

La proporcionalidad en América Latina

Teoría y práctica en perspectiva comparada

Francisca Pou Giménez

Laura Clérico

Esteban Restrepo Saldarriaga

(Editores)



Palestra29

LA PROPORCIONALIDAD
EN AMÉRICA LATINA
Teoría y práctica en perspectiva comparada



PALESTRA

INTRODUCCIÓN

Francisca Pou Giménez
Laura Clérico
Esteban Restrepo Saldarriaga



1. LA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA SOBRE LA GLOBALIZACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

Este libro explora y evalúa críticamente cómo se ha entendido y utilizado el escrutinio de proporcionalidad en América Latina a lo largo de tres décadas de vida democrática. Mediante el examen o test de proporcionalidad se analiza y valora la legitimidad constitucional de los fines u objetivos que persigue una acción pública o privada y la adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad de los medios que se ponen en operación para alcanzar esos fines. Como ponen de relieve las distintas contribuciones que aquí se reúnen, la proporcionalidad se ha convertido en un concepto organizador clave en el derecho constitucional de una región en la que constituciones con objetivos abiertamente transformadores coexisten con un grado de desigualdad social terrible.

Este hecho básico —el extenso uso de la proporcionalidad en América Latina— respalda preliminarmente las narrativas convencionales sobre el surgimiento y la expansión de una gramática constitucional global que tiene a la proporcionalidad (junto con la ampliación de los catálogos de derechos, la aplicabilidad directa y el

efecto horizontal) entre sus componentes centrales¹. Los relatos disponibles sobre los orígenes del análisis de proporcionalidad y sus migraciones normalmente documentan cómo la proporcionalidad se convierte en una metodología importante en el contexto de la práctica del control de constitucionalidad europeo después de la Segunda Guerra Mundial, se extiende posteriormente por todo el mundo durante las transiciones democráticas de finales de los años ochenta y noventa, y se afianza globalmente en el nuevo siglo².

Lo que ocurre, sin embargo, es que esta reconstrucción estándar suele tomar como base exclusiva la experiencia de un puñado de países “sospechosos habituales”, cuya lengua pública es el inglés³. Aunque estos estudios se refieren siempre a la difusión de la proporcionalidad en América Latina, la cantidad de información específica que proporcionan sobre los desarrollos regionales es insignificante. Además, América Latina no aparece en su contexto como un espacio en el que se hayan generado desarrollos teóricos o prácticos originales en el ámbito de la proporcionalidad, sino como un espacio en el que simplemente se registra la aplicación de la versión original europea a problemas y contextos regionales, bajo la premisa de que desempeña funciones jurídicas y políticas análogas a las que desempeña en las democracias del Norte.

Los análisis académicos regionales tampoco han emprendido un estudio mínimamente exhaustivo del tema, ni en inglés ni en español. Ciertamente existe un corpus de trabajos (la mayoría en español) centrados en aspectos novedosos de la teoría de la proporcionalidad, como los trabajos sobre desproporcionalidad

-
- 1 David S. Law, “Generic Constitutional Law”, *Minnesota Law Review* 89 (2005): 652; Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2012).
 - 2 Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitation* (Cambridge University Press, 2012); David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford University Press, 2004); Vicki Jackson y Mark Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Cambridge University Press, 2017); Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrei Lang (eds.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice* (Cambridge University Press, 2020); Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press, 2017); Matthias Klatt y Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality* (Oxford University Press, 2012); Alex Stone Sweet y Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach* (Oxford University Press, 2019); Alex Stone Sweet y Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008): 68-149; András Jakab, “Six Alternatives to the Proportionality Test in Fundamental Rights Adjudication”, *European Constitutional Law Forum* 23/24 (2025): 6.
 - 3 Virgílio Afonso da Silva, “How Global Is Global Constitutionalism? Comments on Kai Möller’s The Global Model of Constitutional Rights”, *Jerusalem Review of Legal Studies* 10, N.º 1 (2014): 175-186; Vanessa MacDonnell, “The Reductionism of Global Models of Constitutional Rights”, *Law and Ethics of Human Rights* 12, N.º 1 (2018): 73-101.

por omisión o acción insuficiente, o sobre redes de reglas derivadas de la ponderación, todavía poco conocidos en el ámbito académico internacional⁴. También existen comentarios específicos sobre cómo se aplica la proporcionalidad en una u otra sentencia⁵. Sin embargo, no se ha intentado reconstruir y evaluar de forma más profunda y sistemática lo que ha conllevado el uso de la proporcionalidad en los distintos países de América Latina, cómo ha interactuado con los procesos jurídicos y políticos más amplios que estos países han atravesado, o cómo se ha comportado esta metodología de aplicación de la Constitución cuando se la examina desde un lente interesado, por ejemplo, en evaluar el desarrollo de dinámicas emancipadoras e igualitarias.

Hace varios años proyectamos el proyecto de investigación del que deriva este libro con la intención de llenar estas lagunas. Queríamos enriquecer nuestro conocimiento compartido sobre las tendencias que marcan el uso de la proporcionalidad en América Latina (y sobre las diferencias que se dan en los distintos países de la región) y, además, aportar material para enriquecer las narrativas sobre desarrollos constitucionales globales. El libro hace una contribución al todavía muy limitado número de estudios sobre el uso de la proporcionalidad en países no centrales⁶, y además intenta ayudar a construir estudios globales que sean más

-
- 4 Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Legis, 2005); Rodolfo Arango, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Christian Courtis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (Editores del Puerto, 2006), 153-171; Gustavo Beade y Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación* (Universidad Externado de Colombia, 2011); Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* (Eudeba, 2009); Laura Clérico, *Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018); Federico De Fazio, *Teoría principialista de los derechos sociales* (Marcial Pons, 2019); Gloria Patricia Lopera Mesa, “Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en derecho penal”, en Federico De Fazio (ed.), *Principios y proporcionalidad revisitados* (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021). Desde una perspectiva crítica, véase Francisco Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing* (Cambridge University Press, 2017).
- 5 Rodolfo Arango, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça* 2, N.º 5 (2018): 13-43; Federico De Fazio y Celeste Novelli, “Una defensa de la sentencia González Lluy con Ecuador dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos* 17, N.º 1 (2021): 25-41; Roberto Niembro, *La argumentación constitucional de la Suprema Corte* (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021); Verónica Undurraga, “Proportionality in the Constitutional Review of Abortion Law”, en Rebecca Cook, Joanna Erdman y Bernard Dickens (eds.), *Abortion in Transnational Perspective: Cases and Controversies* (University of Pennsylvania, 2014), 77-97.
- 6 Véanse Andrés Caixeta da Silva Mendes, “O STF e a proibição de insuficiência: A proporcionalidade a litigância dos direitos sociais”, disponible en: <https://sbdp.org.br/student/andre-caixeta-da-silva-mendes/>; David Kenny, “Proportionality and the Inevitability of the Local: A Comparative

merecedores de ese nombre. Lo publicamos en inglés en el año 2022 bajo el sello editorial de Cambridge University Press, con el título *Proportionality and Transformation: Theory and Practice from Latin America*. Es una satisfacción enorme poder publicar ahora el volumen en español, con varios capítulos ampliados y actualizados, y con otro más adicional —de autoría de Óscar Parra Vera— a los que se publicaron en el libro en inglés.

