

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (*)

ROBERT ALEXY

I. CONEXIONES NECESARIAS Y CONTINGENTES.—II. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA PRIMERA TESIS DE NECESIDAD: 1. *Reglas y principios*. 2. *El principio de proporcionalidad*: a) *Optimización relativa a las posibilidades fácticas y jurídicas*. b) *Idoneidad*. c) *Necesidad*. d) *Proporcionalidad en sentido estricto*. 3. *Dos conexiones necesarias*. 4. *Dos objeciones a la primera tesis de necesidad*.—III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA SEGUNDA TESIS DE NECESIDAD: 1. *Contingencia y positividad*. 2. *La doble naturaleza de los derechos fundamentales*. 3. *Derechos fundamentales y la pretensión de corrección*.

I. CONEXIONES NECESARIAS Y CONTINGENTES

La relación existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad constituye uno de los temas centrales del debate constitucional contemporáneo. Respecto de esta relación, dos son las posiciones básicas enfrentadas: la tesis que afirma la existencia de algún tipo de conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad, y la tesis que

(*) Del original en inglés «Constitutional Rights and Proportionality», ponencia presentada en el seminario internacional «Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica», organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, 2010. Traducción al castellano de Jorge Alexander Portocarrero Quispe. Agradezco a Carlos Bernal Pulido por su valiosa colaboración en la revisión de la presente traducción. [A lo largo de la traducción se proporcionará la paginación correspondiente a la versión existente en castellano de los artículos y libros citados. Aparecerá colocada entre paréntesis luego de la paginación de la versión en inglés de cada texto.]

sostiene, por el contrario, la no existencia de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. De acuerdo con la segunda posición básica, la pregunta sobre si los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad están conectados o no, depende del derecho positivo, esto es, de qué es lo que el legislador constituyente en efecto ha decidido. Por esta razón, una conexión entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, únicamente podría ser posible o contingente (1). La primera tesis puede denominarse: «tesis de necesidad», mientras que la segunda: «tesis de contingencia». Yo defenderé aquí la tesis de necesidad.

II. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA PRIMERA TESIS DE NECESIDAD

1. *Reglas y principios*

La forma más elaborada de la tesis de necesidad se basa en la teoría de los principios. La base de la teoría de los principios la constituye la distinción teórico-normativa entre reglas y principios (2). Las reglas son normas que exigen algo en forma definitiva. Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida y las condiciones para su aplicación son satisfechas, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Si esto se cumple, entonces la regla ha sido satisfecha, si no se cumple lo que ella estipula, entonces la regla no ha sido satisfecha. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización. Como tales, ellos exigen que algo sea realizado «en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes» (3). A diferencia de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios opuestos. Por esta razón, los principios, tomados por sí solos, siempre implican un mero mandato de optimización. La determinación del grado apropiado de sa-

(1) Es fácil concebir una tercera tesis que sostenga que la conexión entre derechos fundamentales y proporcionalidad es imposible. Esta tesis, sin embargo, no será considerada aquí. Ella no tiene un rol importante en el debate acerca de la relación entre derechos fundamentales y proporcionalidad.

(2) Cfr. Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (1.^a ed., 1985). Traducción al inglés de Julian Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 47-49. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 67-69.

(3) *Ibidem*, pág. 47 (pág. 67).

tisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación. Por lo tanto, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios.

2. *El principio de proporcionalidad*

a) *Optimización relativa a las posibilidades fácticas y jurídicas*

La definición de los principios como mandatos de optimización conduce directamente hacia una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), mismo que en las últimas décadas ha recibido gran reconocimiento dentro de la teoría y práctica de la jurisprudencia constitucional (4), está conformado por tres subprincipios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres principios expresan en su conjunto la idea de optimización. Los principios *qua* mandatos de optimización exigen una optimización respecto de las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas.

b) *Idoneidad*

El primer subprincipio, el principio de idoneidad, excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. Si el medio M no es idóneo para lograr la realización u obtención del principio P_1 , y sin embargo obstruye la realización de P_2 , entonces no perjudicará ni a P_1 ni a P_2 el hecho de que M sea omitido, aunque sí existirían perjuicios para P_2 si M es adoptado. Por lo tanto, P_1 y P_2 en conjunto alcanzarán su mayor grado de realización respecto de lo fácticamente posible si M es dejado de lado. P_1 y P_2 , tomados en conjunto, proscriben el uso del medio M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa sino una

(4) Cfr., por ejemplo, David M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; Alec STONE SWEET y Jud MATHEWS, «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», en *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008, págs. 72-164.

expresión de la idea del Óptimo de Pareto. Una posición puede ser mejorada sin perjudicar a otra.

