legislativas (así como la justificación de tales medidas) a la luz de la importancia de los derechos” protegidos<sup>21</sup>.

Por otra parte, la concepción restrictiva de la proporcionalidad supone la distinción de dos tipos de límites: los límites ‘internos’, que conforman el ‘alcance’ o significado de los derechos constitucionales, y los límites ‘externos’, que determinan la ‘extensión’ de su protección o realización efectiva<sup>22</sup>. Los primeros definen el contenido o significado de los derechos, y su elaboración se realiza mediante la interpretación constitucional. Los segundos establecen las limitaciones legales al ejercicio de los derechos dentro del ámbito predeterminado de su alcance. De acuerdo con la división de poderes que subyace a esta

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge, Cambridge University Press, (2009), 237.

<sup>22</sup> Para un análisis de esta distinción, véase Aharon Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, *supra* nota 1, 19-26.

concepción de la proporcionalidad, la determinación del significado o alcance de los derechos constitucionales corresponde a los tribunales, pero es responsabilidad de los poderes electos interpretar, desarrollar y dar forma a tales derechos al perseguir sus propios proyectos legislativos. Para ello, deben ofrecer una justificación adecuada de sus decisiones en la medida en que afectan o interfieren en los derechos, siendo tarea de los jueces analizar en su caso dicha justificación mediante la metodología de la proporcionalidad<sup>23</sup>.

Por tanto, para la proporcionalidad ‘restrictiva’, los derechos constitucionales son derechos definidos que establecen restricciones efectivas a la toma de decisiones de legisladores y jueces. Las limitaciones de los derechos constitucionales no reducen su alcance; al contrario, cualquier límite a la realización de los derechos dentro de su alcance predeterminado supone una infracción que debe justificarse adecuadamente. La proporcionalidad ‘optimizadora’, por el contrario, no distingue entre límites internos y externos. En la terminología de Alexy, los derechos constitucionales representan únicamente derechos *prima facie*, es decir, razones para la acción que pueden ser superadas por razones opuestas<sup>24</sup>. Las relaciones entre estas razones se determinan por las posibilidades fácticas y jurídicas, es decir, por la proporcionalidad de su realización en el contexto de cada caso concreto. Por tanto, es la proporcionalidad la que define en cada caso el alcance o contenido de los derechos.

El modelo europeo no desconoce, por supuesto, las consideraciones institucionales, y los autores que defienden la concepción optimizadora de la proporcionalidad reconocen la necesidad de una doctrina de la deferencia debida. Como afirma Rivers, “los tribunales constitucionales no están encargados simplemente de asegurar la racionalidad de toda la acción del Estado; su responsabilidad jurídica se estructura también por medio de principios formales”<sup>25</sup>. Alexy introduce este tipo de consideraciones en el *Epílogo* de su *Teoría de los derechos fundamentales* (añadido especialmente para la traducción inglesa). Allí el autor desarrolla las dos principales dimensiones en las que la proporcionalidad ‘optimizadora’

---

<sup>23</sup> Como señala Barak, “la extensión en la realización o protección de los derechos cambia con el tiempo y según la cuestión de que se trate, reflejando las necesidades del momento y el lugar. En realidad, la extensión de la protección del derecho sólo refleja las opiniones de una comunidad jurídica dada en un determinado momento. El alcance del derecho mismo, sin embargo, refleja los principios fundamentales sobre los que está construida la comunidad” (*Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, *supra* nota 1, 23). No obstante, Barak defiende un modelo de justicia constitucional en el que los tribunales tienen la supremacía en la interpretación de los derechos, de tal modo que las instituciones políticas sólo podrían apartarse de las doctrinas judiciales vigentes mediante una enmienda constitucional. El modelo colaborativo, por el contrario, permite que el legislativo o el gobierno defiendan su propia interpretación frente a los jueces mediante legislación ordinaria.

<sup>24</sup> Alexy, *Una teoría de los derechos fundamentales*, *supra* nota 12, 80.

<sup>25</sup> Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Hart Publishing, (2007), 169.

deja un margen de discrecionalidad a las instituciones políticas<sup>26</sup>. En primer lugar, muchas cuestiones relacionadas con derechos constitucionales son controvertidas, en el sentido de que no existe una única respuesta legalmente correcta para ellas. En estos casos, la aplicación del análisis sustantivo de la proporcionalidad da como resultado dos o más decisiones proporcionadas, y el agente decisor principal tiene más legitimidad constitucional que el tribunal revisor para elegir entre ellas. Alexy denomina a esta dimensión de la proporcionalidad como “el margen de acción estructural del legislador”<sup>27</sup>.

En segundo lugar, los tribunales muchas veces tienen que evaluar la proporcionalidad de una decisión pública sobre un fondo de incertidumbre respecto a los beneficios que reportará la medida elegida, o respecto a la importancia de la infracción producida en los derechos. Este fondo de incertidumbre obliga a los tribunales revisores a respetar el “margen de acción epistémico o cognitivo” del legislador en relación a las premisas empíricas o normativas que sustentan la infracción. Con la intención de ayudar a establecer quién debe decidir sobre tales premisas en condiciones de falta de certeza, Alexy introduce su “segunda ley de la ponderación”, según la cual, cuanto más intensa sea la infracción de un derecho constitucional, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes<sup>28</sup>. Dicha ley se basa en un principio procedimental que regula quién ha de tomar la decisión sobre cuestiones factuales o normativas controvertidas. De este modo, según la concepción europea, la intensidad de la revisión debe establecerse a partir de la seriedad de la infracción de derechos en el caso concreto. En definitiva, según esta concepción, debemos hablar de dos principios operando en paralelo: un principio sustantivo de proporcionalidad, por el cual cuanto más grave sea la infracción del derecho más importante ha de ser el derecho o interés público en competencia; y un principio formal de intensidad de la revisión, por el cual cuanto mayor sea la gravedad de la infracción de derechos menor ha de ser la deferencia y la restricción judiciales. Del mismo modo que mayores infracciones de derechos requieren mayores realizaciones de los intereses públicos para justificar las decisiones, así también mayores infracciones requerirán un escrutinio más severo por parte de los tribunales<sup>29</sup>.