Los capítulos complementan y modifican parcialmente los presupuestos que han dominado el estudio global de la proporcionalidad. El “descubrimiento” de que la proporcionalidad se utilizó en la jurisprudencia constitucional de algunos de los países de la región desde principios del siglo XX, así como su prolongado uso en Colombia en el contexto del control judicial de los estados de excepción, obligan a matizar la idea de que la proporcionalidad se extendió horizontalmente por todo el mundo desde Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. La evidencia de su amplia aplicación en América Latina en el ámbito de los derechos sociales y su papel en el cumplimiento de los mandatos de no regresión a nivel nacional, interamericano e internacional modifican la común asunción de que la proporcionalidad es una metodología poco deferente que no tiene mucho juego en el ámbito de los derechos sociales.⁷ La variedad de giros metodológicos que se detectan en el contexto del uso judicial de la proporcionalidad en América Latina y la forma en que ha sido aplicada por las cortes argentina, colombiana o interamericana para dar dientes a los mandatos de protección especial de grupos desfavorecidos socava la idea de que existen solo dos metodologías básicas (la metodología de escrutinios escalonados estadounidense y la metodología unificada alemana).

Estos hallazgos no solo enriquecen el constitucionalismo comparado en términos de precisión epistemológica, sino que también tienen importancia práctica. La pandemia de COVID-19 confirmó la permanente relevancia de la proporcionalidad como herramienta esencial para el control del poder y como garantía básica de

Localist Analysis of Canada and Ireland”, *The American Journal of Comparative Law* 66, N.º 3 (2018): 537-578; Afroditi Marketou, *Local Meanings of Proportionality: Judicial Review in France, England and Greece*, tesis doctoral, European University Institute (2018); Alberto Coddou McManus, *A Transformative Approach to Anti-discrimination Law in Latin America*, tesis doctoral, University College London (2018); João Andrade Neto, *Borrowing Justification for Proportionality: On the Influence of the Principles Theory in Brazil* (Springer, 2018); Carlos Bernal Pulido, “The Constitutional Protection of Economic and Social Rights in Latin America”, en Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America* (Edward Elgar, 2017), 325-342; Po Jen Yap (ed.), *Proportionality in Asia* (Cambridge University Press, 2020).

7 Para un análisis de esta cuestión, véase Katharine G. Young, “Proportionality, Reasonableness and Economic and Social Rights”, en Jackson y Tushnet (n. 2), 248-272 y Stephen Gardbaum, “Positive and Social Rights: Proportionality’s Next Frontier or a Bridge Too Far?”, en Jackson y Tushnet (n. 2), 221-247.

equidad, al tiempo que hizo relevantes dimensiones del análisis de proporcionalidad que se han desarrollado de forma distintiva en América Latina, como su papel en el control de los estados de excepción, en el control de omisiones estatales o de actuaciones estatales insuficientes, la distribución de recursos escasos y la inclusión de individuos y grupos marginados y discriminados⁸.

Lo distintivo de la teoría y la práctica de la proporcionalidad en América Latina se vincula con el papel que ha jugado históricamente el derecho constitucional regional en los esfuerzos por erradicar formas generalizadas de abuso público y privado: autoritarismo, violencia y conflicto armado, arbitrariedad, desigualdad estructural y pobreza. Pero la proporcionalidad es también un parámetro de construcción positiva. Las violaciones graves de derechos socavan, ciertamente, la idea de la optimización de los derechos, pero la optimización de los derechos también aspira a orientar estructuralmente el desarrollo de nuevos marcos legales y sociales de interacción en potencialmente todos los ámbitos. La relación entre proporcionalidad y transformación es, pues, multidimensional. Ello no quiere decir que la transformación postulada por las constituciones igualitarias latinoamericanas se haya logrado en todos los casos, o incluso mayoritariamente. Los capítulos del libro, incluidos varios de los que tienen un corte más teórico, aportan elementos para realizar valoraciones críticas que deberían continuarse en estudios posteriores, con el objetivo de ir decantando progresivamente los logros, los fracasos y las tareas pendientes en el ámbito del uso del principio de proporcionalidad. Pero el entendimiento de sus dimensiones funcionales debe reflejar un panorama más amplio que el que ha sido habitual. Desarrollamos un poco más estas ideas en el apartado que sigue, antes de pasar a sintetizar el contenido de cada uno de los capítulos.

2. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL COMBATE A LOS ABUSOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD

En la portada de un importante libro sobre el tema, se hace una alegoría de la proporcionalidad mediante la imagen de la espiral interior de una concha de nautilo, habitualmente asociada a la secuencia de Fibonacci y a sus ideas sobre la proporción perfecta⁹. Coincidimos con los editores de ese libro en que la imagen es más mucho más evocadora que la de la balanza (proverbialmente asociada al

⁸ Ver CIDH Resolución No. 01/20 Pandemia y Derechos Humanos en las Américas; Corte IDH, Declaración 1/20, 9 de abril de 2020, Covid-19 y Derechos Humanos: The Problems and Challenges Must Be Addressed from a Human Rights Perspective and with Respect for International Obligations; Francisca Pou Giménez (2020), “Proporcionalidad, Excepción y Transformación en Tiempos de Pandemias: Ampliando el Espectro de Relevancia Constitucional”, disponible en: <https://lawlog.blog.wzb.eu/2020/05/30/proportionality-exception-and-transformation-in-times-of-pandemics-expanding-the-spectrum-of-constitutional-relevance/>.

⁹ Véase Jackson y Tushnet (n. 2).

equilibrio). También nos parece particularmente apropiada para retratar la forma que ha adquirido la teoría y la práctica latinoamericana sobre la proporcionalidad, marcada por la coexistencia y la intercomunicación entre distintas experiencias históricas de uso de esta metodología, orientadas todas ellas a combatir modalidades de abuso de poder público y privado. Cada una de estas experiencias, como cada una de las cámaras individuales del armazón, puede describirse y desarrollarse conceptualmente por separado, pero es su conjunción lo que da forma a la imagen que más importa. El progresivo aumento del tamaño de las cámaras de la concha invoca la idea de que cada una de ellas deja pautas y huellas que se van acumulando a las anteriores, sin desaparecer, proporcionando de este modo herramientas para afrontar con mayor eficacia las preocupaciones actuales.

Las primeras experiencias históricas de uso de la proporcionalidad en América Latina remiten al papel de la constitución para contrarrestar el abuso de los poderes presidenciales de emergencia, los estados de excepción y figuras similares activadas por el poder Ejecutivo. Aunque las constituciones solo autorizan el uso de estos poderes en situaciones extremas que supuestamente exigen invertir o suspender el funcionamiento normal de los frenos y contrapesos, los ejecutivos de varios países latinoamericanos transformaron su uso en un recurso cotidiano para enfrentar problemas ordinarios¹⁰. Como muestra el capítulo de Antonio Barreto Rozo y Jorge González Jácome (capítulo 11), algunos poderes judiciales de la región han intentado frenar el uso abusivo de los poderes de emergencia desarrollando una serie de estrategias interpretativas originales en las que la proporcionalidad ha desempeñado desde hace décadas un papel clave. El control de la excepcionalidad, en cualquier caso, sigue siendo una necesidad contemporánea: como ilustra el capítulo sobre Ecuador (capítulo 2), los tribunales siguen realizando control de constitucionalidad de los estados de excepción mediante el uso de la proporcionalidad en el momento actual, en condiciones democráticas. Su papel crucial en la revisión de las medidas relacionadas con el COVID-19 —tanto en los países donde se hizo una declaración formal de emergencia como en aquellos que permanecieron bajo un marco constitucional estándar— así lo atestigua.

El segundo conjunto de usos históricos de la proporcionalidad en América Latina se vincula a los esfuerzos regionales por afirmar los principios básicos del Estado de derecho frente a los actos de arbitrariedad estatal. Aunque las violaciones de derechos más atroces caen bajo el ámbito de las prohibiciones categóricas

10 Véase, por ejemplo, Antonio Barreto, *La generación del estado de sitio: El juicio a la anormalidad institucional en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991* (Ediciones Uniandes, 2011); Jorge González Jácome, *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)* (Universidad Javeriana, 2015).

