

# OPTIMIZACIÓN DE PRINCIPIOS FRENTE A LIMITACIÓN DEL GOBIERNO: DOS CONCEPCIONES DOCTRINALES DEL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD\*

## Optimizing Principles vs. Limiting State Action: Two Doctrinal Conceptions of the Proportionality Analysis in Rights-Based Judicial Review

MARIANO C. MELERO DE LA TORRE

Universidad Autónoma de Madrid

mariano.melero@uam.es

### *Cómo citar/Citation*

Melero de la Torre, M. C. (2018).

Optimización de principios frente a limitación del gobierno:

Dos concepciones del análisis de proporcionalidad.

*Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 73-102.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.03>

### **Resumen**

En este trabajo se ofrece un estudio comparativo de dos concepciones doctrinales del análisis de proporcionalidad en el control jurisdiccional sustantivo de constitucionalidad de las leyes: por un lado, la proporcionalidad «optimizadora de principios» y, por otro, la proporcionalidad «restrictiva del Estado». El estudio se centra en tres cuestiones interconectadas: la naturaleza del análisis y sus componentes, la estructura de los derechos fundamentales y el papel de los jueces en una sociedad democrática estable. La conclusión del trabajo es que la concepción «restrictiva», a diferencia de la «optimizadora», no es incompatible con la noción liberal de los derechos como inmunidades, sino al contrario, la presupone, aunque su objetivo no es la protección de un determinado contenido de moralidad política, sino el fomento de una cultura democrática de la justificación.

---

\* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación “Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos, referencia DER2015-69217-C2-1-R”.

**Palabras clave**

Proporcionalidad; argumentación jurídica; mandatos de optimización; gobierno limitado; derechos fundamentales; tribunales constitucionales.

**Abstract**

This paper offers a comparative study of two doctrinal conceptions of the proportionality analysis in rights-based judicial review: on one side, the “principle-optimizing” proportionality, and, on the other, the “state-limiting” proportionality. In particular, the current study focuses on three interconnected questions: the nature of the analysis and its components, the structure of basic rights, and the role of judges in a well-functioning democratic society. The study concludes that the “state-limiting” conception, in contrast with the “principle-optimizing” one, is not incompatible with the liberal notion of rights as immunities, but rather presupposes it, even though its aim is not to guarantee a particular substance of political morality, but to promote a democratic culture of justification.

**Keywords**

Proportionality; legal reasoning; optimization requirements; limiting state action; basic rights; constitutional courts.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD. III. LOS COMPONENTES DEL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD. IV. LA PROPORCIONALIDAD Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS. V. EL PAPEL DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de medio siglo, el análisis de proporcionalidad ha avanzado hasta convertirse en la técnica predominante en el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y decisiones públicas basado en los derechos y libertades fundamentales<sup>1</sup>. Su uso se ha extendido no solo entre los tribunales constitucionales de Europa continental y Latinoamérica, sino también entre los tribunales de justicia 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 los diferentes test que componen el análisis de proporcionalidad exigen al juez constitucional volver a realizar el proceso de toma de decisiones del legislativo o de la autoridad pública, con el fin de evaluar la legalidad constitucional de las disposiciones o medidas adoptadas.

Sin embargo, la expansión global de esta técnica no ha desembocado en una práctica homogénea en los diversos modelos de justicia constitucional. A pesar de ello, los estudios doctrinales dedicados a su reconstrucción teórica suelen plantearse como si estuviéramos ante un tipo de razonamiento que hace abstracción del marco constitucional en el que se realiza. Por otra parte, los estudios de constitucionalismo comparado en Europa y Estados Unidos se centran frecuentemente en los modelos «europeo» y «americano», lo que puede conducir a la falsa idea de que la proporcionalidad es el tipo de análisis específico que practican los tribunales constitucionales europeos (y latinoamericanos), en contraste con el *balancing* característico del Tribunal Supremo estadounidense<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre la amplia bibliografía sobre el análisis de proporcionalidad en la teoría constitucional contemporánea, cabe mencionar Jacobs (1999); Bernal Pulido (2003); Beatty (2004); Gardbaum (2007); Stone Sweet y Mathews (2008); Cohen-Eliya y Porat (2010, 2011); Barak (2012).

<sup>2</sup> Sobre el *balancing* y, en general, sobre el requisito de proporcionalidad en el contexto de los Estados Unidos, véanse Tribe (1998: 769); Mathews y Stone Sweet (2011: 140-178),

Mi propósito en este trabajo es comparar la proporcionalidad «optimizadora de principios», que autores tan sobresalientes como Robert Alexy y Julian Rivers han desarrollado como la concepción típica del llamado modelo «europeo» (y, en especial, del Tribunal Constitucional alemán)<sup>3</sup>, con la concepción de la proporcionalidad que un buen número de autores (como Aileen Kavanagh o Alison Young) identifican con el modo de proceder de los tribunales supremos de algunos países del *common law* —en concreto, el de Canadá desde la aprobación del *Charter of Rights and Freedoms* (1998), y el del Reino Unido bajo la actual *Human Rights Act* (1998)—<sup>4</sup>. Esta concepción, lejos de responder a la idea de los derechos como «mandatos de optimización», tiene su mejor representación en la metáfora de los derechos como «triumfos» (frente a los fines sociales de carácter perfeccionista) o como «escudos» (a los que se les otorga una prioridad especial frente a la persecución del interés colectivo). En este modelo de justicia constitucional, la proporcionalidad está al servicio del ideal liberal del «Gobierno limitado», dado que pretende servir de base para restringir la acción política en beneficio de los derechos individuales y de grupo. Por este motivo, en contraste con la concepción «optimizadora», me

---

y Barak (2012: 507-512). El equivalente norteamericano al análisis de proporcionalidad suele denominarse «la alternativa menos restrictiva», véase Bastress (1998) —agradezco a uno de los evaluadores anónimos esta referencia—. Con todo, el análisis de proporcionalidad es «un rasgo más sobresaliente y explícitamente adoptado» bajo las constituciones y tratados internacionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial (Kumm, 2007: 132).

<sup>3</sup> La utilización de la obra de Alexy como la más representativa del modelo «europeo» de justicia constitucional se ha convertido en un lugar común para una parte considerable de la doctrina; véanse Stone Sweet y Mathews (2008) y Cohen-Eliya y Porat (2011). No obstante, mi interés se centra en los problemas teóricos que genera la proporcionalidad «optimizadora», por lo que dejaré a un lado la cuestión de si esta forma de entender la proporcionalidad refleja o no fidedignamente la praxis constitucional existente en el contexto europeo. Agradezco a unos de los evaluadores anónimos la necesidad de añadir esta aclaración.

