

CARBONELL, Miguel (coord.) (2010). *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, Santiago: Librotecnia, 412 pp.

En el último tiempo el campo del Derecho Público ha sido pródigo al ver nacer una serie de obras que tienen por objetivo el desarrollo de distintos tópicos, tales como democracia constitucional, derechos sociales y Estado Constitucional de Derecho, entre otras tantas nociones que conectan directamente el Derecho Constitucional con la Filosofía y la Teoría del Derecho. La obra que presentamos en esta oportunidad es un claro ejemplo de esta relación simbiótica, que ha tomado como eje principal el concepto de interpretación jurídica, entendida como una herramienta de control jurídico que tiene por objetivo principal la protección efectiva de los derechos fundamentales.

En un esfuerzo compartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Centro de Estudios Constitucionales de nuestro país, se ha editado esta versión chilena de una obra colectiva editada primero en México¹, en la cual participan destacados autores europeos y latinoamericanos que discurren y analizan distintos puntos de vista de uno de los temas que más convoca a discusiones hoy en día, tanto en la doctrina como en su aplicación por la jurisprudencia, de allí el interés por exponer su contenido.

La moderna formulación del principio de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario en el Derecho Comparado de las últimas décadas. Su desarrollo representa, sin duda, uno de los ejemplos más paradigmáticos del Derecho Público europeo² y ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial en cortes internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como por tribunales constitucionales, cortes supremas y tribunales superiores de justicia de Europa, Norteamérica y Latinoamérica, ya sea a propósito de la tutela y protección de los derechos fundamentales o como parámetro de constitucionalidad de decisiones estatales, sean estas administrativas o legislativas.

Esta visión creemos que se relaciona directamente con la evolución hacia un neoconstitucionalismo, que comprende que las constituciones

¹ CARBONELL, Miguel (coord.) (2008). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 298 pp. La versión electrónica se encuentra disponible en <http://quijote.biblio.iteso.mx/catia/LibrosElectronicos/cat.aspx?cmn=browse&id=294885>

² BARNES, Javier (1994). "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario y Comparado", *Revista de Administración Pública*, Nº 135, septiembre-diciembre, pp. 495-538, p. 495.

son normas sustantivas que condicionan la vida social y política del Estado, lo que conlleva a su vez a la necesidad de postular que las decisiones jurisdiccionales hoy en día deben ser el resultado de un ejercicio argumentativo racional y razonado, que ha enriquecido considerablemente la interpretación de los derechos fundamentales.

La obra se divide en nueve estudios, y lo inicia *La fórmula del peso*, escrito por Robert Alexy, oportunidad que le permite al profesor de Kiel asumir el problema central de la ponderación en el Derecho, esto es, el de su estructura, cuestión que es decisiva determinar ya que tiene efectos directos, dice el autor, en su racionalidad (*Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad*) y por ende, en su legitimidad (*Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones*). Para ello, parte de su base teórica ya expuesta en obras anteriores³: los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Ello implica entonces determinar un modelo de solución de conflictos entre normas jurídicas con estructura de principio: el juicio de ponderación. En este artículo el autor, asumiendo las críticas de sus detractores, se dedica exclusivamente al principio de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto herramienta que se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas y que considera a la “ley de la ponderación” como el medio apto para ello.

En segundo lugar encontramos *La racionalidad de la ponderación*, de Carlos Bernal Pulido, connotado profesor colombiano, para quien la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, cuando se trata de los derechos fundamentales. De allí que en este estudio dedique su labor a analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas. Para tal fin, indaga primero en los cuestionamientos a la racionalidad de la ponderación: su indeterminación; su inconmensurabilidad y la imposibilidad de predecir sus resultados. Luego cuestiona hasta qué punto puede ser racional la ponderación, para finalmente examinar la fórmula del peso propuesta por Alexy, considerándola un modelo que soluciona en la mayor medida posible los problemas filosóficos y constitucionales relativos a la racionalidad de la ponderación.

El tercer estudio se titula *Alexy y la aritmética de la ponderación*, del profesor de Barcelona José Juan Moreso, quien desde una postura crítica se pregunta si existe alguna alternativa a la reconstrucción de Alexy de la

³ Básicamente se puede ver ALEXY, Robert (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: CEPC, pp. 81-98; ALEXY, Robert (2002). “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, pp. 13-64.

ponderación. En esta tarea discurre sobre algunas dudas que le genera el modelo del autor alemán: primero discurre sobre la posibilidad de considerar una ordenación abstracta de los derechos, cuestión que desecha, para luego referirse a las interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales y su confusa determinación, para terminar aludiendo a la casuística que representa la aplicación del juicio de ponderación, *ya que una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior*, debilitando su condición de “herramienta de control racional” que tiene la ponderación.

Para el cuarto lugar fue escogido el artículo de Luis Prieto Sanchís, catedrático de Castilla-La Mancha, titulado *El Juicio de Ponderación constitucional*, y que analiza esta herramienta de interpretación y aplicación jurídica como una pieza esencial del neoconstitucionalismo, en tanto modelo de organización política que quiere representar un perfeccionamiento del Estado de Derecho, ya que su finalidad es el sometimiento de todo el poder al Derecho, a la Constitución en definitiva, que también incluye y alcanza –dice el autor– al legislador; y no solo por la vía del recurso abstracto contra leyes, sino, sobre todo, convirtiendo los principios y derechos constitucionales en parámetros de enjuiciamiento independientes para resolver cualquier tipo de conflicto jurídico *desde* la Constitución. Para Prieto Sanchís existe solo una racionalidad, y esta es aplicable tanto a la legislación como a la jurisdicción, lo que implica una revisión a la teoría de la soberanía del legislador, cuestionada ya por Ferrajoli cuando se trata de los derechos fundamentales⁴. En definitiva, este análisis arriba a la conclusión de que es necesario depurar la teoría de la argumentación jurídica, en términos de que ella sea capaz de garantizar no solo la racionalidad de las decisiones judiciales, sino también un consenso en torno a ellas.