—desaparición forzada, tortura y castigos crueles o inusuales—, otros males y problemas se abordan mediante la aplicación del escrutinio de proporcionalidad. Laura Clérico y Federico De Fazio muestran en su capítulo (capítulo 1), por ejemplo, que a principios de la década de 1920 los jueces argentinos ya se esforzaban por mantener a raya el poder del Estado mediante la aplicación de escrutinios de razonabilidad. Más adelante en el tiempo, los países de la región transitaron a la democracia desde escenarios dominados, *inter alia*, por dictaduras militares (Argentina, Chile y Brasil), gobiernos formalmente democráticos que incurrían en violaciones masivas de derechos humanos (Perú) o escenarios de conflicto armado interno (Guatemala, El Salvador y Colombia).

En casi todos los casos, esta transición estuvo marcada por procesos de elaboración de nuevas constituciones o reforma de las existentes, en cuyo contexto las cortes supremas o constitucionales (reformadas o creadas *ex novo*) recibieron amplios poderes de control constitucional y garantía de los derechos y de la democracia. Desde mediados de los años ochenta, América Latina experimentó con formas variadas y muy idiosincráticas de actividad judicial —que, como muestran varios capítulos, implicaban un recurso frecuente al examen de proporcionalidad— destinadas a hacer efectivos los derechos constitucionales. En los primeros años de vida democrática, la proporcionalidad se usaba con frecuencia para hacer efectivos los mandatos constitucionales en temas cotidianos de bajo perfil —véase la temática y el modesto alcance del litigio constitucional inicial en países como Perú, México, Chile o Ecuador—. Sin embargo, como los capítulos ilustran, y con la excepción parcial de Chile, estos casos consolidaron una práctica de limitación al poder público y privado que permitió con el tiempo desplegar un proceso de constitucionalización más fuerte.

En tercer lugar, América Latina ha puesto en un lugar muy importante de la agenda pública de las décadas pasadas el combate a la pobreza, a la mala distribución del ingreso y de otros tipos de desigualdad a través del derecho constitucional. Un conjunto de experiencias distintivas asociadas a teoría y a la práctica de la proporcionalidad están vinculadas con ello. La proporcionalidad ha sido parte de las herramientas con las que tribunales, litigantes y actores de la sociedad civil han intentado atajar esta forma de abuso, entre otras cosas porque ha proporcionado una manera de anclar el control judicial de la acción estatal que crea desigualdad o no hace lo suficiente para remediarla. Como se ilustra en varios capítulos, los tribunales constitucionales y supremos de América Latina, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han desarrollado test de igualdad distintivos en los que el enfoque europeo tradicional de la proporcionalidad se modifica para responder mejor a las exigencias de la igualdad sustantiva y a los problemas estructurales de la región. Además, las múltiples formas de pobreza, concentración

de la riqueza y escaso acceso a los derechos sociales básicos de la región tienen profundos componentes de género y raza: los grupos sociales más afectados por la desigualdad estructural son las mujeres, la niñez, las comunidades indígenas, las comunidades afrodescendientes y las personas migrantes¹¹. Como atestiguan varios capítulos, las doctrinas de la igualdad luchan por adaptar el escrutinio de proporcionalidad tradicional a los retos que plantean estas formas de injusticia.

Los avances en el ámbito de la igualdad han ido de la mano de los que se han generado en el ámbito de la garantía judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la región ha hecho una contribución importante al derecho constitucional comparado a través de desarrollos en los que la judicatura en la distribución de recursos escasos, las intervenciones judiciales en las políticas públicas, el entendimiento dialógico de la separación de poderes¹², y las nociones de vulnerabilidad y resiliencia humanas, entre otros temas¹³.

El capitalismo neoliberal que ha predominado en las décadas pasadas en la región se ha traducido con frecuencia en dinámicas que intentan inmunizar la definición y el alcance de las políticas económicas y sociales de la deliberación pública; con ello viene una gestión de las vidas (y las muertes) de las poblaciones más vulnerables por vías que ya no se relacionan con la producción de mercancías, sino en su consumo masivo y en el endeudamiento financiero de una ciudadanía precaria¹⁴. Como sugieren varios capítulos, el uso de la proporcionalidad en el

11 Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama social de América Latina*, 2020 (LC/PUB.2021/2-P/Rev. 1) 13, 59-62.

12 Roberto Gargarella (ed.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (Siglo Veintiuno Editores, 2014); Leticia Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia* (Marcial Pons, 2015); Jorge Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo* (Universidad Externado de Colombia, 2019).

13 Véase Víctor Abramovich and Christian Curtis (eds.), *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta, 2003); Víctor Abramovich y Laura Pautassi (eds.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (Editores del Puerto, 2009); Mariela Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi y Laura Clérico, *Interamericanización de los DESCAs* (Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, 2020); Christina Binder, Jane A. Hofbauer y Flávia Piovesan (eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights* (Edward Elgar Publishing, 2020); César Rodríguez-Garavito y Diana Rodríguez-Franco, *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South* (Cambridge University Press, 2015); Liliana Ronconi, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento* (Universidad Externado, 2018).

14 Para elaboraciones teóricas de esta caracterización del neoliberalismo latinoamericano, véase, entre otros, Helena Alviar García, “Neoliberalism as a Form of Authoritarian Constitutionalism”, en Helena Alviar García y Günter Frankenberg (eds.), *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique* (Edward Elgar, 2019), 37-56; Helena Alviar García, *Experimentos jurídicos para el desarrollo en América Latina: Modernization, Revolution and Social Justice* (Routledge, 2021); Jean Comaroff y John L. Comaroff, “Millennial Capitalism: First Thoughts on a Second Coming”, *Public Culture* 12, N.º 2 (2000): 291-343; Verónica Gago, *Neoliberalism from Below: Popular Prag-*

contexto de la garantía judicial de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido una herramienta importante para intentar contrarrestar estas tendencias y reinstalar la deliberación democrática sobre las políticas económicas y sociales. La tradición del constitucionalismo social inaugurada por la Constitución mexicana de 1917 persiste, pero ahora se impulsa por medios que conceden un mayor espacio al poder judicial. El uso de la proporcionalidad en el ámbito de los derechos sociales y la igualdad, junto con otras herramientas y estrategias, configura progresivamente lo que algunos han llamado un “constitucionalismo de la pobreza”, cuya reconstrucción y evaluación es una tarea intelectual de la mayor relevancia¹⁵.

En cualquier caso, es importante subrayar que en América Latina la proporcionalidad tiene una dimensión prospectiva y creativa, no solo reactiva y correctiva. Las constituciones de última generación contienen largas declaraciones de derechos que incluyen derechos sociales, económicos, culturales y ambientales; titulares de derechos no tradicionales, como la naturaleza o parte de sus componentes; y principios avanzados de interpretación y garantía (como la aplicabilidad directa, el principio pro persona, la eficacia horizontal o los deberes estatales de promover, respetar, proteger, cumplir y garantizar, entre otros). Estas constituciones internalizan además el derecho internacional de los derechos humanos a través de esquemas que generan sistemas de protección multinivel, e incluyen soluciones sustantivas e institucionales distintivas en el escenario comparado¹⁶. Dentro de este potente marco de normatividad superior, las cortes contribuyen al desarrollo del programa normativo de la constitución en espacios marcados por la complejidad, las tensiones y las omisiones privadas y públicas. Como señala Jamal Greene en el Epílogo, el dinamismo judicial de la región influye en los enfoques de la interpretación y

matics and Baroque Economies (Duke University Press, 2017); Saskia Sassen, *Expulsions: Brutality and Complexity in the Global Economy* (Harvard University Press, 2014); Rocío Zambrana, *Colonial Debts: The Case of Puerto Rico* (Duke University Press, 2021). Véase también Rosa Cañete Alonso, *Democracias capturadas: Un Gobierno para Pocos: Cómo las élites capturan la política fiscal, y sus impactos en la desigualdad en América Latina y el Caribe (1990-2017)* (Oxfam Clasco, 2018).