Un ejemplo de vulneración del principio de idoneidad puede ser hallado en la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto de la ley que exigía aprobar un examen de tiro, no solamente a las personas que solicitaban una licencia general de caza, sino también a aquellas personas que solicitaban únicamente una licencia de cetrería. El Tribunal argumentó que el examen de tiro para cazadores con aves rapaces, no era idóneo para promover el «ejercicio propio de estas actividades tal como las entendió el legislador» («*vom Gesetzgeber gewollten[n] sachgerechte[n] Ausführung dieser Tätigkeiten*») (5). En consecuencia, no existía una razón objetiva lo suficientemente clara («*kein sachlich einleuchtender Grund*») (6) para afectar la libertad general de acción de los cetreros, tal como está garantizada en el artículo 2 (1) de la Ley Fundamental. Por esta razón, la regulación fue declarada contraria al principio de proporcionalidad (7) y, en consecuencia, inconstitucional.

c) *Necesidad*

Casos en los cuales se haya declarado inconstitucional alguna ley a causa de su inidoneidad son poco frecuentes. Normalmente el medio adoptado por el legislador buscará por lo menos realizar sus fines en alguna medida. Esto basta para superar el test de idoneidad. Por esta razón, la relevancia práctica del subprincipio de idoneidad es más bien baja. Esto es completamente distinto respecto del segundo subprincipio del principio de proporcionalidad, es decir, respecto del principio de necesidad. Este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P_1 , deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P_2 . Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra (8). Bajo esta condición, P_1 y P_2 , en conjunto, exigen que sea

(5) Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, en lo sucesivo, BVerfGE) 55, 159 (166).

(6) BVerfGE 55, 159 (167).

(7) BVerfGE 55, 159 (166).

(8) El principio de necesidad presupone que es indiferente para todos los demás principios o fines la pregunta acerca de si se debe adoptar el medio que interfiere con menor o mayor intensidad. Si, no obstante, existiera un tercer principio o fin, P_3 , que es afectado negativamente por la adopción del medio que interfiere con menor intensidad a P_2 , entonces, el caso no podrá ser resuelto apelando únicamente al Óptimo de Pareto. Cuando los costos devienen en inevitables, se hace necesario realizar una ponderación.

aplicado el medio que interfiera en menor grado. Es decir, nuevamente, un caso del Óptimo de Pareto.

Un ejemplo para esto puede ser encontrado en la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto a las golosinas, específicamente respecto de las golosinas con forma de conejo de Pascua y Santa Claus, que estén hechas con arroz inflado. Con el fin de proteger a los consumidores de confundir dichos dulces hechos con arroz inflado por productos hechos de chocolate, se decidió prohibir las golosinas a base arroz inflado. El Tribunal argumentó que la protección de los consumidores podría ser lograda «en una forma igualmente efectiva pero menos restrictiva con una obligación de señalización» («*in gleich wirksamer, aber weniger einschneidender Weise durch ein Kennzeichnungsgebot*») (9). Por esta razón, la prohibición fue declarada como una violación al principio de necesidad y, en consecuencia, como contraria al principio de proporcionalidad.

d) *Proporcionalidad en sentido estricto*

Así como pasa con el principio de idoneidad, el principio de necesidad también se refiere a la optimización relativa a las posibilidades fácticas. La optimización relativa a las posibilidades fácticas consiste en ahorrar costos que pueden ser evitados. Sin embargo, los costos devienen en inevitables si los principios entran en conflicto. La ponderación entonces se hace necesaria. La ponderación es el tema del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, esto es, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas. Este principio es idéntico a la regla llamada «ley de la ponderación» (10). Esta regla estatuye:

«Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.»

La ley de la ponderación excluye, *inter alia*, una interferencia intensiva al principio P_1 que sea justificada solamente por la menor importancia asignada a la satisfacción del principio en colisión P_2 . Tal solución no representaría una optimización de P_1 conjuntamente con P_2 .