Luego encontramos el aporte de la profesora argentina Laura Clérico, quien redactó *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. En este estudio la autora se plantea como objetivo la reconstrucción de una estructura del mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente, lo que la lleva a plantear interesantes cuestionamientos en torno a la adaptación de los tres criterios que contiene la estructura de la proporcionalidad en sentido amplio cuando se trata de examinar la limitación a un derecho por omisión o acción insuficiente. Y utilizando una metodología de comparación, sostener que el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia no puede ser reducido plausiblemente al mandato de prohibición por exceso, ya que las reglas de la idoneidad y del medio alternativo requieren ser modificadas.

⁴ FERRAJOLI, Luigi (2008). “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1, pp. 337-343.

La autora evalúa también la importancia del desarrollo de una dogmática constitucional del mandato de prohibición por omisión o insuficiencia en el contexto latinoamericano que se caracteriza por violaciones sistemáticas a los derechos por incumplimiento de obligaciones de hacer que imposibilitan el ejercicio de los derechos sociales en su función de derechos de prestación positiva.

A continuación la profesora colombiana Gloria Lopera Mesa, con su estudio titulado *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, se encarga de examinar las peculiaridades que presenta la estructura argumentativa de la proporcionalidad cuando se trata de un tipo específico de intervención en derechos fundamentales, como lo es la que tiene lugar a través de la definición legislativa de delitos y penas. Para ello analiza la función que desempeña el principio de proporcionalidad en la argumentación del Tribunal Constitucional cuando este se ocupa del control de constitucionalidad de las leyes, lo que le permite en segundo lugar establecer las exigencias específicas que incorpora el principio de proporcionalidad cuando se emplea en el control de constitucionalidad de leyes penales. A partir de estas dos premisas, la profesora colombiana establece las diferencias entre el juicio de validez y el juicio de legitimidad externa de una ley penal, incluso si para ambos casos se emplea el principio de proporcionalidad, y finalmente, determina la intensidad que debe tener el control de constitucionalidad de las intervenciones penales del legislador.

En seguida vienen tres estudios que se dedican a analizar la aplicación jurisprudencial del principio de proporcionalidad en distintos sistemas constitucionales: *Three Strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, de María Teresa Castiñeira y Ramón Ragués, artículo que analiza las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en los casos *Ewing v. California* y *Lockyery y Attorney General of California v. Andrade*, en virtud de los cuales este Tribunal se pronunció acerca de la constitucionalidad de las leyes *Three Strikes*, que imponen penas extremadamente severas en caso de reincidencia. Lo interesante de este estudio es el examen que se realiza a una eventual prohibición constitucional de imponer penas de prisión desproporcionadas que emanaría de la octava enmienda de la Constitución estadounidense.

Luego, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*, de Rubén Sánchez Gil, en donde se realiza un examen a la aplicación de este principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia que influye en el orden interno mexicano de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución; de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tanto por el pleno como por sus salas; por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y por los tribunales colegiados de circuito. Para el autor, en México la jurisprudencia ha sentado las bases de aplicación del principio de proporcionalidad, tanto en lo que se refiere

a la optimización de derechos fundamentales, como a la garantía de la motivación material, destacando en esta labor el seguimiento que la jurisprudencia mexicana hace del desarrollo jurisprudencial español en esta materia, lo que ha permitido que este principio interpretativo evolucione con bastante fidelidad a la dogmática alemana, cuya terminología ya emplean los tribunales mexicanos con alguna familiaridad, lo que en caso alguno implica desconocer la existencia de algunos problemas y confusiones conceptuales.

Y finalmente, *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno*, del profesor Humberto Nogueira Alcalá, quien establece que este es un principio inherente al Estado de Derecho contemporáneo, y que en tanto principio constitucional que es, se encuentra implícito en las constituciones, en el derecho al debido proceso sustantivo y en el derecho a la igualdad ante la ley. Desde esta perspectiva, entonces, es posible su utilización como parámetro de control de constitucionalidad frente a posibles intervenciones del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. En este sentido, el Tribunal Constitucional chileno lo ha utilizado primero como postulado de la razonabilidad en su labor jurisdiccional, para lo cual cita y examina una serie de sentencias, pero también ha acogido el principio de proporcionalidad, por ejemplo en la sentencia Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006, y más específicamente a propósito de la igualdad en las sentencias Roles 790, de 2007, y 986 y 1234, ambas de 2008, entre otros casos que utiliza el autor.

Carbonell, al presentar la obra, establece que el principio de proporcionalidad se yergue hoy en día como el “límite de los límites” a los derechos fundamentales, y en esa medida, a pesar de contar con detractores que critican varios aspectos de su estructura, es una herramienta esencial para los intérpretes y operadores jurídicos, que vuelve eficaces a los derechos al interior de un Estado constitucional y democrático de Derecho, cuestión de máximo interés para el desarrollo de cualquier sistema jurídico.

CAROLINA SALAS SALAZAR*

* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo. Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha (ESPAÑA). Correo electrónico: csalas@ucn.cl