- 15 Véase, por ejemplo, Eduardo Cifuentes Muñoz, “El constitucionalismo de la pobreza”, *Direito* 4 (1995): 53.
- 16 Rodrigo Uprimny, “Las recientes transformaciones del derecho constitucional en América Latina: Tendencias y desafíos”, en César Rodríguez-Garavito (ed.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un nuevo mapa* (Routledge, 2015), 93-111; Laurence Burgorgue-Larsen, “El valor agregado del sistema interamericano de derechos humanos: Comparative Thoughts”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan y Ximena Soley (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Jus Commune* (Oxford University Press, 2017), 377-408; Laurence Burgorgue-Larsen, “Decomartmentalization: The Key Technique for Interpreting Regional Human Rights Treaties”, *International Journal of Constitutional Law* 16, N.º 1 (2018): 187; Alberto Coddou McManus, “A Critical Account of Jus Constitutionale Commune in Latin America: An Intellectual Map of Contemporary Latin American Constitutionalism”, *Global Constitutionalism*, vol. 11, N.º 1, 2022.

favorece una aproximación “juris-genética” a la proporcionalidad, en términos de Cover¹⁷. La proporcionalidad se convierte así en una tecnología de gobierno que las cortes regionales han utilizado con creatividad, flexibilidad y adaptabilidad, con resultados diversos.

Es bajo esta luz que pueden leerse los aportes de los tribunales al desarrollo de procesos de justicia transicional tan distintivos de América Latina, de enorme calado jurídico¹⁸, al diseño de soluciones y estrategias de supervivencia en medio de la precariedad socioeconómica, o al desarrollo de políticas públicas sensibles a los derechos en tantas áreas. Si bien históricamente la elaboración y reforma de las constituciones ha proporcionado espacios privilegiados para enfrentar y abordar los problemas más acuciantes de la región, a medida que la democracia se ha asentado, los procesos de aplicación e interpretación de la Constitución se vuelven más importantes. En los escenarios latinoamericanos, la proporcionalidad adquiere una dimensión positiva y orientada al futuro, pero al mismo tiempo tentativa y en permanente construcción. La práctica de la proporcionalidad se asemeja a la labor de los tejedoras y tejedores de nuestras tierras, que transforman artesanalmente ovillos de lana de colores en tejidos de factura y coloración extraordinariamente armónica (proporcional). Pero hay un alto grado de experimentación a lo largo del proceso y el suelo en el que tantos de ellos trabajan es un recordatorio apropiado de que la labor suele avanzar en entornos marcados por penurias y dificultades a veces extraordinarias.

3. ESTRUCTURA DEL LIBRO Y RESUMEN DE LOS CAPÍTULOS

El libro se divide en tres partes. Los capítulos de la parte I reconstruyen y evalúan el papel jugado por el uso del análisis de proporcionalidad en los procesos de constitucionalización experimentados por tantos países de la región en las últimas décadas. Los de la parte II exploran cómo se ha desplegado el escrutinio de proporcionalidad en un área crucial para el contexto del constitucionalismo regional: la igualdad y los derechos sociales. La parte III aporta elementos que ayudan a situar la evolución de la proporcionalidad en un marco más amplio de evaluación crítica.

17 Greene cita aquí la obra clásica de Robert M. Cover, “The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review* 97 (1983): 4-68.

18 Para versiones clásicas del papel del derecho en las transiciones políticas latinoamericanas, véase Carlos S. Nino, “The Duty to Prosecute Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina”, *Yale Law Journal* 100 (1991): 2619-2640; Diane Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Law Journal* 100 (1991): 2537-2690; Diane Orentlicher, “Settling Accounts’ Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice* 1 (2007): 10-22; Ruti Teitel, *Transitional Justice* (Oxford University Press, 2002).

La división debe tomarse, en cualquier caso, como un marco flexible de organización que no debe diluir las continuidades y las intersecciones que se dan entre todas las partes del libro. En todos los capítulos hay información sobre las trayectorias de país; en todos los capítulos hay ideas sobre los retos que implica interpretar y aplicar las constituciones igualitarias regionales; y en todos los capítulos hay elementos que complejizan y refinan el análisis sobre los éxitos y fracasos de la proporcionalidad en los intentos de transformar contextos de injusticia estructural. Nuestro objetivo no era elaborar una evaluación sistemática y exhaustiva de la situación y los usos de la proporcionalidad cada uno de los países de la región, ni generar un marco teórico sobre su potencial transformador y utilizarlo para evaluar esas trayectorias. De hecho, no propusimos a los autores y a las autoras una plantilla unificada de análisis para evitar el sesgo de confirmación y permitir que el análisis revelara matices, temas transversales y líneas de análisis que difícilmente surgen cuando las personas siguen un guion. Este es un primer libro sobre la proporcionalidad en América Latina, pero no el único posible desde el punto de vista conceptual y doctrinal, y esperamos que le sigan muchos otros.

En la primera parte, el análisis de Laura Clérico y Federico De Fazio sobre la práctica constitucional argentina desafía las narrativas académicas predominantes sobre los orígenes alemanes de la proporcionalidad y sus migraciones por todo el mundo. Los autores identifican una modalidad de análisis de la proporcionalidad aplicada por la Corte Suprema argentina desde principios de la década de 1920, documentan la aparición en la década de 1940 de un test de “razonabilidad” de dos vertientes que incluye la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto, y trazan el surgimiento de una versión aún más fuerte en la década de 1980 mediante la cual la Corte realiza un escrutinio estricto de las limitaciones de los derechos especialmente protegidos. El Tribunal combina el escrutinio de razonabilidad con elementos de un escrutinio más estricto cuando las limitaciones de los derechos sociales afectan a personas en situación de vulnerabilidad. Al mostrar que, en algunos lugares, “razonabilidad” significa algo diferente a lo que significa en el Norte Global, y cuán a menudo se aplica de forma poco estructurada, este capítulo es una especie de antídoto contra el esencialismo y el comparativismo apresurado. También demuestra que la práctica constitucional argentina se explica mejor bajo una narrativa de interacciones (con la tradición de escrutinios escalonados estadounidense, las variantes alemanas y las fuentes internacionales de derechos humanos) que bajo una narrativa de migración.

En el capítulo 2, Daniela Salazar Marín y Ramiro Ávila Santamaría se centran en una de las constituciones más innovadoras de la región: la Constitución de Ecuador de 2008, un texto generoso y detallado con múltiples disposiciones en tensión, lo cual ha obligado a recurrir al análisis de proporcionalidad muy a

menudo. En la gran mayoría de los casos, la Corte Constitucional recurre a la última grada del escrutinio, equiparando proporcionalidad con ponderación (proporcionalidad en sentido estricto). El capítulo muestra cómo, con el tiempo, la proporcionalidad se ha convertido indiscutiblemente en un elemento del panorama jurídico ecuatoriano, y cómo su uso se sofisticó y refuerza a medida que la Corte asienta su papel en el sistema constitucional. En el contexto de una cultura jurídica altamente formalista, ha sido útil para una variedad de fines, tanto en relación con la garantía de los derechos como con la división de poderes. Ha ayudado a vigilar el ejercicio de los poderes estatales, a materializar disposiciones que no indican su alcance y efectos en casos concretos, y a resolver conflictos de derechos tanto en el ámbito de las relaciones entre privados como en la esfera de los poderes públicos.