<sup>4</sup> Este modelo ha recibido distintos nombres («híbrido», «parlamentarista», «dialógico»), pero quizá la denominación más conocida es la de «nuevo modelo *Commonwealth*»; véase Gardbaum (2001, 2010 y 2013). El rasgo específico de este modelo es que refuerza el poder de los jueces en el control de constitucionalidad de las leyes (de ahí que quepa considerarlo «nuevo»), pero reservando la «última palabra» al Parlamento en la determinación de las cuestiones constitucionales. Este sistema también opera en Nueva Zelanda (bajo la *Bill of Rights* de 1990) y, en el nivel subnacional, en Australia (*Australian Capital Territory's Human Rights Act* de 2004 y *Victoria's Charter of Human Rights and Responsibilities Act* de 2006).

referiré a ella como la proporcionalidad «restrictiva» o «restrictiva de la acción política».

El trabajo se divide en tres partes. En primer lugar, arranca con un estudio comparativo de las dos formas de entender el requisito de proporcionalidad, argumentando que la construcción doctrinal de la proporcionalidad optimizadora se realiza desde y para los tribunales constitucionales existentes en el contexto europeo. A continuación, se discute la cuestión de si la prioridad especial de los derechos que defiende el liberalismo político es incompatible con el principio de proporcionalidad. Por último, se analiza el problema de la legitimidad del control sustantivo de constitucionalidad, argumentando a favor de un control estrictamente judicial en el que se aplica una concepción restrictiva de la proporcionalidad.

## II. EL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD

En su artículo «Proportionality and Variable Intensity of Review», Julian Rivers señala que la concepción «restrictiva» que informa «las concepciones *common law* de la proporcionalidad» supone «un conjunto de pruebas destinado a garantizar la intervención judicial en la protección de los derechos». Esta concepción se caracteriza, según Rivers, por tomar como punto de partida una cierta división de poderes según la cual los tribunales de justicia «existen para proteger a los individuos y grupos de las otras ramas del gobierno»: el marco de derechos legales que tratan de mantener los tribunales establece los límites a la 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 antiutilitarios y la política utilitarista» (Rivers, 2006: 176). Los tribunales están en un lado de la división constitucional, encargados de representar los intereses individuales de los portadores de derechos, mientras los Parlamentos y los Ejecutivos se sitúan en el otro, representando el interés colectivo.

La concepción restrictiva de la proporcionalidad presupone una división de poderes entre los órganos públicos representativos (Parlamento y Gobierno) y los órganos jurisdiccionales. Lo cual exige algún tipo de distinción entre los derechos protegidos y las políticas públicas. Ahora bien, esto no significa que dicha concepción presuponga una división sencilla o fácil de establecer entre cuestiones de principio y cuestiones de bien común (como parece sugerir Rivers con el ejemplo de los derechos como «triunfos» de Dworkin y el utilitarismo). Al contrario, significa que bajo esta concepción los jueces están

obligados a distinguir en cada caso qué tipo de consideraciones de bien común están al alcance de su competencia y legitimidad y cuáles están más allá de dicha competencia (Kavanagh, 2009: 186). La complejidad de esta distinción es precisamente lo que ha provocado la elaboración de una «doctrina de la deferencia debida» en algunos países del *common law*<sup>5</sup>.

En contraste, Rivers describe la proporcionalidad empleada en el contexto europeo continental como «un enfoque estructurado para ponderar del mejor modo posible los derechos fundamentales con otros derechos e intereses». Es decir, se trata de una concepción que no depende de ninguna división o separación específica de poderes, sino al contrario: presupone que la cuestión sustantiva (acerca de cuándo una limitación de los derechos está justificada) puede y debe formularse con independencia de la cuestión formal (sobre la responsabilidad de los tribunales en garantizar que dicha justificación se produce). Este rasgo, afirma Rivers, permite a la concepción optimizadora pensar en los derechos como «formalmente indistinguibles» de otros intereses, incluidos los bienes de interés general; ambos tipos de intereses pueden ser objeto de requerimientos de optimización. «La proporcionalidad europea trata principalmente de identificar la optimización racional del bien común, lo que incluye los derechos como intereses protegidos y otros intereses» (Rivers, 2006: 176, 180, 181).

La concepción optimizadora no depende de ninguna clase de división de poderes, por lo que no implica una distinción significativa entre los derechos y los bienes públicos. Para ver este punto con suficiente perspectiva debemos acudir a su elaboración teórica seguramente más representativa: la teoría de los derechos constitucionales de Robert Alexy. Para Alexy, los derechos son «principios» en el sentido de que son normas que requieren la mayor realización de algo dentro de lo fáctica y legalmente posible («mandatos de optimización»). En la reconstrucción teórica de Alexy, 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 la cuestión de lo fácticamente posible (es decir,

---

<sup>5</sup> Para la elaboración de esta doctrina por parte del Tribunal Supremo canadiense, véase Choudhry (2006). En el ámbito académico de Canadá, merece destacarse el trabajo de David Dyzenhaus (1997 y 2004) sobre la «deferencia como respeto». En el Reino Unido se trata de una doctrina muy controvertida, que ha sido criticada por el propio Tribunal Supremo (véase *Huang v. Secretary of State for the Home Department* [2007] 2 A.C. 167), a pesar de lo cual ha recibido una detallada articulación teórica por parte de destacados autores, entre los que cabe mencionar a Hunt (2003), Kavanagh (2009) y Young (2009).

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); el subprincipio de «proporcionalidad en sentido estricto» o ponderación se refiere a lo legalmente posible, y exige un juicio moral, puesto que requiere comparar los pesos de los principios en competencia en cada caso concreto, siguiendo 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» (Alexy, 2007: 91-92, 138).

La teoría de Alexy, elaborada como reconstrucción de la práctica de la proporcionalidad europea, se desarrolla en el nivel más alto posible de abstracción. Su propósito es presentar el conjunto de principios que definen las «restricciones inmanentes» de los derechos, según lo fáctica y legalmente posible en las circunstancias de cada caso (*ibid.*: 241). Los derechos no tienen límites con anterioridad a, o independientemente de, la aplicación del juicio de ponderación entre los derechos y los demás intereses y valores que colisionan con ellos en cada caso. En este sentido, la proporcionalidad optimizadora 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» (Rivers, 2006: 181)—. Las cuatro etapas del análisis se conciben como los distintos aspectos en que se estructura la «compleja cuestión» de la ponderación justa (*fair balance*)<sup>6</sup>.

La proporcionalidad optimizadora está pensada como «un análisis racional general para la limitación de derechos» (*ibid.*: 182), un método válido para todo agente decisor racional. Y lo que es más relevante para nuestra comparación, se trata de una concepción «institucionalmente neutral», es decir, no está pensada para ayudar a los tribunales de justicia a determinar cuál es su responsabilidad en relación con los demás poderes del Estado en la salvaguardia de la proporcionalidad. Se trata de una concepción perfectamente aplicable al proceso de toma de decisiones en el Parlamento, en el Gobierno o en la Administración: «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» (*ibid.*: 181).