La ley de la ponderación puede ser hallada, con diferentes formulaciones, prácticamente en todos los ámbitos de la jurisprudencia del Tribunal Constitu-

(9) BVerfGE 53, 135 (146).

(10) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), pág. 102 (pág. 138).

cional. Ella expresa una característica especial de la ponderación y posee una gran importancia práctica. Si se quiere alcanzar un análisis preciso y completo de la estructura de la ponderación, se hace necesario ampliar la ley de la ponderación. El resultado de dicha ampliación es la fórmula del peso (11). La fórmula del peso define al peso, en el caso concreto, de un principio P_i en relación con un principio opuesto P_j ($W_{i,j}$), como el cociente resultante de, primero, el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la interferencia en P_i (I_i) por el peso abstracto de P_i (W_i) y por el peso de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas referidas a lo que la medida en cuestión significa para la no realización de P_i (R_i), y, segundo, el producto de los valores correspondientes respecto a P_j , ahora respecto de la realización de P_j . Esto se expresa de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Ahora bien, hablar de cocientes y productos sólo es posible en presencia de cantidades numéricas. Esto constituye el problema de la graduación. En *La Teoría de los Derechos Fundamentales* solamente se consideraba una escala continua que se proyectaba sobre una infinidad de puntos ente 0 y 1, así se llegó a la conclusión de que era imposible trabajar con dichas escalas en el razonamiento jurídico (12). Sigo creyendo que esta apreciación es correcta. Sin embargo, las cosas son diferentes una vez son tomadas en cuenta no solamente escalas continuas o infinitesimales, sino también escalas discretas. Precisamente esto fue lo que hice hace algunos años. La ponderación puede llevarse a cabo tan pronto como se tenga una escala con dos valores, digamos, leve y moderado. En el derecho constitucional se usan usualmente escalas triádicas, mismas que trabajan con valores tales como: leve, moderado y grave. Existen varias posibilidades para representar estos valores a través de números (13). Si se escoge una progresión geométrica como 2^0 , 2^1 y 2^2 , se hace posible representar el hecho de que la

(11) Robert ALEXY, «On Balancing and Subsumption», *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, págs. 433-449, 443-448. Traducción al castellano de Miguel León Untiveros, «Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural», en *Foro Jurídico*, núm. 9, 2009, págs. 40-48, 46-48; Robert ALEXY, «The Weight Formula», en *Frontiers of Economic Analysis of Law (Studies in the Philosophy of Law 3)*, Jerzy STELMACH, Bartosz BROŻEK, y Wojciech ZALUSKI (eds.), Cracow, Jagiellonian University Press, 2007, págs. 9-27. Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, «La fórmula del peso», en R. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 2007, págs. 349-374.

(12) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), págs. 97-99 (págs. 131-135).

(13) Respecto a este punto, cfr. ALEXY, «The Weight Formula» (n. 11), págs. 20-23 (págs. 365-368).

fuerza de los principios se incrementa de manera directamente proporcional al incremento de la intensidad de la interferencia. Esto constituye la base para dar respuesta a la objeción que afirma que la teoría de los principios conduce irremediablemente a un debilitamiento de los derechos fundamentales. Si el peso concreto ($W_{i,j}$) de P_i es mayor que 1, P_i tiene precedencia sobre P_j , pero si es menor que 1, P_j tiene precedencia sobre P_i . Esto conecta a la fórmula del peso — con ella a la ley de la ponderación— con la ley de colisión (14). Sin embargo, si el peso concreto ($W_{i,j}$) es igual a 1, se produce un empate. En este caso estará permitido tanto realizar la medida en cuestión, así como omitirla. Esto significa que el Estado, y en especial el Legislador, posee discreción (15). Esto es de gran importancia a efectos de responder a la objeción que afirma que la teoría de los principios conduce hacia una sobre-constitucionalización (16).

Ante esto quizá pueda ser elevada la objeción de que el razonamiento jurídico no puede ser reducido a un cálculo. Esto sería una comprensión errónea del rol que tiene la fórmula del peso. Los números introducidos no sustituyen a los juicios o proposiciones, sólo los representan. Un ejemplo de esto vendría a ser la proposición: «La restricción de la libertad de expresión es grave». Esta proposición tiene que ser justificada. Esto puede ser hecho solamente mediante argumentos. En este sentido, la fórmula del peso está intrínsecamente conectada con el discurso jurídico. Ella expresa un argumento básico del discurso jurídico (17).