Sin embargo, como reconoce el propio Rivers, la concepción de Alexy tiende a minimizar la importancia de los principios formales y a entender la doctrina de la

---

<sup>26</sup> Rivers, a su vez, distingue entre la “deferencia judicial”, que remite a la competencia institucional relativa, y la “auto-restricción judicial”, que atiende a la legitimidad constitucional, “Proportionality”, *supra* nota 6, 177.

<sup>27</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *supra* nota 12, 520ss.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, 552.

<sup>29</sup> Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, *supra* nota 25, 187.



proporcionalidad como un análisis puramente sustantivo<sup>30</sup>. Por un lado, la segunda ley de la ponderación se puede reconocer implícita en la primera (es decir, en la idea de que los principios son requerimientos de optimización), por lo que no parece necesario añadir ningún principio formal para ser tenida en cuenta. Dado que el conocimiento de los tribunales es limitado, será inevitable que no consideren que una limitación grave de los derechos puede ser compensada por un intento arriesgado de alcanzar un bien público, del mismo que aceptarán que una limitación moderada de los derechos puede ser compensada o no por la probabilidad de un beneficio importante en términos de bien común, dependiendo del grado de probabilidad<sup>31</sup>. Por otro lado, para ser un principio genuinamente formal, la segunda ley de la ponderación de Alexy tendría que reformularse en términos que tuvieran en cuenta la relación de los tribunales con los agentes decisores principales. En muchos casos, la incertidumbre de los tribunales respecto a la posibilidad de que la medida adoptada produzca los beneficios esperados, hace que éstos exijan a las instituciones políticas que acrediten fehacientemente los juicios empíricos sobre los que basaron sus decisiones. Según esta nueva formulación, cuanto más grave sea la violación de los derechos, mayor ha de ser la fiabilidad de las estimaciones que las instituciones políticas deben aportar respecto a la realización de un interés opuesto en un grado suficientemente grande<sup>32</sup>.

A mi modo de ver, la tendencia de Alexy a considerar la proporcionalidad como un análisis puramente sustantivo se debe a que su concepción está diseñada desde y para la jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos, especialmente el alemán. Estos tribunales disfrutan de la suficiente independencia institucional como para adoptar un punto de vista ‘neutral’ o puramente sustantivo, dejando en un segundo plano las consideraciones formales. En un modelo concentrado y abstracto de revisión, los tribunales constitucionales pueden adoptar fácilmente una perspectiva objetiva que tiende a minimizar las cuestiones relativas a las relaciones entre las distintas ramas del gobierno. Su posición superior en el sistema jurídico en materia constitucional les permite adoptar una perspectiva relativamente autónoma de los legisladores y los jueces a propósito de los conflictos entre los valores constitucionales.

En el modelo colaborativo, en cambio, la revisión de constitucionalidad debe llevarse a cabo por tribunales de justicia, lo cual significa que la proporcionalidad no puede desligarse de la doctrina sobre la auto-restricción judicial (o la doctrina de la ‘deferencia

---

<sup>30</sup> *Ibíd.*, 170.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, 186.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, 183.

debida'). Según esta concepción, los tribunales no deben hacer su propio juicio sobre la proporcionalidad como si fueran el agente decisor principal. Aunque deben decidir por sí mismos si la disposición legislativa o la decisión pública son compatibles con los derechos protegidos, su papel es secundario respecto a la decisión principal de cómo resolver el problema social en cuestión. El tribunal debe tratar de proteger los derechos constitucionales y, al mismo tiempo, ser respetuoso con la elección del parlamento o el gobierno sobre la mejor respuesta jurídica a los asuntos fundamentales que plantea la vida social<sup>33</sup>.

Por otro lado, la deferencia es una cuestión de grado, es decir, determina la mayor o menos intensidad con la que el tribunal aplica el test de proporcionalidad. Como señala Rivers, el papel apropiado de la segunda ley de ponderación es orientar a los tribunales en la determinación de la intensidad de la revisión<sup>34</sup>. Pero tanto en la concepción de Alexy como en la de Rivers, el factor decisivo que marca el grado de deferencia es de carácter sustantivo: “cuanto más grave sea la limitación de derechos, más intenso ha de ser la revisión que practiquen los tribunales”<sup>35</sup>. En la concepción restrictiva, en cambio, la determinación de la deferencia debida exige a los tribunales de justicia realizar un complejo análisis en el que los factores formales y sustantivos se influyen mutuamente<sup>36</sup>. Por un lado, los factores formales de competencia y legitimidad determinan el grado de deferencia judicial a favor de las estimaciones del agente decisor principal respecto a los factores sustantivos (la importancia del derecho, la severidad de su violación y la importancia del objetivo perseguido); pero, simultáneamente, el tribunal tiene que hacer su propio juicio sobre todos estos factores sustantivos para poder valorar la importancia de los factores formales o institucionales en el contexto del caso. Los factores institucionales no pueden, en ningún caso, forzar al tribunal a deferir automática o sumisamente al criterio de las instituciones políticas, pues esto sería tanto como abdicar de su papel en el control de constitucionalidad de las leyes y decisiones públicas. La deferencia de los tribunales revisores es algo que deben ganarse los agentes decisores principales, probando su superior competencia, capacidad o legitimidad como factores relevantes para justificar el respeto de la judicatura.