---

<sup>6</sup> Según Rivers (2006: 180-181), esta «compleja cuestión» puede plantearse en los siguientes términos: «teniendo en cuenta la importancia del derecho cuya realización está siendo interferida por una determinada acción, y dada la importancia del interés público que se persigue con dicha acción, y el grado en que dicho interés es efectivamente promovido, ¿logrará la acción 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?».

La concepción restrictiva de la proporcionalidad, por el contrario, no permite desligar la cuestión sustantiva (que plantea el caso en cuestión) de la cuestión formal o institucional (que suscita el marco en el que ha de resolverse dicho caso). Dado que los derechos son, bajo esta concepción, límites en la persecución del bien común, la limitación de los derechos aparece como algo problemático que exige reconstruir el análisis de proporcionalidad de modo que se preserven los papeles propios de cada poder del Estado. En efecto, la concepción restrictiva de la proporcionalidad está pensada para unos órganos supervisores (los tribunales de justicia) que deben analizar unas decisiones cuya responsabilidad última corresponde a otros órganos (poderes políticos). 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 medida era lo suficientemente importante como para justificar la limitación de un derecho protegido. Como veremos, el primer componente del análisis de proporcionalidad en la concepción restrictiva exige un «interés suficiente» o una «necesidad urgente» como justificación de una acción colectiva infractora de derechos. Esto obedece a que la proporcionalidad restrictiva es un análisis basado específicamente en derechos entendidos como límites. Si se demuestra en sede judicial que ha habido una infracción de un derecho protegido por obra de una disposición legislativa o acto administrativo (demostración que corresponde hacer a quienes impugnan tal disposición o acto), entonces los poderes públicos 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» (Kavanagh, 2009: 237).

Por otra parte, la proporcionalidad restrictiva supone la distinción de dos tipos de límites en los derechos constitucionales: los límites «internos», que conforman su «alcance» o significado, y los límites «externos», que determinan la «extensión» de su protección o realización efectiva<sup>7</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 la concepción restrictiva, la determinación del significado de los derechos constitucionales

---

<sup>7</sup> Para un análisis de esta distinción, véase Barak (2012: 19-26).



corresponde a los tribunales; en cuanto a las limitaciones al ejercicio de los derechos, el legislativo y el Ejecutivo son los principales responsables de su determinación, para lo cual deben ofrecer una justificación adecuada de su razonabilidad, siendo tarea de los jueces analizar en su caso dicha justificación mediante la metodología de la proporcionalidad<sup>8</sup>. La primera parte del análisis de proporcionalidad está dirigido a determinar si un acto infringe el alcance de un derecho y por tanto si se ha producido una violación *prima facie* del mismo; la segunda parte consiste en determinar si esa infracción puede justificarse razonablemente o si, por el contrario, constituye una violación definitiva del derecho.

Por tanto, para la proporcionalidad restrictiva los derechos constitucionales son derechos definidos (aunque de manera muy abstracta) que establecen límites o restricciones a la toma de decisiones de legisladores y funcionarios (incluidos los jueces). Las limitaciones de los derechos constitucionales no reducen su alcance; al contrario, cualquier recorte 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 (2007: 80), los derechos constitucionales representan únicamente derechos *prima facie*, es decir, razones para la acción que pueden ser superadas por razones opuestas. 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. Bajo esta concepción, por tanto, es el propio análisis de proporcionalidad el que define en cada caso concreto el alcance o contenido de los derechos.

La proporcionalidad optimizadora no desconoce, por supuesto, las consideraciones institucionales, y los autores que la defienden reconocen la necesidad de una doctrina de la deferencia debida. Según Rivers, en la concepción optimizadora «los tribunales constitucionales no están encargados de asegurar la racionalidad de toda la acción del Estado; su responsabilidad jurídica se estructura también por medio de principios formales» (Rivers, 2007: 169). Alexy introduce este tipo de consideraciones en el «Epílogo» de su *Teoría de los derechos constitucionales* (añadido especialmente para la traducción inglesa

---

<sup>8</sup> Como señala Barak (2012: 23), «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 del lugar. En realidad, la extensión de la protección del derecho solo 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».

realizada por el propio Rivers). Allí el autor desarrolla las dos principales dimensiones en las que la proporcionalidad optimizadora deja un margen de discrecionalidad a las instituciones políticas. 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. Alexy denomina a esta dimensión de la proporcionalidad como «el margen de acción estructural del legislador». 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 supervisores a respetar el «margen de acción epistémico o cognitivo» del legislador en relación a las premisas empíricas o normativas que sustentan la infracción. A este respecto, 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 (Alexy, 2007: 520 y ss., 552).

Sin embargo, la concepción de Alexy tiende a minimizar la importancia de los principios formales. Como apunta Rivers, la segunda ley de la ponderación parece implícita en la primera (es decir, en la idea de que los principios son requerimientos de optimización) y, por tanto, no parece necesario ningún principio formal para ser tenida en cuenta. Dado que el conocimiento de los tribunales es limitado, será inevitable que consideren que una limitación grave de los derechos no puede ser compensada por un intento arriesgado de alcanzar un bien público, y, que, a la inversa, una limitación moderada de los derechos sí puede ser compensada por la probabilidad de un beneficio importante en términos de bien común. 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 estos 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 (Rivers, 2006: 186, 183).

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

europes, especialmente el alemán. Estos tribunales disfrutaban 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, el Ejecutivo y los jueces a propósito de los conflictos entre los valores constitucionales.

En la proporcionalidad restrictiva, en cambio, el control de constitucionalidad (basado en los derechos y libertades) se lleva a cabo por jueces, lo cual significa que el análisis o supervisión de las normas impugnadas no puede desligarse de la doctrina sobre la autorrestricción judicial (o la doctrina de la «deferencia debida»). Según esta concepción, los tribunales supervisores no deben hacer su propio juicio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada como si ocuparan el lugar del agente decisor principal. Aunque en muchas ocasiones han de decidir por sí mismos si la disposición legislativa o la decisión pública resulta compatible 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 (Kavanagh, 2009: 239-240). Esta es la idea principal de la doctrina de la «deferencia debida» a la que ya nos hemos referido, desarrollada de manera no sistemática por el Tribunal Supremo de Canadá y por parte de la doctrina canadiense y británica<sup>9</sup>.

Por otro lado, la deferencia es una cuestión de grado. Los factores formales que influyen en la decisión del tribunal determinan la mayor o menor intensidad con la que debe aplicarse el test de proporcionalidad. En ningún caso estos factores pueden forzar al tribunal a deferir automática o sumisamente al criterio de las instituciones políticas, puesto que algo así equivaldría a abdicar de su papel en el control de constitucionalidad. La deferencia de los tribunales supervisores es algo que los agentes decisores principales deben «ganarse», probando su superior competencia, capacidad o legitimidad como factores relevantes para reclamar el respeto de la judicatura (Dyzenhaus, 1997: 286; Kavanagh, 2009: 181-182).