Quizá sea útil recurrir a un ejemplo extraído de la casuística a fin de ilustrar la descripción abstracta del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de una decisión tomada por el Tribunal Constitucional Federal alemán

(14) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), págs. 53-54 (págs. 74-76).

(15) *Ibidem*, págs. 408, 410-414 (págs. 538, 541-546).

(16) Respecto a este punto, cfr. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen. Zur Gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik», en *Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991, págs. 159-199, 188-190.

(17) En Robert ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation* (1.ª ed., 1978). Traducción al inglés de Ruth Adler y Neil McCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989, págs. 221-230. Traducción al castellano de Manuel Ateiza e Isabel Espejo, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2.ª ed. ampliada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, págs. 213-222, presenté la fórmula de la subsunción como la única forma básica de argumento del discurso jurídico. En «On Balancing and Subsumption» (n. 11), págs. 443-448 (págs. 46-48), añadí a esto la fórmula del peso como una segunda forma básica de argumento. Finalmente, en «Two or Three?», en *On the Nature of Legal Principles, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. supl. 119, Martin BOROWSKI (ed.), Franz Steiner & Nomos, 2010, págs. 9-18, 17-18, intenté cerrar el sistema al añadir una tercera forma básica de argumento: la analogía o comparación de casos. Estas tres formas básicas de argumento se conectan a su vez con los conceptos de regla, principio y de caso respectivamente.

referida al conflicto clásico entre la libertad de expresión y el derecho a la personalidad. La popular revista satírica, *Titanic*, llamó primero «asesino nato» y luego, en una edición posterior, como «tullido», a un soldado parapléjico perteneciente a la reserva del ejército. El Tribunal Superior de Düsseldorf emitió una sentencia en contra de la revista *Titanic* y ordenó a dicha revista pagar una indemnización de 12,000 marcos alemanes al oficial. *Titanic* interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal realizó una ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto («*fallbezogene[n] Abwägung*») (18) entre la libertad de expresión de la revista (P_1 : Art. 5 (1) (1) de la Ley Fundamental alemana) y el derecho al honor del oficial (P_2 : Art. 2 (1), en concordancia con el Art. 1 (1) de la Ley Fundamental). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la interferencia en estos derechos y las puso en relación la una con la otra. La sentencia que ordenaba el pago de la indemnización fue calificada como una interferencia dura («*nachhaltigen*») (19) o grave (g) a la libertad de expresión (I_1). Esta conclusión se fundó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma forma en que la habían venido haciendo hasta el momento. El apelativo «asesino nato» fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por *Titanic*. La mencionada revista se refería habitualmente a distintas personas variando sus apellidos de nacimiento de forma «evidentente poco seria» («*erkennbar unernste*»), desde «juegos de palabras hasta tonterías» («*Wortwitze bis hin zu Albernheiten*») (20). Este contexto hace imposible reconocer en el apelativo utilizado por la revista «un perjuicio no permitido, grave o ilegal en contra del derecho a la personalidad» («*unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung*») (21). La interferencia al derecho al honor (I_2) fue calificada como de intensidad moderada (m), incluso tal vez sólo de intensidad leve o menor (l). Esto significaba que la interferencia a la libertad de expresión era desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional de acuerdo con la ley de la ponderación y, con ella, a la ley del peso.

Sin embargo, las cosas fueron diferentes en el extremo concerniente al apelativo de «tullido». De acuerdo con la apreciación del Tribunal, esto cuenta como «una ofensa grave a su derecho al honor» («*verletze ihn schwer in seinem Persönlichkeitsrecht*») (22). Esta apreciación fue fundamentada en base al hecho de que describir a una persona severamente discapacitada como «tu-

(18) BVerfGE 86, 1 (11).

(19) BVerfGE 86, 1 (10).

(20) BVerfGE 86, 1 (11).

(21) BVerfGE 86, 1 (12).