---

<sup>33</sup> Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *supra* nota 21, 239-240.

<sup>34</sup> Rivers, “Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing”, *supra* nota 25, 187.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> Este punto ha sido desarrollado especialmente por Hunt, “Sovereignty's Blight”, *supra* nota 8, y Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *supra* nota 21, cap. 7.

## 2. Dos visiones de sus componentes estructurales

Una vez que hemos discutido en términos generales las diferencias entre las dos concepciones de la proporcionalidad, podemos pasar a analizar brevemente cómo se traducen tales diferencias en la concepción de sus componentes estructurales.

Respecto al primer componente del análisis (la legitimidad del objetivo), ya señalé que la concepción restrictiva de la proporcionalidad lo considera muy relevante. Según esta concepción, es responsabilidad de los tribunales determinar qué objetivos públicos legítimos no son suficientemente importantes como para justificar la limitación de derechos fundamentales. El problema que plantea esta aproximación, apunta Rivers, es que, si un objetivo legislativo se considera suficientemente importante, entonces “está justificada cualquier acción del Estado racionalmente conectada con dicho objetivo y necesaria para conseguirlo”<sup>37</sup>. Promover objetivos públicos legítimos e importantes es la responsabilidad de legislaturas y ejecutivos. La supervisión de los tribunales puede reducirse, así, al control de la *eficiencia* de los medios elegidos, con el fin de asegurar que no hay unos costes innecesarios en términos de derechos, es decir, que “no se usan mazos para romper nueces, o mejor, que no se usan mazos cuando se comprueba que los cascanueces no sirven”<sup>38</sup>. De este modo, en la concepción restrictiva, la ponderación aparece de manera “incontrolada en la determinación de la flexibilidad con la que podemos definir el objetivo”<sup>39</sup>. La especificidad con que se define el objetivo determina el resultado de los otros componentes de la proporcionalidad.

Para la proporcionalidad optimizadora, en cambio, la primera etapa no pasa de ser una fase meramente preliminar. Como señala Dieter Grimm, el Tribunal Constitucional alemán sólo exige que el objetivo legislativo sea un “propósito legítimo”, es decir, no prohibido por la Constitución, sin necesidad de considerar ningún elemento adicional más, como una “importancia suficiente” o una “necesidad urgente”<sup>40</sup>. En esta concepción, es indispensable la certeza sobre el propósito de la ley a la hora de llevar a cabo el análisis costes-beneficios durante las etapas del test, pero la determinación del propósito no se considera parte del test, sino únicamente como su punto de partida. Por supuesto, también

---

<sup>37</sup> Rivers, “Proportionality”, *supra* nota 6, 180.

<sup>38</sup> *Ibíd.*

<sup>39</sup> *Ibíd.*, 188.

<sup>40</sup> Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, 57, (2007), 388.

para el Tribunal alemán es crucial la cuestión de si el objetivo elegido por el legislador es lo suficientemente importante como para justificar una cierta violación de un derecho fundamental. Pero esta consideración aparece en la última etapa del test (la proporcionalidad en sentido estricto), donde el Tribunal pregunta si se ha realizado una ponderación justa entre los intereses en conflicto. Aun así, el propio Grimm reconoce que la diferencia entre ambas formas de proceder no establece una diferencia significativa en la práctica: “Como en Alemania, una ley es considerada inconstitucional en Canadá si su propósito es incompatible con la Constitución. Pero cualquier propósito lícito se considera como un propósito suficientemente importante”<sup>41</sup>.

En el segundo componente del análisis (la idoneidad o conexión racional entre el objetivo legítimo y la medida infractora), la proporcionalidad restrictiva trata de identificar decisiones arbitrarias, discriminatorias o muy desproporcionadas <sup>42</sup>. En la concepción optimizadora, en cambio, el tribunal se conforma con preguntar si la medida adoptada es capaz de alcanzar su fin <sup>43</sup>. Esto implica, como explica Rivers, que la concepción optimizadora europea no tiene ningún problema con la infrainclusividad, en tanto que la medida contribuya de algún modo al objetivo. Para esta concepción, la ineficacia es un problema sólo cuando es total, es decir, cuando es incapaz de lograr el objetivo marcado. La superinclusividad, en cambio, supone un problema en ambas concepciones, pues implica que la medida adoptada no contribuye al fin legítimo previsto<sup>44</sup>. La diferencia vuelve a ser la mayor simplicidad de la concepción optimizadora. Y es que apreciar la posible infrainclusividad o escasa eficacia de la medida implica suponer que existen otras formas mejores de conseguir el fin propuesto, lo cual exige tener en cuenta, implícitamente, los costes en términos de derechos y los beneficios en términos de interés público. La concepción optimizadora, en cambio, sólo trata de establecer en esta segunda etapa “un umbral de plausibilidad factual y normativa” que prepare el terreno para el ulterior juicio de ponderación<sup>45</sup>.

Pero donde radica la mayor diferencia entre las dos concepciones de la proporcionalidad, es en los componentes tercero y cuarto. En la proporcionalidad restrictiva, la aplicación del tercer elemento del análisis (la necesidad de la medida adoptada) conlleva

---

<sup>41</sup> *Ibíd.*, 388-389.

<sup>42</sup> Por ejemplo, los casos de discriminación por razón de orientación sexual en la jurisprudencia canadiense. Véase Mariano C. Melero, “La interpretación constructiva en el constitucionalismo *Commonwealth*: ¿activismo o vandalismo judicial?”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, (2013).