---

<sup>9</sup> Véase *supra*, nota 5.

### III. LOS COMPONENTES DEL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD

Una vez que hemos visto en términos generales las diferencias entre las dos concepciones del análisis de proporcionalidad, podemos pasar a discutir brevemente cómo se traducen esas diferencias en la descripción de sus componentes estructurales.

Respecto al primer componente del análisis (la legitimidad del objetivo), ya hemos señalado su importancia para la proporcionalidad restrictiva. Según esta concepción, es responsabilidad de los tribunales supervisores 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 los jueces estiman que un objetivo legislativo es suficientemente importante, entonces considerarán «justificada cualquier acción del Estado racionalmente conectada con dicho objetivo y necesaria para conseguirlo». Promover objetivos públicos legítimos e importantes es la responsabilidad de legislaturas y Ejecutivos. Todo lo que los tribunales hacen es mantener una vigilancia (o supervisión) basada en la eficiencia para asegurar que no hay unos costes innecesarios en términos de derechos, es decir, que «no se utilizan mazos para romper nueces, o mejor, que solo se utilizan mazos cuando se comprueba que los cascanueces no sirven». 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» (Rivers, 2006: 180, 188). La especificidad con que se defina el objetivo determinará el resultado de las otras etapas de la proporcionalidad.

Sin embargo, a pesar de la mayor o menor predeterminación del resultado, la proporcionalidad restrictiva exige al tribunal hacer al inicio del análisis una valoración explícita y motivada del interés público o el derecho que aparece implicado en el caso que ha de resolver. En la proporcionalidad optimizadora, por el contrario, dicha valoración solo se hace explícita en el juicio de ponderación que se realiza al final de la evaluación (es decir, en la decisión que adopta el juez sobre si los beneficios en términos de interés público compensan o no los perjuicios en la protección de los derechos). Para la proporcionalidad optimizadora, la primera etapa no pasa de ser una fase meramente preliminar. Como señala Dieter Grimm, el Tribunal Constitucional alemán solo 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» (Grimm, 2007: 388). 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 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 análisis (la proporcionalidad en sentido estricto), donde el Tribunal pregunta si se ha realizado una ponderación justa entre los intereses en conflicto.

En el segundo componente (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>10</sup>. En la concepción optimizadora, sin embargo, el tribunal se conforma con preguntar si la medida adoptada es capaz de alcanzar su fin. 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 solo cuando es total, es decir, cuando la medida adoptada es incapaz de lograr el objetivo marcado. La suprainclusividad, en cambio, supone un problema para ambas concepciones, pues implica que la medida no contribuye al fin legítimo previsto. La única diferencia, según este autor, vuelve a ser la mayor simplicidad de la concepción optimizadora. Apremiar la posible infrainclusividad o escasa eficacia de una medida implica suponer la existencia de otras formas de conseguir mejor el fin propuesto, lo cual exige tener en cuenta, implícitamente, los costes y beneficios de la medida en cuestión; la concepción optimizadora, en cambio, solo trata de establecer en esta segunda etapa «un umbral de plausibilidad factual y normativa» que prepare el terreno para el ulterior juicio de ponderación (Rivers, 2006: 189).

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) significa la práctica 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

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, los casos de discriminación por razón de orientación sexual en la jurisprudencia canadiense, véase *Egan v. Canada* [1995] 2 SCR 513; *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493, y *M. v. H.* [1999] 2 RCS 3. En el Reino Unido, respecto a la detención indefinida de los sospechosos de terrorismo, véase *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56. En todos estos casos, los jueces tomaron su decisión a partir del segundo componente de la proporcionalidad, afirmando la «infrainclusividad» de las medidas legislativas o ejecutivas.

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 (Kavanagh, 2009: 235-236). De este modo, las dos últimas etapas se solapan en un solo test de necesidad por el que los tribunales revisores tratan de garantizar que la infracción sea 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 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 el primer componente incluye un juicio muy general de ponderación, 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». Esta forma de operar supone, según Rivers, no solo una mayor claridad conceptual, sino también una mayor protección de los derechos. La concepción restrictiva, en cambio, 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 (Rivers, 2006: 190).

A mi juicio, por el contrario, se trata de dos concepciones que responden a sendas visiones de la justicia constitucional. Para la concepción optimizadora, lo importante no es determinar si las razones aportadas por el agente decisor principal justifican la medida elegida como una decisión no desproporcionada, sino si dicha decisión es objetivamente proporcionada o no<sup>11</sup>. La proporcionalidad optimizadora está diseñada para encontrar la mejor solución posible a un con-

---

<sup>11</sup> El objetivo de la proporcionalidad optimizadora es, pues, «alcanzar la objetividad en la mayor medida posible [...] obtener el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios»; Bernal Pulido (2006: 57).

flicto de deberes o una colisión de principios. 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 razonable en una sociedad democrática, es decir, si dicho agente tuvo en cuenta de forma apropiada los diferentes intereses y consideraciones en conflicto. 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 obliga al juez a centrar su atención en las razones que ha podido aportar el responsable principal de la decisión. Bajo este enfoque, el control de constitucionalidad no trata de averiguar si la limitación del derecho se basa en la mejor ponderación de costes y beneficios, sino únicamente si fue «razonable» o está «probablemente justificada» (Kavanagh, 2009: 240, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo británico).

Es más, dado que la proporcionalidad presupone una valoración o estimación de los derechos y bienes públicos que están en juego por parte del tribunal supervisor, es importante que este haga explícitas y motive adecuadamente sus valoraciones. En mi opinión, no hay ninguna proporcionalidad «objetiva» o «neutral» entre principios. En cada caso, los jueces evalúan lo razonable de la medida adoptada a partir de su estimación del interés público o derecho fundamental que dicha medida trata de promover. Si, por ejemplo, los jueces tuvieran que analizar la compatibilidad con los derechos de una ley que permitiera, bajo estrictas condiciones, la práctica de la eutanasia para enfermos terminales, la decisión dependería de la valoración inicial que los jueces hicieran del derecho a la vida como bien intrínseco frente al valor del derecho a la autodeterminación, puesto que dicha valoración inicial determinaría el resultado de su ponderación de costes y beneficios (García Amado, 2010: 395).

#### IV. LA PROPORCIONALIDAD Y LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS

Desde una perspectiva conceptual, el estudio comparativo de las dos secciones anteriores nos muestra que el contenido y la estructura del requisito de proporcionalidad dependen de cómo se conciben la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales. Así, la proporcionalidad optimizadora de principios (entendida como ponderación) es un requisito necesaria o lógicamente conectado con la definición de los derechos como mandatos de optimización. A diferencia de las reglas (que ocupan puntos fijos en el ámbito de lo fáctica y legalmente posible), los principios son normas que exigen ponderación para poder ser aplicadas (Möller, 2007: 463).