(22) BVerfGE 86, 1 (13).

llido» es considerado hoy por lo general como «humillante» («*Demütigung*») y expresa una «falta de respeto» («*Mißachtung*») (23). Por lo tanto, la interferencia (I_1) grave (g) a la libertad de expresión (P_1) fue contrarrestada por la mayor (g) importancia (I_2) concedida a la protección del derecho al honor (P_2). Éste es un caso típico de empate. En consecuencia, el Tribunal llegó a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un «error en la ponderación en detrimento de la libertad de expresión» («*keine Fehlgewichtung zu Lasten der Meinungsäußerungsfreiheit*») (24) en la decisión del Tribunal Superior de Düsseldorf. El recurso de amparo interpuesto por *Titanic* fue estimado en lo concerniente al extremo referido al pago de la indemnización en razón a la conducta de haber llamado al oficial «asesino nato». En lo concerniente al apelativo de «tullido» dicho recurso se consideró infundado.

3. *Dos conexiones necesarias*

Hasta el momento mis consideraciones se han referido a la relación existente entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad. Esta conexión no puede ser más próxima. De acuerdo a la teoría de los principios, los principios son mandatos de optimización. Ahora bien, el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, se deduce lógicamente de la naturaleza de los principios como mandatos de optimización, y la naturaleza de los principios como mandatos de optimización se deduce lógicamente a su vez del principio de proporcionalidad (25). Esta equivalencia es necesaria.

Exactamente en este punto es decisivo hacer una distinción. Ésta es la distinción entre una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad, por un lado, y una conexión necesaria entre la teoría de los principios, incluyendo al principio de proporcionalidad —su equivalente—, y los derechos fundamentales, por el otro. La tesis de que existe una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad puede ser denominada como «la primera tesis de necesidad». Por otra parte, la tesis que afirma la existencia de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, o el análisis de proporcionalidad, será denominada como «la segunda tesis de necesidad». Martin Borowski ha elabo-

(23) *Ibidem*.

(24) *Ibidem*.

(25) ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), pág. 66 (pág. 91).

rado una distinción entre la teoría de los principios como tal, esto es, la teoría de los principios como una tesis teórica-normativa, y la aplicación de la teoría de los principios a los derechos fundamentales, esto es, la teoría de los principios como una interpretación de los derechos fundamentales (26). La primera tesis de necesidad vendría a ser una tesis teórico-normativa, mientras que la segunda tesis de necesidad vendría a ser, por el contrario, una tesis interpretativa.

4. *Dos objeciones a la primera tesis de necesidad*

La primera tesis de necesidad ha recibido menos objeciones que la segunda. Sin embargo, esto no significa que ella no haya sido objeto de críticas. Dos de estas objeciones serán consideradas aquí. La primera ha sido elevada por Kai Möller. Möller afirma que la tesis que afirma que la naturaleza de los principios implica al principio de proporcionalidad es «errónea» (27). Su principal argumento consiste en que la cláusula «en la mayor medida posible», en la definición de principio, correctamente entendida, hace referencia no solamente a la ponderación, sino también a la corrección. Esto quiere decir «en la medida correcta» (28). La medida correcta, a su vez, depende de «un argumento moral» (29). Esta objeción enfrenta a la ponderación con dos conceptos: con el concepto de la corrección y con el concepto de la moralidad. Mi respuesta a esta objeción afirma que estos conceptos requieren de una ponderación siempre que esté implicada una interferencia a un derecho fundamental. La corrección de una interferencia a un derecho fundamental depende de si dicha interferencia está justificada. En los casos de idoneidad o de falta de necesidad, no existe razón alguna que suponga realizar dicha interferencia. La interferencia, por consiguiente, no estaría justificada. Esto hace evidente que la determinación de la medida correcta necesariamente presupone a los subprincipios de idoneidad y de necesidad. Con esto se demuestra que la optimización relativa a las posibilidades fácticas está conectada con la corrección. La pregunta decisiva respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en: comprobar si la determinación de la extensión correcta de un derecho depende de la intensidad de la interferencia (I_i) en este derecho (P_i) y la intensidad de la interferencia (I_j)

(26) Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 2.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 68-70.

(27) Kai MÖLLER, «Balancing and the Structure of Constitutional Rights», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 5, 2007, págs. 453-468, 459.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*, pág. 461.

en el derecho o fin opuesto (P_j) a través de la omisión de una interferencia en el derecho (P_i), conjuntamente con los otros factores de la fórmula del peso. Yo considero que esto es correcto. No puede ser correcto que una interferencia grave (g) esté justificada únicamente porque se haya otorgado una importancia leve (l) a esta interferencia, con tal de satisfacer al principio opuesto. Todos los demás factores quedan constantes (*ceteris paribus*). En resumen, la corrección depende de la ponderación.