<sup>43</sup> Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *supra* nota 40, 387.

<sup>44</sup> Rivers, “Proportionality”, *supra* nota 6, 189.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

la aplicación implícita del cuarto (la proporcionalidad en sentido estricto). Para determinar si la infracción del derecho va más allá de lo que es necesario para lograr el objetivo, el juez pondera las razones a favor de mantener la decisión del legislador, por un lado, frente a la preocupación por preservar el valor de los derechos individuales de las personas afectadas, por otro. Es decir, además de un juicio de efectividad en sentido estricto (preguntando si existe una tercera opción que sea tan efectiva como la impugnada pero menos invasiva respecto a los derechos), el juicio de necesidad contiene también un juicio de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto) según el cual, cualquiera que sea la justificación en términos del objetivo perseguido, las consecuencias adversas no deben ser excesivas o desproporcionadas para los derechos de los individuos afectados. De este modo, la tercera y cuarta etapas se solapan en un solo test de necesidad por el cual los tribunales revisores tratan de garantizar que la infracción es lo más limitada posible.

En la concepción optimizadora, por el contrario, la ‘necesidad’ se distingue de la ‘proporcionalidad en sentido estricto’ como dos cuestiones conceptualmente distintas e independientes. Con la ‘necesidad’ lo que está en cuestión es la proporcionalidad de preferir una medida con respecto a otras medidas posibles, lo cual exige considerar los costes y beneficios relativos de las alternativas disponibles. Con la ‘proporcionalidad en sentido estricto’, en cambio, la cuestión es si, dejando a un lado cualquier enfoque alternativo, la interferencia en los derechos individuales está en proporción con el objetivo alcanzado. Este juicio de ponderación es el test fundamental en el que convergen los tres componentes anteriores como fases preparatorias. Aunque admite un juicio muy general de ponderación en la primera etapa, la proporcionalidad optimizadora “elimina cualquier ponderación de las etapas segunda y tercera, reservando cualquier evaluación ulterior para la etapa final, donde se afronta la ponderación de modo separado y abierto”<sup>46</sup>. Esta forma de operar supone, según Rivers, no sólo una mayor claridad conceptual, sino también una mayor protección de los derechos. La concepción restrictiva, al no separar la cuarta etapa como una fase independiente, “tiende a ser una evaluación de mera eficiencia” en la que se asume como justificado cualquier medio que permita alcanzar el objetivo previsto por el legislador<sup>47</sup>.

En mi opinión, se trata de dos concepciones que responden a sendas visiones de la justicia constitucional. Para la concepción optimizadora, lo importante no es si las razones aportadas por el agente decisor principal justifican la medida elegida como una decisión proporcionada, sino si dicha decisión es objetivamente proporcionada o no. Está diseñada

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, 190.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

para encontrar la mejor solución posible a un conflicto de deberes o una colisión de valores. Para la concepción restrictiva, en cambio, el test de proporcionalidad es una forma de averiguar si la justificación aportada por el agente decisor principal es suficiente en una sociedad democrática. Esto último implica otorgar una gran importancia a la cuestión de si el agente decisor principal ha tenido en cuenta adecuadamente los diferentes intereses y consideraciones en juego. Más que el resultado final, lo que le interesa al juez es averiguar si las razones por las que se adoptó la medida justifican efectivamente la limitación de los derechos. Lo cual implica, evidentemente, un mayor grado de respeto hacia el responsable principal de la decisión. Como afirmó la juez McLachlin, Presidente del Tribunal Supremo de Canadá: “El listón de constitucionalidad no debe ser tan alto que se ponga en peligro la adopción de soluciones creativas para problemas difíciles. Es, por tanto, apropiado un grado de deferencia”<sup>48</sup>.

### **3. El papel de los jueces en un sistema democrático**

Tras este breve estudio comparativo, mi propósito es, como ya anuncié en la introducción, ofrecer un argumento a favor de una revisión de constitucionalidad estrictamente judicial, es decir, vindicar el modelo que aquí he asociado con la concepción ‘restrictiva’ de la proporcionalidad. Para ello, comenzaré a partir de la cuestión fundamental acerca de la legitimidad de la interferencia judicial en el proceso político.

Desde un punto de vista crítico, Carlos S. Nino y Juan Carlos Bayón han puesto de relieve que el control judicial de constitucionalidad no debería considerarse conectado conceptualmente con la idea de una Constitución como norma suprema. El control judicial es una garantía (deseable o no) de la supremacía constitucional, pero “no su presupuesto ni su consecuencia lógica”<sup>49</sup>. Según Bayón, la superioridad de la Constitución respecto del resto del ordenamiento jurídico depende de la práctica de reconocimiento que opere efectivamente en la sociedad, de modo que si se acepta como parte de esa práctica “que los preceptos de la constitución son obligatorios para el legislador y que las leyes que la contradigan son inválidas”, entonces cabría decir que la Constitución es suprema en dicha

---

<sup>48</sup> *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 R.C.S. 567, [37].

<sup>49</sup> Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en J. Betegón Carrillo, F. J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchís, J.R. de Páramo Argüelles (eds.) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2004), 136; Carlos S. Nino, *La constitución de una democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, (1997), 270.

sociedad, “aunque el ordenamiento niegue a los jueces cualquier posibilidad de control y les obligue a aplicarlas”<sup>50</sup>.