Ahora bien, esta forma de entender la proporcionalidad es incapaz de capturar adecuadamente las restricciones deontológicas (o anticonsecuencialistas)

que establecen los derechos a la persecución del bienestar colectivo (Kumm, 2007: 153-164). Dichas restricciones suponen uno de los compromisos básicos del liberalismo político. Immanuel Kant las resumió en la segunda formulación de su imperativo categórico, que ordena usar a los seres humanos «siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (Kant, 1983: 84). En un sentido similar, los derechos y libertades básicas del primer principio de justicia de John Rawls tienen una «prioridad lexicográfica» respecto a los fines de interés general, de modo que no es posible compensar una infracción de las «iguales libertades básicas» con un aumento en la prosperidad y bienestar económico de la sociedad (Rawls, 1971: 302-303).

Pues bien, la prioridad de los derechos del liberalismo político encuentra su reflejo en la proporcionalidad restrictiva, es decir, en un análisis centrado en la cuestión de la «necesidad» de la medida impugnada. Bajo este enfoque, lo que buscan los test de proporcionalidad no es averiguar si se alcanza un determinado ideal (la realización óptima de los valores constitucionales); lo que tratan de determinar es si la medida supone una «desproporcionalidad» inaceptable, una limitación injustificable de los derechos en las circunstancias del caso. En este sentido, la operación que realizan los jueces se enuncia mejor de forma negativa, como un análisis de desproporcionalidad, donde el tribunal supervisor trata de controlar los excesos del legislativo y del Gobierno (Kavanagh, 2009: 241).

Además, la proporcionalidad restrictiva exige que las razones de interés general tengan una clase especial de «peso» o «fuerza» para poder servir de justificación apropiada de una interferencia en el ejercicio de los derechos (Schauer, 1993: 415). Enfrentados a los bienes colectivos de interés general, los derechos no son «triumfos» en el sentido de derechos absolutos<sup>12</sup>, pero tampoco son «principios» que deban ser ponderados junto a otros bienes sustantivos sin apreciar ninguna prioridad especial hacia ellos —en este sentido, cabe hablar de una concepción antiolecionista de los derechos (Kumm, 2007: 148-151)—. En este nivel intermedio, que es el que adopta la proporcionalidad restrictiva, solo las razones que tienen un peso o fuerza especial son capaces de justificar la limitación de un derecho básico (derechos como «escudos»). Por tanto, esta concepción de la proporcionalidad presupone la existencia de

---

<sup>12</sup> Esta concepción de los derechos como «límites absolutos» se suele atribuir a Dworkin. Sin embargo, aunque existe alguna base textual para dicha atribución (Kumm, 2007: 147, n. 38), creo que, en general, la obra de Dworkin ofrece una idea de la democracia constitucional donde el contenido de los derechos fundamentales está siempre en discusión, siendo así que un régimen de derechos llega a caracterizarse como un «foro de principios» o un «teatro de debate»; en este mismo sentido, véase Waldron (2004).



derechos más o menos bien establecidos, es decir, derechos cuya definición y peso relativo vienen respaldados por un consenso o cultura común de la sociedad (Young, 2014: 65). Los derechos tienen en esta concepción una prioridad socialmente reconocida respecto a otros bienes sustantivos, lo cual hace que la ponderación en sentido estricto quede solapada dentro del test de necesidad.

Por otra parte, la proporcionalidad restrictiva responde a la concepción antiperfeccionista de los derechos individuales (y de grupo) que es propia del liberalismo político (Young, 2009 y 2014). Según esta tradición de pensamiento, las razones para limitar los derechos individuales están, a su vez, limitadas. Básicamente, se prohíbe la imposición al individuo de una determinada concepción de la vida buena a través de los instrumentos coercitivos del derecho. En este sentido, los derechos fundamentales se conciben como razones de segundo orden que excluyen determinadas razones (las relativas a la promoción de un determinado ideal perfeccionista) como razones válidas para evaluar la proporcionalidad de una medida. Los derechos son «triumfos» frente a la persecución social de un determinado ideal de vida; o, dicho en términos de Rawls, los requerimientos de la justicia política («lo correcto») tienen prioridad sobre las diversas ideas acerca de la felicidad y el florecimiento humano («lo bueno») (Rawls, 1971: 31).

Ahora bien, cuando se trata de justificar la limitación de un derecho fundamental invocando el ejercicio de otro (como en el ejemplo de la libertad de expresión frente al derecho a la privacidad), parece que la ponderación es inevitable. Sin embargo, esta operación no implica necesariamente optimizar principios. Como puso de relieve H. L. A. Hart en su crítica a Rawls, nuestro interés por las libertades básicas no procede de un interés fundamental por la libertad misma, como si consideráramos importante tener la mayor extensión o cantidad posible de libertad. Por el contrario, lo que valoramos son las actividades y tipos de conducta que dichas libertades nos permiten realizar. Por lo tanto, el diseño del sistema de las libertades básicas, y la resolución de los posibles conflictos entre ellas, requiere invocar algún criterio cualitativo que sirva para estimar unas libertades frente a otras, según el valor que otorguemos a las conductas que cada una hace posible, y no meramente apelar a la extensión o cantidad de libertad que son capaces de aportar cada una de ellas (Hart, 1989: 239-241)<sup>13</sup>.

Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el juez aprecia en el caso a decidir la existencia de un interés fundamental que no pasa de ser un «derecho moral»

---

<sup>13</sup> Rawls modificó su primer principio de justicia a partir de la crítica de Hart, suprimiendo de su primer principio de justicia «el más extenso sistema total de libertades básicas iguales» (Rawls, 1971: 302), y sustituyéndolo por «un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales» (Rawls, 1993: 291).

sobre el que todavía no existe una definición de su alcance y peso relativo con respecto a otros derechos e intereses? Parece evidente que, en tales casos, el juez no tendrá más remedio que realizar la ponderación de los intereses en conflicto, que es para lo que está diseñada precisamente la proporcionalidad optimizadora (Young, 2014: 59-64). Ahora bien, este tipo de casos se dará muy raramente, puesto que los derechos fundamentales no suelen aparecer aislados o sin conexión con otros derechos o valores previamente reconocidos<sup>14</sup>; al contrario, la naturaleza «abierta» de los derechos fundamentales implica su interdependencia, de manera que es razonable esperar que cualquier derecho «nuevo» aparezca ligado a otros derechos y principios con una definición respaldada por un previo consenso o cultura común. Así, por ejemplo, un derecho reciente como el del matrimonio del mismo sexo, a pesar de su inexistencia previa como derecho legal judicialmente garantizado, pudo ser «descubierto» por el Tribunal Supremo de Canadá a partir del principio de no discriminación y de la libertad de elección, de manera que ciertas medidas legislativas relativas al matrimonio pudieron ser declaradas inconstitucionales sin necesidad de realizar una ponderación estricta de los intereses en juego<sup>15</sup>.