El segundo punto de Möller consiste en la necesidad del argumento moral. La determinación de la intensidad de la interferencia al derecho al honor del oficial parapléjico al llamarlo «tullido» se basa, como se mencionó líneas arriba, en la apreciación de dicho epíteto como humillante y como expresión de falta de respeto. Todos éstos son argumentos morales. Sin tales argumentos morales, la fórmula del peso no podría ser aplicable al caso *Titanic*. Esto basta para mostrar que los argumentos morales son indispensables para la aplicación de la fórmula del peso (30). La fórmula del peso no constituye una alternativa al argumento moral, pero sí viene a ser una estructura de la argumentación jurídica y moral (31).

Una segunda objeción en contra de la primera tesis de necesidad, esto es, contra la tesis de la necesidad de conexión entre la optimización y el principio de proporcionalidad ha sido elevada por Ralf Poscher. Poscher sostiene que «el principio de proporcionalidad no debe ser entendido como un mandato de optimización» («*der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz muss nicht als Optimierungsgesetz verstanden werden*») (32). Él argumenta que existen otras alternativas distintas a la optimización, como, por ejemplo, la «prohibición de una desproporcionalidad grave» («*Verbot grober Disproportionalität*») y la

(30) Tsakyrakis reprocha al análisis de proporcionalidad su pretensión de querer ser «totalmente extraña a cualquier tipo de razonamiento moral»; Stavros TSAKYRAKIS, «Proportionality: An Assault on Human Rights?», en *International Journal of Constitutional Law*, núm. 7, 2009, págs. 468-493, 474. Esto no es aplicable al análisis presentado aquí. En realidad, lo correcto es todo lo contrario.

(31) Anteriormente Möller sostenía que era posible la existencia de casos en los cuales la ponderación estaba excluida. MÖLLER, *Balancing and Constitutional Rights*, (n. 27), págs. 460-461, 465-467. Desde esta visión de la teoría de los principios, tales casos pueden ser contruidos o bien como casos en los cuales el peso abstracto de un principio es cero, esto es, como casos de razones excluidas, o bien como casos en los cuales el peso abstracto de los principios es infinito, lo cual tiene como efecto que dicho peso se convierta en una norma categórica o absoluta. Respecto a este punto, cfr. Robert ALEXY, «Thirteen Replies», en *Law, Rights and Discourse*, George PAVLAKOS (ed.), Oxford, Hart Publishing, 2007, págs. 333-366, 340-344.

(32) Ralf POSCHER, «Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnisse der Prinzipientheorie», en *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Jan-R. SIECKMANN (ed.), Baden-Baden, Nomos, 2007, págs. 59-79, 74.

«garantía de una posición mínima» («*Garantie einer Mindestposition*») (33). La prohibición de desproporcionalidad viene a ser lo mismo que el mandato de proporcionalidad, y éste, a su vez, viene a ser lo mismo que el mandato de optimización. La prohibición de una desproporcionalidad grave planteada por Poscher, en consecuencia, no es otra sino una conexión entre el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, entendido como mandato de optimización, con la discreción para casos en los que la desproporcionalidad no sea grave. Éste no es el lugar para tomar posición respecto de la pregunta de si la concesión de dicha discreción puede ser justificada o no, por ejemplo, a través de los principios formales. Lo único que importa respecto a esta conexión es si tal construcción puede permanecer completamente dentro de los confines de la teoría de los principios. Esto es distinto respecto del caso de la garantía de una posición mínima. La garantía de un mínimo, al no estar determinada por la ponderación, no podría a ser lo mismo que una optimización. Ella sería no solamente distinta a la optimización, sino también distinta al principio de proporcionalidad. Ella no constituiría una interpretación alternativa al principio de proporcionalidad. Más bien, ella sería una alternativa incompatible con este principio. Quien propone reemplazar al principio de proporcionalidad en sentido estricto por una garantía de posición mínima, propone la abolición de este principio. La pregunta de si tal propuesta es justificable gira en torno a la pregunta acerca de si un enunciado como el siguiente puede ser defendido: «La intervención grave a un derecho fundamental basada en razones de menor importancia, desde el punto de vista de la Constitución, será constitucional, si se garantiza que una posición mínima quedará protegida.» Yo considero que este enunciado no puede ser defendido.