Sin embargo, más allá de las consideraciones de “necesidad lógica”, este planteamiento genera inmediatamente una pregunta práctica, ¿quién se encarga de determinar cuándo y en qué medida se produce dicha contradicción entre la Constitución y las leyes? Si es el propio parlamento el único al que se le reconoce autoridad para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, no estaríamos ante un genuino compromiso con la obligatoriedad de los principios constitucionales. Dicho compromiso exige de manera ineludible (es decir, para llegar a ser un genuino compromiso) la intervención de un tercero independiente que juzgue su cumplimiento efectivo<sup>51</sup>. De ahí que no nos pueda sorprender que, en la práctica, la superioridad de la Constitución en un ordenamiento jurídico se traduzca en un elevado nivel de respeto de los legisladores y del público en general hacia la opinión de los jueces.

En este sentido, Luis Prieto Sanchís ha señalado, en mi opinión con acierto, que el control difuso y concreto (que es consustancial a los jueces del modelo colaborativo, dentro de la tradición del *common law*) es “de todo punto indispensable en presencia de Constituciones dotadas de un denso contenido material de principios y derechos [...] un rasgo característico de toda Constitución que se quiera concebir como fuente de derechos y obligaciones”<sup>52</sup>. Sin garantía jurisdiccional efectiva –y sin revisión judicial de justificación– no hay Constitución verdaderamente suprema, sino “simplemente un documento político”<sup>53</sup>. En este sentido, el control jurisdiccional de constitucionalidad puede considerarse el presupuesto de la supremacía de la constitución como norma jurídica.

Desde un punto de vista normativo, sin embargo, no basta con que afirmemos el carácter indispensable de la intervención judicial en el proceso político. Puede que, en un sistema jurídico presidido por una Constitución con declaración de derechos fundamentales, no nos quede más remedio que aceptar dicha intervención, y que, no obstante, creamos tener buenas razones para reducirla a su mínima expresión. Para defender la deseabilidad de la revisión judicial necesitamos, por tanto, un argumento que vaya más allá de la constatación del carácter jurídico de la norma constitucional. A este respecto, creo que, tanto en el

---

<sup>50</sup> Bayón, “Democracia y derechos”, *supra* nota 49, 137.

<sup>51</sup> Para un mayor desarrollo de este argumento, véase Gerald Postema, “Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism”, en P. Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, (2010), 277, y, del mismo autor, “Law’s Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality”, *Boston University Law Review*, 90, (2010), 1857.

<sup>52</sup> Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, (2003), 139.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, 156.

modelo europeo como en el colaborativo, el principal argumento a favor de la interferencia judicial es que se trata de una institución que fomenta una cultura de la justificación. En palabras de Víctor Ferreres:

Si es admisible un control judicial de la constitucionalidad de la ley en materia de derechos, ello no se debe a que los jueces constitucionales sean más capaces que el Parlamento democrático para protegerlos adecuadamente, sino a una consideración distinta, a saber: que la intervención de los jueces constitucionales contribuye a mantener viva una cultura política en la que las decisiones colectivas se toman sobre la base de razones públicas que puedan ser aceptadas sin coerción por los miembros de una comunidad política de iguales<sup>54</sup>.

En una cultura de la justificación, todos los poderes públicos tienen el deber de explicar sus decisiones en términos de razón pública, y los jueces son el principal mecanismo para exigir dicha justificación. Por otra parte, reconocer al poder judicial la capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes no implica negar dicha capacidad a órganos no jurisdiccionales, dependientes del poder legislativo. En lugar de plantear la cuestión como si tuviéramos que elegir entre el control de los jueces o el control de los legisladores, es preferible buscar un diseño en el que ambos puedan colaborar en la realización de los mismos valores constitucionales. Y esto porque un diseño institucional basado en el control y diálogo recíprocos es el que mejor garantiza una democracia con un alto grado de deliberación pública.

Un diseño institucional que organice en términos de control y diálogo recíprocos las relaciones entre el legislador y los jueces puede garantizar que las decisiones del sistema político, globalmente considerado, se tomen con mayor grado de deliberación que las de un sistema político que atribuye toda la decisión en materia de interpretación de derechos a un legislador no controlado por los jueces constitucionales, o a unos jueces constitucionales que no cuentan con la intervención anterior ni posterior del legislador<sup>55</sup>.

Ahora bien, aunque ambos modelos tratan de fomentar una cultura de la justificación, creo que hay consideraciones que pesan a favor del modelo colaborativo. En principio, es justo decir que algunos rasgos del modelo europeo operan como “vectores de activismo” y, por tanto, como incentivos para una política altamente deliberativa. En este sentido, Ferreres ha señalado que los tribunales constitucionales han sido creados con una

---

<sup>54</sup> Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (1997), 269.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, 182.



misión especial (someter a escrutinio las decisiones del legislador), por lo que no pueden negarse a revisar una ley que es objeto de impugnación, ni eludir fácilmente las cuestiones constitucionales que encierra la legislación impugnada<sup>56</sup>. El propio espacio institucional de estos tribunales depende, en gran medida, de su grado de activismo, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales ordinarios de justicia, los cuales gozan de una mayor flexibilidad para juzgar con qué grado de intensidad van a ejercer su función de revisar la constitucionalidad de las leyes. De este modo, la protección de los derechos humanos en un modelo centralizado produce un sistema altamente garantista, en donde los legisladores se ven forzados a elevar el rigor de sus argumentos a propósito de la compatibilidad de las leyes con los derechos protegidos. Por este motivo, este modelo puede considerarse especialmente propicio en aquellos contextos donde se requiere una reconstrucción completa del sistema político (como ocurrió en los países europeos después de la traumática experiencia totalitaria, o como acontece actualmente en la transición democrática de sociedades con un pasado de opresión y falta de libertades)<sup>57</sup>.