Los derechos fundamentales, tal y como se entienden en la tradición del liberalismo político, «no son cuestiones morales abiertas» (Fredman, 2015: 452). Igual que los contenidos de los tratados internacionales de derechos humanos, los derechos fundamentales de las constituciones se basan en un consenso fraguado en el tiempo, que recibe una aceptación universal, acerca del trato que los individuos y grupos están legitimados a reclamar de su sociedad política. Los derechos y libertades básicas representan un «terreno compartido de deliberación pública» (Cohen, 2004: 195) acerca de cómo debe actuar una sociedad política aceptable respecto a sus miembros individuales.

## V. EL PAPEL DE LOS JUECES EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En este trabajo he asociado, siguiendo la reconstrucción de Alexy, la proporcionalidad «optimizadora» con el tipo de análisis propio del modelo europeo de posguerra, es decir, el tipo de control centralizado de raíz

---

<sup>14</sup> Para una exposición detallada de la conexión entre los diferentes derechos fundamentales, véase Nino (1997: cap. 3 y 192-193) y Nino (2007: cap. 6). En este sentido, Nino afirma que los derechos sociales son una «extensión natural» de los derechos individuales «clásicos», en el sentido de que los derechos individuales «de primera generación» pueden ser violados por omisiones tanto como por acciones positivas.

<sup>15</sup> Véase *supra.*, nota 10.

kelseniana especializado en la jurisdicción constitucional. Al mismo tiempo, he tratado de plantear la proporcionalidad «restrictiva» como el control sustantivo de constitucionalidad característico del poder judicial, es decir, un control descentralizado y ligado al mantenimiento del *rule of law*. En esta última parte quisiera reflexionar acerca de ambos modelos a la luz de la doble exigencia de una democracia constitucional (respetar la toma democrática de decisiones y garantizar un sistema de derechos fundamentales). Para ello, comenzaré por discutir la necesidad y la deseabilidad del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. En este sentido, creo que el mejor argumento es el que pone de relieve el papel de los jueces en el fomento de una cultura de la justificación —es decir, como último recurso para exigir a los poderes políticos la explicación de sus normas y decisiones en términos de «razones públicas». Mi tesis es que, si este es el motivo mejor fundado para desear la interferencia de los jueces en el proceso político, el mejor diseño constitucional será aquel que acierte a promover la protección de los derechos y libertades como un proyecto común (donde se presupone y fomenta el papel cooperativo de los tres poderes del Estado). En este sentido, argumentaré que un control descentralizado de constitucionalidad, garantizado por los jueces como una extensión del *rule of law*, es mejor que un control centralizado y especializado en una jurisdicción relativamente separada del resto del sistema jurídico.

Desde una perspectiva crítica, 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 (o de una declaración de derechos y libertades básicas) como norma suprema. El control judicial es una garantía (deseable o no) de la supremacía constitucional, pero «no su presupuesto ni su consecuencia lógica» (Nino, 1997: 270; Bayón, 2004: 136). 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 sociedad, «aunque el ordenamiento niegue a los jueces cualquier posibilidad de control y les obligue a aplicarlas» (Bayón, 2004: 137).

Sin embargo, a mi modo de ver, este planteamiento no tiene en cuenta la necesidad «práctica» de un poder jurisdiccional independiente que sirva de garantía última del compromiso colectivo con los derechos fundamentales. Si es el propio legislador 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 genuino) la intervención de un tercero independiente que juzgue su cumplimiento efectivo (Postema, 2010a: 277; Postema, 2010b: 1857). De ahí que no nos pueda sorprender que la superioridad de la Constitución en un ordenamiento jurídico se traduzca, en la práctica, en un elevado nivel de respeto hacia la opinión de los jueces por parte de los legisladores y del público en general.

Luis Prieto Sanchís ha señalado, en mi opinión con acierto, que el control difuso y concreto 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». Sin garantía jurisdiccional efectiva —y sin control judicial de justificación— no hay Constitución verdaderamente suprema, sino «simplemente un documento político» (Prieto Sanchís, 2003: 139, 156). En este sentido, cabe considerar el control jurisdiccional de constitucionalidad como la garantía última de la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista normativo, sin embargo, no basta con que afirmemos el carácter indispensable de la intervención judicial en el proceso político. Después de todo, aunque en un sistema jurídico presidido por una Constitución con declaración de derechos no nos quede más remedio que aceptar dicha intervención, puede que haya buenas razones para querer reducirla a su expresión mínima. En definitiva, para defender la deseabilidad del control judicial sustantivo (basado en derechos) de las leyes, necesitamos un argumento que vaya más allá de la constatación del carácter jurídico de la norma constitucional. A este respecto, creo que el principal argumento a favor de la interferencia judicial es que se trata de una institución que fomenta la «cultura de la justificación». En esta clase de cultura jurídica y política, todos los poderes públicos tienen el deber de explicar sus decisiones sobre la base de «razones públicas que puedan ser aceptadas sin coerción por los miembros de una comunidad política de iguales» (Ferrerres, 1997: 269), 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. Un diseño institucional basado en el control y diálogo recíprocos es el que mejor garantiza una democracia con un alto grado de deliberación pública (*ibid.*: 182).

Ahora bien, aunque ambos modelos tratan de fomentar una cultura de la justificación, creo que la que promueve el modelo centralizado no se corresponde con el ideal de una sociedad democrática consolidada<sup>16</sup>. Es cierto 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 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 (Ferreres, 2011: 119 y ss.). 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 contextos de transición democrática, en los que 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>17</sup>.

Pero este modelo de justicia constitucional puede debilitar la toma de decisiones mayoritaria. El control 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. Este es precisamente el punto que señaló Jürgen Habermas en su crítica a Alexy y a lo que en Alemania se denomina la «jurisprudencia de los valores» (Habermas, 1998: 327 y ss.). A mi juicio, la propia configuración institucional de los tribunales constitucionales como órganos cuasilegislativos facilita la adopción del punto de vista objetivo

<sup>16</sup> Véase Ahumada (2005: 209-224), quien califica el modelo europeo como la «constitucionalización de la democracia».

<sup>17</sup> Véase García Jaramillo (2015), donde el autor defiende el papel del Tribunal Constitucional de Colombia en la promoción de los derechos humanos y del ideal deliberativo en dicho país.

o institucionalmente neutral que presupone la proporcionalidad optimizadora en el ejercicio del control de constitucionalidad. Una perspectiva que bien podría asociarse a la de un genuino legislador constitucional encargado de especificar con autoridad suprema el alcance y articulación de los derechos constitucionales, con el consiguiente riesgo de paternalismo y, en el peor de los casos, de autoritarismo. A mi modo de ver, en un sistema democrático consolidado, el desarrollo y realización de los derechos debe corresponder a los poderes electos en la persecución de sus políticas. El problema que plantea un modelo centralizado es el que puso de relieve Nino (1997: 192-193) a propósito de los prerequisites del valor epistémico de la democracia: 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 mayoritarias, es decir, menor será el número de cosas que puedan decidirse mediante la deliberación legislativa ordinaria. 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» (Habermas, 1998: 335).