Los autores sostienen que la proporcionalidad ha reforzado el sistema jurídico al ayudar a evitar la arbitrariedad en la resolución de cuestiones jurídicas complejas. Su uso en litigios más transformadores fue al principio modesto, pero detectable en una sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo que abre vías para la protección de grupos tradicionalmente discriminados y en casos de libertad de expresión. En la versión actualizada y ampliada del capítulo que incluimos en este libro se aprecia el notabilísimo reforzamiento del litigio de derechos basado en el examen de proporcionalidad en los últimos años, en congruencia con el reforzamiento del estatus de la Corte Constitucional en el sistema político ecuatoriano.

Arturo Bárcena Zubietta rastrea a detalle en el capítulo 3 el surgimiento bastante “orgánico”, gradual y tentativo del análisis de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. En una primera etapa se usó en casos de igualdad y tomó la forma de una metodología de análisis sincrética e inestable que mezclaba aspectos de la tradición europea con la tradición estadounidense del escrutinio escalonado. En una segunda etapa, a partir de la reforma de derechos humanos de 2011, conservó su lugar en los casos de igualdad, pero se extendió al ámbito de garantía de otros derechos. El capítulo señala constantes metodológicas (como el escaso papel que tiene en México de la proporcionalidad en sentido estricto y el abandono de la idea de que los objetivos que pueden justificar las limitaciones de derechos deben estar consagrados en la Constitución), debilidades metodológicas (como las cuestiones probatorias que se plantean en la fase de idoneidad y la complejidad de las comparaciones en la etapa de necesidad) y sugiere líneas generales de valoración. Bárcena observa que, aunque la adjudicación basada en la proporcionalidad es modesta en términos de números, considerando la cantidad de casos que la Corte mexicana decide cada año, tiene presencia en algunos de los casos de derechos más emblemáticos. Por lo tanto, ha desempeñado un papel central en las mejores decisiones en términos

de justificación, aquellas que marcan la diferencia en términos de cambio de prácticas históricas.

En el capítulo 4, Pedro Grández Castro analiza el uso de la proporcionalidad en Perú durante los años de la transición democrática, bajo una Constitución que no está totalmente alineada con las tendencias regionales y que protege fuertemente las libertades económicas. Los primeros usos de la metodología fueron en gran medida en defensa de las libertades económicas, antes de que el Tribunal Constitucional ampliara su uso a una mayor variedad de casos, desde casos de alto perfil relacionados con el terrorismo y la corrupción hasta casos situados en el ámbito del litigio de igualdad y derechos sociales, como la educación o la seguridad social. Grández aísla una serie de rasgos metodológicos distintivos, como la tendencia a hacer un uso exclusivo de las vertientes de idoneidad y necesidad —aunque haya una gran cantidad de equilibrios en el curso del examen de alternativas—, el esfuerzo por fundamentar la proporcionalidad en una cláusula constitucional explícita, o la aparición más reciente del análisis de cuatro pasos. A su juicio la proporcionalidad ha propiciado o reforzado la eficacia de los derechos y la institucionalización democrática, pero también identifica disfuncionalidades. En concreto, identifica su uso retórico, a modo de fórmula vacía que parece reeditar el formalismo jurídico tradicional, y los riesgos que encierra su uso excesivo por la vía del control difuso, en detrimento de otras estrategias interpretativas que podrían ser más apropiadas para ponderar estatutos que no deberían ser declarados inconstitucionales de forma tan expeditiva.

El capítulo 5, elaborado por Verónica Undurraga Valdés y Pascual Cortés, se centra en otra Constitución atípica en la región: la problemática Constitución de 1980, reformada pero nunca del todo independizada de sus orígenes pinochetistas. Durante casi tres años Chile vivió un proceso constituyente que finalmente no culminó en la aprobación de una nueva constitución, y que por tanto deja la evolución constitucional previa intacta. Los autores exploran cómo el equilibrio entre la intervención del Estado y los derechos constitucionales invitados por la proporcionalidad ha desempeñado un papel a la hora de bloquear o canalizar las políticas transformadoras.

La aplicación de la proporcionalidad en casos ordinarios, no políticamente cargados, revela que el Tribunal Constitucional es extremadamente deferente respecto de los escrutinios de “fines legítimos” e “idoneidad”, concentrando el grueso de la argumentación en la proporcionalidad en sentido estricto, donde se reivindica el “contenido esencial” de los derechos individuales frente a la legislación. En cuanto a su uso en casos emblemáticos que fueron centrales en la agenda progresista de Bachelet (reformas laboral y educacional, sistema de seguro de salud y aborto), los fallos que recurren al uso de la proporcionalidad funcionan ya sea para confirmar

el modelo orientado al mercado de la Constitución o para suavizar sus vertientes más problemáticas, sin cuestionar la lógica fundacional. En el ámbito del aborto, la proporcionalidad operó para reivindicar simultáneamente los derechos de las mujeres y los derechos de los objetores de conciencia institucionales. La proporcionalidad forma parte también de las estrategias utilizadas por el Tribunal para mediar en los conflictos políticos, pero a menudo parece operar retóricamente, no como un elemento que oriente la aplicación de la constitución en un sentido fuerte. Estos autores también recogen, muy interesantemente, las posturas de la academia jurídica chilena cuando se la sitúa a lo largo del eje conservador/progresista. Los académicos progresistas son más críticos con los razonamientos del Tribunal y ven la proporcionalidad como un mecanismo con potencial para mejorar la transparencia y la racionalidad de las sentencias. Los autores conservadores advierten de que la proporcionalidad puede utilizarse para ignorar la prioridad de los derechos individuales sobre la intervención estatal, una postura que el Tribunal ha respaldado en algunas decisiones. El capítulo da cuenta, en la versión actualizada que tenemos el gusto de incluir en este libro, de la evolución de la jurisprudencia más reciente.

La primera parte del libro concluye con un esclarecedor capítulo elaborado por Óscar Parra Vera para la edición española del libro (el capítulo 6), donde reflexiona sobre el papel de la proporcionalidad en otro proceso de constitucionalización que ha sido central en la región: el experimentado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De todos es sabido que el sistema interamericano es el más “constitucionalizado” de todos los sistemas de derechos humanos y que su interacción con las dinámicas constitucionales a nivel país es continua. Ello, como dice Parra Vera, lleva de inmediato a preguntar cuáles serían las diferencias analíticas, sustantivas, empíricas y procesales entre el uso de la proporcionalidad por el tribunal de Costa Rica, y las cortes constitucionales. Hay dimensiones que se tornan inmediatamente relevantes, añade Parra, como el rol del derecho comparado en el examen de necesidad o a la hora de fijar los presupuestos del examen de proporcionalidad en sentido estricto, o la determinación de la intensidad del escrutinio, en conexión con el debate sobre el margen de apreciación (una doctrina que la Corte interamericana no ha reconocido formalmente). Parra reconstruye al evolución de la metodología, dejando de lado los casos de igualdad y su función en la garantía de los principios de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, estudiados en los capítulos de Silvia Serrano y Julieta Rossi, y se enfoca en el análisis de las formulaciones interamericanas iniciales; la primera formulación detallada de las etapas del escrutinio en el caso *Chaparro*; los cambios en el juicio de proporcionalidad en casos de referencia sobre uso del derecho penal como restricción a la libertad de expresión; y la operación del test en litigio sobre interceptaciones telefónicas, restricción de derechos políticos, casos de combate

a la impunidad, casos de justicia transicional y casos de derechos sexuales y reproductivos. El capítulo documenta la amplia presencia de no particularmente deferentes del test; en congruencia, apunta Parra, con la gravedad del tipo de casos que le toca examinar.