A pesar de lo cual, el modelo europeo fomenta una cultura de la justificación de un modo que puede debilitar la toma de decisiones mayoritaria. El control concentrado y abstracto de las leyes, ejercido por un tribunal relativamente independiente de los poderes legislativo y judicial, produce una jurisprudencia constitucional relativamente separada de la legislación ordinaria. El problema es que esta separación puede utilizarse por los jueces constitucionales para abandonar ‘la perspectiva de la aplicación del derecho’ y convertirse en auténticos legisladores constitucionales. Éste es precisamente el punto que señaló Jürgen Habermas en su crítica a Alexy (y, en general, a lo que en Alemania se denomina la ‘jurisprudencia de los valores’)<sup>58</sup>. La propia configuración institucional de los tribunales constitucionales como órganos cuasi-legislativos, así como la concepción ‘optimizadora’ de la proporcionalidad en el control de las leyes, exponen a estos tribunales a la posibilidad de adoptar la perspectiva de un genuino legislador constitucional, con el consiguiente riesgo de paternalismo o, peor, de autoritarismo. El desarrollo y realización de los derechos debe corresponder, en un sistema democrático, a los poderes electos en la persecución de sus políticas. El problema que plantea un modelo centralizado es, pues, el que puso de relieve

---

<sup>56</sup> Ferreres, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid, Marcial Pons, (2011), 119ss.

<sup>57</sup> Para el caso concreto de Colombia, véase Leonardo García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, (2015), donde el autor defiende el papel del Tribunal Constitucional colombiano en la promoción de los derechos humanos y del ideal deliberativo en dicho país.

<sup>58</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, *supra* nota 11, 327ss.

Nino a propósito de los prerequisites del valor epistémico de la democracia<sup>59</sup>: cuanto mayor sea la extensión de la justicia constitucional (y, por tanto, de la jurisdicción de los tribunales constitucionales), menor será el campo de acción para la toma de decisiones por mayoría. En definitiva, el riesgo es que la doctrina relativamente separada del Tribunal se convierta en una doctrina “dependiente directamente del Tribunal” y, por tanto, en “una actividad legislativa implícita”<sup>60</sup>.

En este sentido, cabe recordar que las Constituciones en el modelo europeo no sólo sirven de marco legal de protección de derechos (*the rule of law*), sino que también aspiran a ser normas fundamentales para la construcción social (lo que Alexy denomina la Constitución como “orden fundamental”). Es precisamente la inclusión en el texto constitucional de principios materiales de naturaleza socioeconómica lo que puede suponer una intrusión inadmisibles de los jueces constitucionales en el ámbito del poder legislativo. Ante esta objeción, Alexy responde distinguiendo entre una concepción cuantitativa y otra cualitativa de la Constitución como “orden fundamental”<sup>61</sup>. Desde una concepción cualitativa, afirma Alexy, la omnipresencia de la Constitución en la vida socioeconómica del país no implica la disminución de la capacidad de decisión de las instituciones políticas, puesto que la Constitución sólo determina algunas ‘cuestiones fundamentales’, dejando un amplio margen para la acción discrecional de los poderes electos. Este margen de acción es de tipo estructural. Además, como ya vimos, Alexy reconoce que hay una distancia entre lo que requiere la Constitución y lo que pueden exigir los jueces constitucionales. Esto se debe al principio formal democrático por el que el tribunal revisor debe reconocer una ‘discrecionalidad epistémica’ al legislador en condiciones de incertidumbre sobre las premisas empíricas o normativas que sustentan la infracción de los derechos.

Sin embargo, a mi modo de ver, estos dos márgenes de discrecionalidad implican que el orden fundamental no es, ni debe ser, algo distinto a un orden marco, puesto que, de lo contrario, la Constitución estaría determinando también el interior del marco. Pero esto último es lo que parece desear Alexy cuando afirma que “una buena Constitución debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco”<sup>62</sup>. Es decir, que además de servir de esquema de protección de derechos, garantizado por los órganos jurisdiccionales, la Constitución debe decidir algunas de las cuestiones fundamentales de la sociedad. El problema es que entonces se hace necesario abrir un espacio institucional para un tribunal

---

<sup>59</sup> Nino, *La constitución de una democracia deliberativa*, *supra* nota 49, 192-193.

<sup>60</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, *supra* nota 11, 335.

<sup>61</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *supra* nota 12, 519-520.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, 520.

relativamente independiente del legislativo y con autoridad para decidir tales cuestiones. Y, así, cuantas más cuestiones resuelva este tribunal, menor será el ámbito de decisión que le quede al legislador ordinario.

Que este problema no sólo se plantea en un plano teórico, sino que representa una amenaza real en el modelo europeo de revisión, puede comprobarse a partir de lo que afirman Martin Shapiro y Stone Sweet a propósito de las diferencias entre los dos modelos de supremacía judicial: el de los Estados Unidos (al que se suele denominar modelo ‘americano’) y el de los países de la Europa continental. Según estos autores, cuando los jueces del modelo americano invalidan una ley, tienden a concentrar sus esfuerzos en dar razones que respaldan la invalidación, en lugar de sugerir los cambios que se requieren para salvar su constitucionalidad. Dado que sus sentencias son dictadas en el curso de un litigio ordinario, los jueces ‘americanos’ tienden a (o pretenden) visualizar su auditorio reducido a las dos partes enfrentadas en el caso en cuestión. Dichas partes sólo están interesadas en la inconstitucionalidad de la ley en la medida en que la resolución de este asunto puede determinar qué parte gana el litigio. En el modelo europeo de revisión, en cambio, el contexto es muy diferente:

En muchos casos, el supuesto auditorio de los jueces [constitucionales] europeos es el legislativo mismo, que espera la evaluación judicial de su producción. Dicho auditorio está directa e inmediatamente interesado en cómo mejorar la legislación si los jueces la encuentran defectuosa. Los tribunales constitucionales europeos ofrecen con frecuencia instrucciones directas y específicas sobre cómo volver a redactar una ley inconstitucional para salvar su constitucionalidad. A veces las opiniones llegan a ofrecer el lenguaje de la redacción legislativa que los jueces considerarían constitucional<sup>63</sup>.