La proporcionalidad optimizadora de Alexy se elabora en el contexto de las constituciones principialistas del nuevo modelo europeo de posguerra, que aspiran a ser no solo el «marco legal» de la protección de los derechos, sino también el «orden fundamental», las normas básicas para la construcción social (Alexy, 2007: 519-520). Esta segunda función implica la incorporación al texto constitucional de principios materiales de naturaleza socioeconómica, con la consiguiente intrusión de los jueces constitucionales en el ámbito del poder legislativo. En orden a justificar dicha intrusión, Alexy distingue entre una concepción «cuantitativa» y otra «cualitativa» de la Constitución como «orden fundamental». 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 solo 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 supervisor debe reconocer una «discrecionalidad epistémica» al legislador en condiciones de incertidumbre sobre las premisas empíricas o normativas que sustentan la infracción de los derechos.

A mi juicio, sin embargo, si tomamos en serio ambos márgenes de discrecionalidad, no cabe concebir el orden constitucional más allá de un orden «marco». Si además de servir de esquema de protección de los derechos y

libertades (garantizado por los órganos jurisdiccionales), la Constitución ha de decidir con algún grado de detalle las cuestiones fundamentales de la vida social (es decir, especificando los trazos fundamentales del «cuadro»), entonces se abre necesariamente un espacio institucional para un tribunal (o autoridad) relativamente independiente del resto de los poderes del Estado, encargado específicamente de decidir tales cuestiones. Y, así, cuanto mayor sea el ámbito de decisión de la autoridad constitucional, menor será el que le quede al legislador ordinario.

Que este problema no es solo una posibilidad teórica puede comprobarse a partir de las conclusiones de Martin Shapiro y Alec Stone Sweet en su estudio comparativo del modelo europeo y el modelo estadounidense. 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 solo 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. El supuesto auditorio de los jueces constitucionales europeos es, en muchos casos, el legislativo y el ejecutivo, los cuales están directamente interesados en mejorar la legislación en caso de que los jueces la encuentren defectuosa. En este tipo de interacción, los tribunales constitucionales europeos ofrecen con frecuencia instrucciones directas y específicas sobre cómo volver a redactar una ley inconstitucional para salvar su constitucionalidad. 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» (Shapiro y Stone Sweet, 1994: 404)<sup>18</sup>. Es la propia configuración institucional

---

<sup>18</sup> Alec Stone Sweet (2000: 73-74) apunta en otro estudio posterior algunos ejemplos: 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

de estos tribunales lo que los capacita y empuja a operar como genuinos legisladores constitucionales.

Por otra parte, un modelo centralizado no solo recorta la libertad de los poderes electos, sino que impide a la judicatura cumplir la función que corresponde plenamente a sus rasgos institucionales. En términos de Genaro R. Carrió (1991: 157), 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». 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 interpretación judicial, sobre todo si lo comparamos con el papel cuasi mecánico que debían cumplir los jueces en el Estado liberal europeo del siglo XIX y principios del XX. En el nuevo modelo europeo, los jueces «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» (Ferrerres, 2011: 172). No obstante, un modelo centralizado de supervisión exige necesariamente eliminar de la interpretación judicial cualquier juicio acerca de la validez de las leyes bajo la Constitución, impidiendo así un control jurisdiccional en sentido estricto.

Para otorgar una cierta autonomía a la doctrina constitucional, el modelo centralizado impide a los jueces determinar por sí mismos qué lecturas de las leyes cuentan como «interpretaciones» y cuáles pueden considerarse «correcciones» o «modificaciones». 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, solo el Tribunal Constitucional está autorizado para realizar esta clase de operaciones. Del mismo modo, cuando un juez se enfrenta a un caso en el que se plantea un problema constitucional «nuevo» (sobre el que el Tribunal Constitucional no ha tenido todavía oportunidad de pronunciarse), el juez debe auto-restringirse. 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,

---

legislación revisada a través del recurso de inconstitucionalidad ha sido (al menos parcialmente) anulada.



«empujar la ley» más allá de su sentido literal con el fin de dar protección a los derechos (*ibid.*: 172, 179).

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 (*ibid.*: 102), 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». 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, en cambio, los jueces solo pueden poner en marcha y, en cierta medida, preparar la deliberación del Tribunal Constitucional a través de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>19</sup>.

En el «nuevo modelo *commonwealth*» existente en Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda, los jueces no tienen la última palabra sobre la interpretación de los derechos protegidos, pero sí la autoridad para juzgar la posible incompatibilidad de las leyes y decisiones gubernamentales con tales derechos. En el Reino Unido y Nueva Zelanda, los tribunales pueden llegar, en algunas ocasiones, a modificar o alterar la disposición legal impugnada con objeto de resolver el caso (Kavanagh, 2009: 54-79; Rishworth, 2004). En el Reino Unido, además, pueden hacer una «declaración de incompatibilidad» cuando a su juicio no existe ninguna interpretación de la medida impugnada consistente con los derechos protegidos, aunque esto no afecte a la vigencia y aplicación de las normas así declaradas (sección 4 de la *Human Rights Act* británica). En el derecho canadiense, la judicatura sí puede declarar sin efecto (*inoperative*) o corregir, hasta donde sea posible, una disposición inconstitucional, si bien los Parlamentos federal y provinciales cuentan con un procedimiento que les permite aprobar legislación ordinaria a pesar de haber sido calificada judicialmente como una infracción injustificable de los derechos<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Portugal es una excepción a este respecto, puesto que los jueces 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; véase Ferreres (2011: 103, n. 6).

<sup>20</sup> La sección 33 de la Carta canadiense, de la que quedan excluidos los derechos «democráticos», los «de movilidad» y los «lingüísticos», que solo pueden ser limitados a través de la sección 1. Además, las cláusulas *non obstante* dejan de tener vigencia a los cinco años, aunque pueden volver a ser promulgadas indefinidamente.

En suma, por decirlo enfáticamente, un modelo centralizado de control constitucional impide la completa «legalización» de la Constitución. Mantiene la apariencia de un orden jurídico cuyas normas pueden aplicarse con criterios exclusiva o mayormente «técnicos» o no valorativos. Por ello, creo que acierta Prieto 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 solo por órganos especiales que, en realidad, forman parte del legislativo y no del poder judicial» (Prieto Sanchís, 2003: 169). Sin embargo, desde mi punto de vista, el control concentrado que predomina en los países europeos es algo más que un «residuo» del pasado; responde a dos rasgos definitorios de la cultura jurídica europea continental (lo que seguramente provoca una considerable resistencia al cambio). 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 supervisión en el que las cuestiones constitucionales se resuelven tan pronto como sea posible y de un modo que no genera futuras contradicciones; y, en segundo lugar, el denso contenido material que caracteriza las constituciones europeas, que exige un órgano especializado en la resolución de conflictos entre los múltiples y a veces 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.