Las contribuciones de la parte II ilustran los usos del análisis de proporcionalidad en el ámbito de los derechos socioeconómicos y del litigio constitucional de igualdad—un ámbito cuya centralidad es en sí misma distintiva de la fenomenología del análisis de proporcionalidad en América Latina. Magdalena Correa Henao y Alejandra Osorio Alvis estudian en el capítulo 7 una amplia selección de sentencias en las que la Corte Constitucional colombiana revisa normas legislativas en vía de control abstracto a los efectos de hacer efectiva la prohibición de regresión en el disfrute de derechos sociales, económicos y ambientales. Estas autoras reconstruyen el significado y la estructura de lo que llaman el “test de regresividad integrado”, que modula el escrutinio de proporcionalidad para hacer más intenso el control de constitucionalidad cuando la legislación retrocede en la protección del núcleo mínimo del derecho o de los beneficios inicialmente concedidos bajo su manto. Las autoras constatan que el escrutinio ha demostrado ser mucho más protector en materia de derechos sociales que en materia de derechos económicos, dualidad que asocian curiosamente a la prevalencia del constitucionalismo liberal sobre su homólogo social, en una suerte de recreación de la clásica separación contrafáctica entre derecho y economía. El capítulo da fe de la inmensa sofisticación de la jurisprudencia constitucional colombiana, al tiempo que aporta elementos muy valiosos para elevar el nivel del debate sobre los desarrollos jurisprudenciales que intentan dar efectividad a los mandatos constitucionales progresistas en tiempos de transformación del capitalismo de mercado. Es difícil enfatizar suficiente la relevancia del estudio de Correa y Alvis para los estudios comparados sobre proporcionalidad, al mostrar la extensa experiencia colombiana en un ámbito en el que la literatura global sigue afirmando que el examen de proporcionalidad prácticamente no entra en juego.

En el capítulo 8, Julieta Rossi compara la evolución de dos áreas que han ganado mucho peso y relevancia en los tiempos recientes y que despliegan una creciente influencia en la práctica nacional: la doctrina interamericana sobre el deber de realización progresiva, no regresividad y utilización del máximo de los recursos disponibles, y la doctrina que sobre el mismo tema ha desarrollado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Desde 2017, la Corte Interamericana hace valer directamente los derechos sociales con base en lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana, multiplicando el espacio de los derechos sociales en el sistema, mientras que desde 2013 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examina las comunicaciones

individuales, un espacio que otorga posibilidades ampliadas para especificar y desarrollar los criterios desarrollados en las Observaciones Finales y Generales. Los escrutinios de razonabilidad y proporcionalidad desempeñan un papel importante en el contexto de estas decisiones. Rossi precisa cómo las justificaciones estatales, el núcleo mínimo de derechos o la posición de los grupos vulnerables encuentran espacio en el contexto de estas estructuras analíticas, y cuándo se aplican el escrutinio estricto y las presunciones de invalidez. La autora traza puntos en común y diferencias entre los enfoques de ambos organismos, e identifica líneas de posible evolución jurisprudencial futura.

La proporcionalidad ha sido un método recurrente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Exploradas ya algunas de las vertientes de la práctica en el capítulo 6, en el capítulo 9 Silvia Serrano Guzmán aborda su uso en los casos sobre igualdad y no discriminación, en un momento en que la Corte está ampliando de manera importante el alcance de las garantías de igualdad. Serrano concluye que la proporcionalidad es útil y sirve para limitar la discrecionalidad en el contexto de la aplicación judicial de las garantías de igualdad y no discriminación cuando está en juego la discriminación directa. Se muestra más escéptica sobre su papel en los casos de discriminación encubierta e indirecta. El análisis también aborda el uso potencial de la proporcionalidad en otros casos relacionados con la dimensión sustantiva de la igualdad y la no discriminación.

En Brasil, la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos también ha sido muy importante y ha desencadenado un debate muy relevante centrado en evaluar su potencial en términos de transformación social real. Virgilio Alfonso da Silva y Paula Gorzoni, autores del capítulo 10, reconocen que las posturas que puedan adoptarse en el contexto de dicho debate dependen en gran medida de los resultados que arroje la investigación empírica, pero adoptan en última instancia una postura escéptica y advierten de que los beneficios de los litigios no parecen haber repercutido en la situación de las personas más desfavorecidas. Su postura es aún más escéptica respecto del papel de la proporcionalidad en este ámbito. El Supremo Tribunal Federal utiliza a menudo la proporcionalidad de forma retórica, e incluso cuando la utiliza, los protocolos de toma de decisiones del Tribunal hacen imposible saber si realmente opera como fundamento de la decisión. Pero el papel de la proporcionalidad también es marginal porque los derechos socioeconómicos suelen tratarse en la alta Corte brasileña como derechos absolutos, sujetos a aplicación categórica, sin dejar espacio para un eventual debate sobre la justificación que podría tener una limitación de esos derechos. El hallazgo notable del capítulo es que, en el contexto del litigio constitucional sobre derechos sociales en Brasil, la proporcionalidad se deja de lado no por ser insuficientemente deferente con el Legislativo, sino por serlo en exceso.

Los capítulos de la parte III están orientados a imprimir un impulso “anti-necesario” a la práctica contemporánea basado en la aplicación del principio de proporcionalidad, y lo hacen situando la teoría y la práctica actuales sobre el tema dentro de un marco más amplio que permita identificar y evaluar alternativas conceptuales, doctrinales y normativas. En el capítulo 11, Antonio Barreto Rozo y Jorge González-Jácome exploran el uso judicial de una modalidad de análisis de la proporcionalidad —la prueba de “estricta necesidad”— en el contexto del proceso de paz colombiano.

Aunque el análisis de proporcionalidad incluye siempre un escrutinio de necesidad, los autores muestran que la necesidad también puede abordarse desde la óptica de la proporcionalidad. En muchas áreas de la jurisprudencia constitucional colombiana —desde las medidas relacionadas con preservación de seguridad hasta el ámbito de la participación política— la evaluación de la necesidad de la acción pública se ha interpretado como una evaluación de su proporcionalidad. Los procesos de justicia transicional, en particular, han sido asimilados a escenarios de extraordinariedad o excepción y han sido revisados bajo el estándar del escrutinio estricto. Así lo hicieron los magistrados que conformaron la mayoría en la Corte Constitucional en el caso en el que se revisaron las facultades temporales del presidente para expedir decretos reglamentarios con miras a la implementación del Acuerdo de Paz de 2016, que no superaron el escrutinio. Los magistrados de la minoría, por el contrario, rechazaron situar el análisis en el marco del estado de excepción y basaron su razonamiento en la necesidad de alcanzar la paz a través de políticas de justicia transicional, en línea con la intuición de que las dos áreas exigen la construcción de estándares de análisis diferenciados.

Mientras que este capítulo invita a repensar y reimaginar las formas tradicionales de vincular medios y fines y advierte sobre los peligros de aplicar irreflexivamente las estructuras de análisis disponibles a problemas nuevos, Mary Beloff refuerza el mensaje en su interesante exploración de los diferentes niveles en los que la proporcionalidad se entrecruza y da forma al derecho penal cuando este se concibe con un ethos jurídico igualitario (capítulo 12), un proyecto central para la América Latina contemporánea. Beloff ilustra cómo la proporcionalidad juega un papel en diferentes niveles: la política criminal, donde el Estado establece los contornos del tipo de conflicto social que será relevantes para el derecho penal; la teoría y la dogmática penales, donde se definen los términos y condiciones de la responsabilidad penal; el procedimiento penal, donde se especifican el momento y las condiciones del enjuiciamiento real; y la definición y organización del castigo penal, en cuyo contexto el debate clásico sobre las sanciones justas debe complementarse con debates sobre respuestas alternativas, no clásicas, al mal comportamiento criminal.