De ahí que los autores no duden en calificar al tribunal constitucional como “una tercera cámara legislativa”, con “una capacidad especializada en cuestiones constitucionales”, “que reenvía sus versiones constitucionalmente mejoradas de los proyectos legislativos a las otras dos cámaras para su ulterior consideración”<sup>64</sup>. Es la propia configuración institucional de estos tribunales lo que los capacita para operar como genuinos legisladores constitucionales.

---

<sup>63</sup> Martin Shapiro y Alec Stone Sweet, “The New Constitutional Politics of Europe”, *Comparative Political Studies*, 26(4), (1994), 404.

<sup>64</sup> *Ibíd.* Stone Sweet apunta en otro estudio más reciente algunos ejemplos de este fenómeno: el Código de Procedimiento Penal en Italia, la política privatizadora y nacionalizadora en Francia, la financiación de campañas en Alemania, los derechos lingüísticos en España y, en todos estos países, algunos componentes de los regímenes legales que gobiernan la radiodifusión, el sistema electoral, las relaciones laborales y la fiscalidad. Además, los recursos de inconstitucionalidad (peticiones de revisión abstracta) son poderosas y efectivas armas de la oposición política para alcanzar sus propios objetivos reguladores. En Francia, Alemania y España, más de la mitad de toda la legislación revisada a través del recurso de inconstitucionalidad ha sido

Por otra parte, un modelo centralizado no sólo puede recortar la libertad de los poderes electos a la hora de legislar, sino que tampoco permite a los jueces cumplir con la función para la que están especialmente dotados. En términos de Genaro Carrió, esta función consiste en “poner coto con prudencia a los eventuales excesos legislativos, caso por caso, a la luz de las exigencias de la Constitución”<sup>65</sup>. Por supuesto, al ser la Constitución parte del ordenamiento jurídico, los jueces ordinarios del modelo europeo tienen que aplicar las leyes basándose en los principios constitucionales. Esto significa un amplio campo de posibilidades para la argumentación jurídica de los jueces, sobre todo si lo comparamos con el papel cuasi-mecánico que debían cumplir en el Estado liberal europeo del siglo XIX y principios del XX. En el nuevo modelo europeo, los jueces ordinarios “deben buscar vías interpretativas para lograr que las leyes resulten coherentes con la Constitución [...] deben tratar de encontrar una interpretación de la ley que salve su validez constitucional”<sup>66</sup>. No obstante, un modelo centralizado de revisión exige necesariamente eliminar de la interpretación judicial cualquier juicio acerca de la validez de las leyes bajo la Constitución, *impidiendo así una revisión jurisdiccional en sentido estricto*.

Como señala Ferreres, para otorgar una cierta autonomía a la doctrina constitucional, es necesario “distinguir entre aquellas lecturas de las leyes que cuentan como posibles ‘interpretaciones’, por un lado, y aquellas otras que no se pueden considerar ya ‘interpretaciones’, sino ‘correcciones’ o ‘modificaciones’ de las leyes, por el otro”<sup>67</sup>. En un modelo centralizado, los jueces ordinarios no pueden determinar por sí mismos las fronteras que limitan ambos reinos; al contrario, deben someterse a las determinaciones del tribunal constitucional. Esto significa que, en el modelo europeo, los jueces ordinarios no pueden ‘corregir’ las leyes con el fin de proteger los derechos fundamentales. Su poder interpretativo no incluye la posibilidad de elegir una lectura de las normas impugnadas que esté más allá de la literalidad del texto, eliminando o modificando los términos empleados por el legislador, o añadiendo otros nuevos, con el fin de salvar su validez constitucional. “En un modelo centralizado, sólo el tribunal constitucional está autorizado para realizar tal operación”<sup>68</sup>. Del mismo modo, cuando un juez ordinario se enfrenta a un caso en el que se plantea un problema constitucional ‘nuevo’ (sobre el que el tribunal constitucional no ha

---

(al menos parcialmente) anulada, véase Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press, (2000), 73-74.

<sup>65</sup> Genaro R. Carrió, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*. (Sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)”, en C. S. Nino et al. (ed.), *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, (1991), 157.

<sup>66</sup> Ferreres, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *supra* nota 56, 172.

<sup>67</sup> *Ibíd.*

<sup>68</sup> *Ibíd.*, 173.

tenido todavía oportunidad de pronunciarse), el juez debe autorestringirse. No debe tratar de “encajar la ley en lo que *él cree* viene exigido por la Constitución”, sino limitarse al “significado relativamente claro de la ley aplicable al caso” y, si fuera necesario, elevar una cuestión de inconstitucionalidad. El tribunal constitucional es el único que puede corregir la ley, indicando “la dirección constitucional correcta” en la que los jueces pueden, en caso necesario, “empujar la ley” más allá de su sentido literal con el fin de dar protección a los derechos<sup>69</sup>.