## VI. CONCLUSIONES

El análisis jurídico de proporcionalidad se suele estudiar en abstracto, como una técnica para la resolución de casos constitucionales difíciles, sin tener en cuenta la función que cumple el tribunal supervisor en el marco constitucional. En este trabajo he tratado mostrar las diferencias entre la proporcionalidad «optimizadora» de Alexy (elaborada con el propósito declarado de reconstruir teóricamente la forma de razonar del Tribunal Constitucional alemán), y la proporcionalidad tal y como se entiende y aplica en contextos jurisdiccionales donde dicho control se realiza por el poder judicial como parte del mantenimiento del *rule of law*. Este tipo de control propiamente judicial es al que he tratado de presentar vinculado a una proporcionalidad

«restrictiva». Para ello, he indagado en primer lugar en los componentes del análisis de proporcionalidad, indicando dónde pone el foco de la supervisión cada uno de los dos tipos de proporcionalidad (en el juicio de ponderación o en el requisito de necesidad, respectivamente). A continuación, en un plano más conceptual, he defendido que la proporcionalidad optimizadora de principios resulta incompatible con la concepción de los derechos del liberalismo político (es decir, con la tesis liberal de la prioridad especial de los derechos), que es precisamente la concepción que está a la base de la proporcionalidad restrictiva de la acción política. Por último, bajo una fundamentación del control de constitucionalidad que invoca el papel de los jueces en el fomento de una cultura de la justificación, he argumentado que la proporcionalidad restrictiva es la más apropiada para una sociedad democrática consolidada, puesto que está pensada para promover la colaboración de legisladores y jueces en la determinación de los derechos fundamentales.

### Bibliografía

- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Cizur Menor: Civitas.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. C. Bernal Pulido). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barak, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (trad. D. Kalir). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bastress, R. (1998). El principio de «la alternativa menos restrictiva» en Derecho constitucional norteamericano (trad. A. Estella de Noriega). *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 239-254.
- Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón Carrillo, F. J. Laporta San Miguel, L. Prieto Sanchís y J. R. de Páramo Argüelles (eds.). *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beatty, D. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77, 51-75.
- Carrió, G. R. (1991). Una defensa condicionada de la *Judicial Review* (sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina). En C. S. Nino *et al.* *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (pp. 139-170). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Choudhry, S. (2006). So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1. *Supreme Court Law Review*, 34, 501-535.

- Cohen, J. (2004). Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For? *Journal of Political Philosophy*, 12 (2), 190-213.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2010). American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8 (2), 263-286.
- (2011). Proportionality and the Culture of Justification. *The American Journal of Comparative Law*, 59, 463-490.
- Dyzenhaus, D. (1997). The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy. En M. Taggart (ed.). *The Province of Administrative Law* (pp. 279-307). Oxford: Hart Publishing.
- (2014). Proportionality and Deference in a Culture of Justification. En G. Huscroft, B. W. Miller y G. Webber (eds.). *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning* (pp. 234-258). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferreres, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Fredman, S. (2015). From Dialogue to Deliberation: Human Rights Adjudication and Prisoners' Rights to Vote. En M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.). *Parliament and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit* (pp. 447-468). Oxford: Hart Publishing.
- García Amado, J. A. (2010). Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas: acotaciones a Dworkin y Alexy. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.). *El canon constitucional* (pp. 388-400). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Jaramillo, L. (2015). *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gardbaum, S. (2001). The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *The American Journal of Comparative Law*, 49, 707-760.
- (2007). Limiting Constitutional Rights. *UCLA Law Review*, 54, 789-854.
- (2010). Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, 8, 167-206.
- (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Grimm, D. (2007). Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, 57, 383-397.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (trad. M. Jiménez Redondo). Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (1989). Rawls on Liberty and its Priority. En N. Daniels (ed.). *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice* (pp. 230-252). Palo Alto: Stanford University Press.
- Hunt, M. (2003). Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference". En N. Bamforth y P. Leyland (eds.). *Public Law in a Multi-layered Constitution* (pp. 337-370). Oxford: Hart Publishing.

- Jacobs, F. G. (1999). Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law. En E. Ellis (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (pp. 1-22). Oxford: Hart Publishing.
- Kant, I. (1983). *La fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. M. García Morente). Madrid: Espasa-Calpe.
- Kavanagh, A. (2009). *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kumm, M. (2007). Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. En G. Pavlakos (ed.). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 131-166). Oxford: Hart Publishing.
- Mathews, J. y Stone Sweet, A. (2011). All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing. *Emory Law Journal*, 60, 797-875.
- Möller, K. (2007). Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 5, 453-468.
- Mureinik, E. (1994). A Bridge to Where?: Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, 10, 31-48.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de una democracia deliberativa* (trad. R. Saba). Barcelona: Gedisa.
- (2007). *Ética y derechos humanos. Un intento de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.
- Postema, G. (2010a). Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism. En P. Cane (ed.). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (pp. 259-279). Oxford: Hart Publishing.
- (2010b). Law's Ethos: Reflections on a Public Practice of Illegality. *Boston University Law Review*, 90, 1847-1868.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Rishworth, P. (2004). The Inevitability of Judicial Review under “Interpretative” Bill of Rights: Canada’s Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism? En G. Huscroft y I. Brodie (eds.). *Constitutionalism in the Charter Era* (pp. 234-267). Toronto: LexisNexis.
- Rivers, J. (2006). Proportionality and Variable Intensity of Review. *Cambridge Law Journal*, 65, 174-207.
- (2007). Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. En G. Pavlakos (ed.). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 167-188). Oxford: Hart Publishing.
- Schauer, F. (1993). A Comment on the Structure of Rights. *Georgia Law Review*, 27, 415-434.
- Shapiro, M. y Stone Sweet, A. (1994). The New Constitutional Politics of Europe. *Comparative Political Studies*, 26 (4), 397-420.
- Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- y Mathews, J. (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 72-164.
- Tribe, L. (1998). *American Constitutional Law* (2.<sup>a</sup> ed.). New York: Foundation Press.

- Waldron, J. (2004). The Rule of Law as a Theater of Debate. En J. Burley (ed.). *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin* (pp. 319-336). Oxford: Blackwell Publishing.
- Young, A. L. (2009). In Defence of Due Deference. *Modern Law Review*, 72 (4), 554-570.
- (2014). Proportionality is Dead. Long Live to Proportionality! En G. Huscroft, B. W. Miller y G. Webber (eds.). *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification and Reasoning* (pp. 43-66). Cambridge: Cambridge University Press.