El capítulo 13 pone a la proporcionalidad en diálogo con un paradigma muy diferente de evaluación normativa. Isabel Cristina Jaramillo Sierra desarrolla una evaluación que compara la proporcionalidad con el análisis distributivo. Haciéndose eco de algunas de las críticas de las que fue objeto la teoría del “abuso de derecho” de Josserand, por no proporcionar un método para resolver casos particulares a partir de principios generales, Jaramillo observa que la proporcionalidad amplía la cantidad y la calidad de los argumentos que intervienen en las decisiones judiciales, ampliando así el espacio institucional de debate dentro de las estructuras democráticas. Pero debe enfrentar también una objeción de indeterminación. Cuando usan los escrutinios de proporcionalidad, las cortes se convierten en un buen foro para identificar los fines de la acción pública y explicar las relaciones que se dan entre ellos y el contenido de las normas legislativas, pero no para explicar por qué y cómo deben prevalecer unos fines sobre otros. El análisis distributivo, por el contrario, se interesa por las consecuencias: por cómo distribuye la legislación el poder, los recursos y las oportunidades, independientemente de cómo se vean bajo el vocabulario de los derechos. El capítulo explora la compatibilidad entre los dos paradigmas, preguntándose en particular si el análisis distributivo podría proporcionar formas de salvar la proporcionalidad de los problemas de indeterminación de los fines. Jaramillo toma el ejemplo de la integración de la perspectiva de género para sugerir cómo la sensibilidad distributiva puede insertarse en los marcos jurídicos tradicionales.

Los dos últimos capítulos sugieren la capacidad de la proporcionalidad para evolucionar estructuralmente y adaptarse a nuevas funciones. Apoyándose en el poder de la idea de optimización de los derechos y en la fuerza que estos conservan incluso frente a otros derechos constitucionales e intereses públicos, el capítulo 14, escrito por Martín Aldao, se centra en el “test de proporcionalidad integrado” latinoamericano —que analiza la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto a la vez que modula la intensidad del escrutinio— y muestra cómo permite a los tribunales equilibrar el terreno a los efectos de dar un tratamiento apropiado a las personas pertenecientes a grupos desfavorecidos. Aldao ilustra el punto mediante el examen de dos casos interamericanos relacionados con los derechos políticos (*Castañeda Gutman* y *Yatama*). Su análisis sugiere las virtudes democráticas de los esquemas de argumentación que permiten a las cortes —incluidas las internacionales y las regionales— compensar los patrones estructurales de desigualdad potenciando las voces y las reivindicaciones de las personas en situación de vulnerabilidad.

Francisca Pou Giménez se centra, en el capítulo 15, en la distribución de las cargas de la argumentación en el contexto del examen de proporcionalidad. Aunque la literatura sobre el papel de la proporcionalidad como desencadenante

de una cultura de la justificación parece asumir que existe un esquema natural de distribución de las cargas de la argumentación en su contexto, la práctica latinoamericana sugiere un abanico mucho más amplio de posibilidades. La idea de proporcionalidad como intercambio de razones tiene importantes indeterminaciones conceptuales e institucionales, que solo pueden resolverse evaluando las consecuencias normativas de las distintas opciones. El capítulo no solo explora versiones extremas del reparto de las cargas de la argumentación, sino también versiones que están en puntos intermedios de un continuo que acoge versiones flexibles y estrictas del diálogo entre poderes y modalidades abiertas y cerradas de unilateralismo en el despliegue del análisis de proporcionalidad. Cada opción presenta ventajas e inconvenientes desde la perspectiva normativa y debe tener en cuenta cuidadosamente los elementos contextuales: pautas de acceso a la justicia, cultura jurídica y estructura institucional. Deshacerse de la sensación de “falsa necesidad” en relación con esta cuestión es esencial para insertar mejor la proporcionalidad, en cualquiera de sus versiones, dentro de los sistemas de control de constitucionalidad —débiles o fuertes—.

4. PROPORCIONALIDAD Y TRANSFORMACIÓN EN CONTEXTO DEL CONSTITUCIONALISMO IGUALITARIO LATINOAMERICANO

Jamal Greene participa en este libro con un esclarecedor Epílogo que intenta encontrar el sentido de un importante rompecabezas: el que genera el hecho de que un sistema jurídico encuadrado en la tradición del *common law*, como el que tienen los Estados Unidos, el cual parece especialmente propicio a la proporcionalidad dado su gusto por el desarrollo gradual de la ley y la estrecha atención a los rasgos que distinguen un caso de otro, no haya acogido favorablemente la proporcionalidad, mientras que los sistemas de derecho civil latinoamericanos, que parecen propicios para la adopción de enfoques más categóricos en cuyo contexto la aplicación del derecho se concibe como una instancia de aplicación de normas, la hayan abrazado con entusiasmo.

Greene postula cuatro elementos que podrían explicar el contraste: el impacto de la división entre jurisdicción constitucional especializada y difusa, que coexiste con la división entre *civil law* y *common law*; la apertura de América Latina a los préstamos constitucionales y jurisprudenciales; la tradición de cambio e innovación constitucional continua; y la sensibilidad por el potencial igualitario del control judicial de constitucionalidad en el ámbito de los derechos, aunque en gran medida no se haya materializado. Como observa Greene,

Estados Unidos, con su sistema de control de constitucionalidad descentralizado o difuso, la celebración fetichista de su propio excepcionalismo, el culto filiofetista a los padres fun-

dadores constitucionales y los impulsos antiigualitarios, se sitúa en el extremo opuesto del espectro en cada una de las dimensiones que dan apoyo al análisis de la proporcionalidad.

El autor desarrolla los fundamentos de esta hipótesis y al tiempo que lo hace ilustra contundentemente la fecundidad de la comparación constitucional y da elementos que ayudan a tener una comprensión singularmente rica de las dos tradiciones.

En diálogo con su ejercicio, cerramos esta introducción planteando algunos puntos adicionales que resuenan en nuestra lectura del conjunto de los capítulos, y acabaremos con una coda que interroga al libro desde las tendencias neautoritarias que, en tiempo récord, están dando un giro a nuestros horizontes políticos y constitucionales inmediatos.

Greene subraya que el libro refleja una práctica de proporcionalidad distintivamente abierta al cambio, al aprendizaje y al ajuste, incluso propensa a la experimentación. A nuestro juicio, una de las principales huellas de este dinamismo y apertura es el sincretismo metodológico que queda documentado en tantos capítulos —en particular los dedicados a México, Colombia, Argentina o la Corte Interamericana—. Sincretismo significa, para empezar, que la proporcionalidad coexiste con otros métodos de aplicación de la Constitución, entre otras razones porque algunas prohibiciones —como la de la tortura o la desaparición forzada— son absolutas. Pero sincretismo significa, principalmente, la combinación de las principales dimensiones que articulan en cada momento la estructura del análisis de la proporcionalidad: el número y la importancia de los distintos pasos del análisis, la intensidad del control y la distribución de las cargas de la prueba y la argumentación. Las cortes de América Latina parecen compartir las opiniones de Thurgood Marshall en el voto disidente que firmó en el caso *Rodríguez*, en el que, como Greene nos recuerda en el epílogo, defendía la necesidad de considerar las garantías constitucionales contra la discriminación no como “una de dos categorías nítidas”, sino como “un espectro de normas”, que permite variaciones en función de la importancia constitucional y social de los intereses en juego y de la naturaleza, los objetivos o las intenciones de la acción pública bajo examen.