La principal desventaja de este modelo, en términos deliberativos, es que desaprovecha la especial contribución que pueden hacer los tribunales ordinarios a la riqueza de la conversación constitucional. Como afirma el propio Ferreres, el monopolio del tribunal constitucional respecto a la revisión de las leyes impide que las cuestiones constitucionales puedan ir “filtrándose gradualmente entre los diversos tribunales antes de que sean zanjadas”<sup>70</sup>. Un modelo de revisión difuso o estrictamente jurisdiccional permite que la misma cuestión se examine en diferentes instancias judiciales, lo que implica que pueda aflorar una pluralidad de puntos de vista, y que los jueces y abogados puedan ir refinando sus argumentos en cada nueva ocasión. En el modelo centralizado, los jueces sólo pueden poner en marcha y, en cierta medida, preparar la deliberación del tribunal constitucional a través de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>71</sup>.

En el modelo colaborativo, en cambio, los jueces ordinarios no tienen la última palabra sobre la interpretación constitucional, pero tienen autoridad para juzgar la legislación según los estándares de los derechos protegidos. Esto puede significar, en algunas ocasiones, que los jueces modifiquen o alteren la disposición legal impugnada con objeto de resolver el caso<sup>72</sup>. Cuando dicha disposición no produce ninguna interpretación compatible con los derechos protegidos, los jueces pueden resolver declarando la incompatibilidad de la disposición con los derechos protegidos. De este modo, no compiten con el legislador, puesto que aplican el Derecho vigente, pero declarando su incompatibilidad<sup>73</sup>. Si, como ocurre en Canadá, los jueces pueden declarar sin efecto o nulo (*inoperative*) una disposición que consideran inconstitucional, los Parlamentos federal y provinciales cuentan con el procedimiento de la sección 33 de la Carta de derechos y

---

<sup>69</sup> *Ibíd.*, 179.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, 102.

<sup>71</sup> Como señala Ferreres, Portugal es una excepción a este respecto, puesto que los jueces ordinarios de este país pueden dejar de aplicar las leyes por su propia autoridad, expresando su punto de vista en sus sentencias antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto, *ibíd.* 103, n. 6.

<sup>72</sup> Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, *supra* nota 21, cap. 3.

<sup>73</sup> Así se establece en la Sección 4 de la Ley británica de derechos humanos de 1998.

libertades, por el cual pueden responder a las interpretaciones judiciales de las que discrepan, aprobando una ley ordinaria que entra en colisión con ellas.

En suma, un modelo centralizado y abstracto de revisión impide la completa ‘legalización’ de la Constitución. Por ello, creo que acierta Prieto Sanchís al afirmar que los tribunales constitucionales deberían considerarse como un “cuerpo extraño en el constitucionalismo de nuestros días”, como un “residuo” de aquella concepción (kelseniana) según la cual la Constitución no es fuente de Derecho, sino una “norma organizativa de las instituciones del Estado, separada del resto del sistema jurídico, y, por tanto, controlable sólo por órganos especiales que, en realidad, forman parte del legislativo y no del poder judicial”<sup>74</sup>. Ahora bien, desde mi punto de vista, la revisión concentrada y abstracta que predomina en Europa responde a dos rasgos definitorios de la cultura jurídica europea continental: en primer lugar, el especial peso que se le otorga en los sistemas *civil law* al valor de la certeza jurídica, que hace preferible un modelo de revisión en el que las cuestiones constitucionales se resuelven tan pronto como sea posible y de un modo que no genera futuras contradicciones<sup>75</sup>; y, en segundo lugar, el denso contenido material de las Constituciones europeas, el cual parece exigir un órgano especializado en la delicada tarea de determinar algún tipo de jerarquía entre los múltiples y tendencialmente contradictorios valores constitucionales. En todo caso, el recurso de amparo que existe en varios países europeos supone un efectivo acercamiento al “constitucionalismo de nuestros días”; en este mismo sentido, sería deseable la introducción de procedimientos que permitiesen a las instituciones políticas legislar, si así lo desean, en sentido contrario a las doctrinas constitucionales vigentes, lo cual abriría una nueva ronda de debate en la que el tribunal tendría que reconsiderar sus interpretaciones<sup>76</sup>.

## Conclusiones

En este trabajo he tratado de poner de relieve las diferencias entre dos concepciones de la proporcionalidad, la ‘optimizadora’ y la ‘restrictiva’. A partir de un breve estudio

---

<sup>74</sup> Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *supra* nota 52, 169.

<sup>75</sup> “En efecto, al establecer un tribunal constitucional al que se puede acceder tan pronto como una ley presenta problemas constitucionales, el modelo centralizado ofrece certeza jurídica de manera muy directa. Cuanto antes hable el tribunal, tanto más rápidamente se despejarán las dudas jurídicas suscitadas. Además, las sentencias del tribunal constitucional que invalidan leyes despliegan efectos generales [...] el tribunal puede eliminar la ley del sistema jurídico, si concluye que es contraria a la Constitución. La ley es ‘expulsada’ del ordenamiento. El tribunal, por ello, no entrará en contradicción en el futuro, en relación con esa concreta ley.” Ferreres, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, *supra* nota 56, 56.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 150.

comparativo, la concepción optimizadora se ha revelado como la típica de la revisión concentrada y abstracta que practican los tribunales constitucionales en el modelo europeo, mientras que la concepción restrictiva se ajusta al tipo de revisión difusa y concreta que realizan los jueces del *common law* en el modelo colaborativo. Según la tesis que he tratado de defender, el primer tipo de revisión de constitucionalidad puede producir una debilitación del sistema democrático de producción legislativa, así como una restricción innecesaria en la labor interpretativa de los jueces ordinarios; por el contrario, el segundo tipo de revisión es el más adecuado para un régimen constitucional basado en la colaboración y el diálogo deliberativo entre legisladores y jueces.