Sincretismo no significa, por contra, una mezcla mecánica de tradiciones importadas ni una ausencia de patrones identificables. Varios capítulos dejan claro, por ejemplo, que las reconstrucciones del uso de la proporcionalidad a nivel país exigen introducir periodizaciones que reflejen un proceso gradual de evolución. En México, Perú, Ecuador o Argentina, las primeras etapas de uso de la metodología son tentativas y no siempre consistentes, y la tendencia es siempre hacia un uso más explícito y estructurado. El grado de sofisticación técnica que posibilita el uso acumulado ininterrumpido es claro en el capítulo de Correa y Osorio sobre

Colombia, sobre el desarrollo de escrutinios de no regresión en el contexto del control de constitucionalidad en el ámbito de los derechos socioeconómicos.

Greene también subraya el vínculo crucial que se da entre el uso del análisis de proporcionalidad y el distintivo compromiso regional con un constitucionalismo igualitario. Independientemente de la medida en que el potencial igualitario de la garantía judicial de derechos básicos se haya podido materializar, observa Greene, se trata de un espacio que ofrece un terreno fértil para la experimentación en torno a ella. A nuestro juicio, no cabe duda de que los capítulos ayudan a identificar las distintas formas en que puede utilizarse la proporcionalidad para articular progresivamente un proyecto constitucional igualitario. El papel que ha desempeñado en toda la región en la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales es indiscutible. Los capítulos sobre Colombia y los que cubren los desarrollos a nivel interamericano e internacional ilustran cómo la proporcionalidad ha permitido generar una metodología de exigencia de los mandatos de no regresión. Otros capítulos sugieren en varios puntos que la proporcionalidad ayuda a estructurar los argumentos, haciéndolos más transparentes y promoviendo el desarrollo de una cultura de la justificación y una cultura de la contestación que hace visibles, como sugiere el capítulo de Aldao, las voces de las personas que se encuentran en los márgenes¹⁹. El capítulo de Pou Giménez sobre la distribución de las cargas de la argumentación invita a una reflexión sosegada sobre las condiciones institucionales y procesales que operan como prerequisites para la construcción de una cultura del diálogo en el contexto latinoamericano y a prestar atención a la cuestión de quién está invitado a ese diálogo. Los capítulos sobre la trayectoria argentina, o sobre la evolución de la jurisprudencia ante el sistema universal e interamericano sugieren que el lugar que los test de proporcionalidad dan a los individuos o a los grupos en situación de desventaja no solo es importante para satisfacer su derecho a ser escuchados, sino para construir soluciones sustantivas adecuadas, capaces de corregir situaciones de desigualdad estructural.

19 Laura Clérico y Martín Aldao, “An Argument for the Test of Proportionality in Concreto: Voces silenciadas de los márgenes al centro”, en Jan-R. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights* (Springer, 2021), 215-229 (observando que la cultura de la justificación se centra en el destinatario, normalmente el Estado, y tiene un sesgo estático, perdiéndose parte del empoderamiento que experimentan las víctimas cuando impugnan y transmiten lo que debe contarse, independientemente de los resultados del caso). Véase también Verónica Undurraga, “Criminalización bajo escrutinio: cómo los tribunales constitucionales están cambiando su narrativa mediante el uso de pruebas de salud pública en casos de aborto”, *Sexual and Reproductive Health Matters* 27, N.º 1 (2019): 41. Para una exposición clásica de las virtudes normativas del tipo de impugnación que posibilita el análisis de proporcionalidad, véase Mattias Kumm, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law and Ethics of Human Rights* 4, N.º 2 (2010): 142.

Los casos de Chile y Perú indican, en cualquier caso, que dentro de los confines de una constitución conservadora, la potencia transformadora de la proporcionalidad es escasa, aunque su uso en todo caso hace siempre a la argumentación más transparentes y más asible para la razón. El panorama brasileño retratado por da Silva y Gorzoni muestra un escenario de constitucionalismo igualitario en el que el espacio que ocupan las distintas metodologías de aplicación de la Constitución es mucho más zigzagueante. Ello puede deberse en parte a la tendencia de los ministros del Supremo Tribunal a decantar sus votos sin mucha deliberación previa²⁰, pero el contraste entre el caso brasileño y otras trayectorias regionales invita a desarrollar muchas investigaciones adicionales. También sugiere la necesidad de seguir explorando las condiciones materiales e institucionales que hacen posible el uso racional de cualquier método de aplicación y garantía de la Constitución²¹.

La publicación en español de esta obra coincide con un giro inesperado en los vientos políticos predominantes, que además ejercen una enorme presión sobre los arreglos constitucionales que han articulado nuestra vida pública en las décadas pasadas. La llegada al poder de líderes que desafían abiertamente el programa liberal-igualitario que perfilan las constituciones y, sobre todo, que desafían abiertamente el esquema de frenos y contrapesos que sustentan el proyecto de control de la arbitrariedad que las constituciones regionales toman como piso mínimo, inaugura escenarios impensados. Siguiendo las tendencias que marcan el autoritarismo legalista y el constitucionalismo abusivo, son movimientos políticos que no dejan de lado la Constitución, sino que la reforman para debilitarla desde dentro

20 Virgílio Afonso da Silva, “Deciding without Deliberation”, *International Journal of Constitutional Law* (2013): 557-584; Virgílio Afonso da Silva, *The Constitution of Brazil: A Contextual Analysis* (Hart, 2019), 82; Neto (n. 6).

21 Laura Clérico ha observado que “[s]e requiere un mayor trabajo empírico para determinar si la práctica de los acuerdos —mediada por una deliberación real y genuina entre los miembros de los tribunales— implica una mejor aplicación del test de proporcionalidad; y a su vez, si la constante tendencia a votar sin deliberar, socava la racionalidad del test. Este parece ser un problema de fracaso de los presupuestos institucionales más que uno referido al método de adjudicación en sí mismo —sea cual sea el método—”. Laura Clérico, “Proportionality and Balancing”, en Conrado Hübner Mendes, Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (Oxford University Press, 2022), 555-577, con referencia a Oliver Lepsius, “The Quest for Middle-Range Theories in German Public Law”, *International Journal of Constitutional Law* 12, N.º 3 (2014): 692-702, subrayando la escasez de trabajos que exploren en qué circunstancias la proporcionalidad funciona y cumple su finalidad.

o la usan para fines distintos a los esperados²². La eliminación de contrapesos y la captura o debilitamiento del poder judicial, en nombre de la democracia, están en el centro de estos programas políticos.

No hay modo de aventurar en estos momentos qué tipo de evolución impondrá el nuevo escenario a la interpretación y aplicación de la Constitución y al uso del principio de proporcionalidad en particular. Esperemos que las condiciones para su seguimiento, análisis crítico y teorización de todo ello se mantengan. La documentación de trayectorias y los hallazgos conceptuales, argumentales y remediales que este libro contiene —y que son al mismo tiempo un reflejo de procesos políticos y sociales muy valiosos— constituyen en todo caso una plataforma de logros y una caja de herramientas formidable que habrá de ayudar sin duda a la construcción y reconstrucción de prácticas democráticas renovadas, mejor alineadas con objetivos compartidos de justicia social.



22 Kim Lane Scheppele, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review* 85, N.º 2 (2018): 545-584; David E. Landau, "Abusive Constitutionalism", *University of California Davis Law Review* 47 (2013): 189-260.