Hasta este punto, nuestras reflexiones se han concentrado en torno a la primera tesis de necesidad, esto es, en torno a una cuestión teórica-normativa. Una conexión necesaria entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad a nivel teórico-normativo no implica, sin embargo, una conexión necesaria entre el principio de proporcionalidad o la teoría de los principios y los derechos fundamentales a nivel de la interpretación de los derechos fundamentales positivos. Por lo tanto, se hace necesario justificar la segunda tesis de necesidad.

(33) *Ibidem*.

III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: LA SEGUNDA TESIS DE NECESIDAD

1. *Contingencia y positividad*

La pregunta respecto de si existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad o la teoría de los principios, esto es, la pregunta acerca de si la segunda tesis de necesidad es verdadera, ha sido intensamente discutida. La principal objeción sostiene que la teoría de los principios no puede ser vista como una «teoría universal de los derechos fundamentales» (34). Ella no sería más que «una teoría con un objeto específico... el cual consiste en analizar el proceso de colisión de principios como parte de la estructura de los derechos fundamentales» (35). Como tal, ella carece de valor explicativo universal (36). Ella falla como «teoría única, central, comprehensiva y concluyente del análisis y aplicación de los derechos fundamentales» (37). Por esta razón, en el campo de los derechos fundamentales existen solamente algunas islas de mandatos de optimización («*Inseln von Optimierungsverpflichtungen*») (38). Por lo tanto, los derechos fundamentales no son principios «debido a razones de su propia esencia» («*Wesensmäßig*») (39). «Ellos no son principios en razón a su naturaleza..., lo son únicamente cuando, y en la medida en que, una decisión jurídica positiva de la legislatura constitucional les dé esta naturaleza y carácter distintivo» (40). En consecuencia, la pregunta de cómo los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad se relacionan mutuamente tiene que ser remitida a «un test de positividad» (41).

El último punto es de crucial importancia para poder entender la tesis de contingencia, la contraparte de la tesis de necesidad. La tesis de contingencia

(34) Mathias JESTAEDT, «The Doctrine of Balancing- its Strengths and Weaknesses», en *Institutional Reason*, Matthias KLATT (ed.), Oxford, Oxford University Press [por editarse], ms. 28.

(35) *Ibidem*, ms 10.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*.

(38) Peter LERCHE, «Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?», en *Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift für Klaus Stern*, Joachim BURMEISTER (ed.), München, Beck, 1997, págs. 197-209, 207.

(39) Jan Henrik KLEMENT, «Von Nutzen einer Theorie, die alles Erklärt», en *Juristenzeitung*, núm. 63, 2008, págs. 756-763, 760.

(40) JESTAEDT, «The Doctrine of Balancing- its Strengths and Weaknesses» (n. 34), ms. 13.

(41) *Ibidem*.

exige que la pregunta sobre si los derechos fundamentales están conectados o no con el principio de proporcionalidad dependa exclusivamente de las decisiones que se expresan en el derecho positivo, en el caso de una Constitución éstas vendrían a ser las decisiones del legislador constituyente (42). La tesis de contingencia puede ser denominada también como «la tesis de positividad». Mi argumento en contra de la tesis de contingencia o tesis de positividad se desarrolla en dos pasos. El primero se refiere a la naturaleza de los derechos fundamentales, el segundo se refiere a la exigencia de corrección como necesariamente conectada con los derechos fundamentales así como con el derecho en general.

2. *La doble naturaleza de los derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales son en realidad derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución. Sin embargo, esto no es suficiente para explicar su naturaleza. La positividad representa sólo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o fáctico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal. La razón para esto consiste en que los derechos fundamentales son derechos que han sido consagrados en una Constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo —la intención, en otras palabras, de positivizar los derechos humanos (43). Esta intención a menudo es tomada en cuenta —objetiva o subjetivamente— por el legislador constituyente. Además, esta intención es una pretensión elevada por aquellos que estatuyen un catálogo de derechos fundamentales. En este sentido, ella es una intención objetiva. Ahora bien, los derechos humanos son, en primer lugar, morales, en segundo lugar, universales, en tercer lugar, fundamentales, en cuarto lugar, abstractos y, en quinto lugar, son derechos que gozan de prioridad por sobre los demás tipos de derechos (44). Aquí solamente interesan dos de estas cinco propiedades: su carácter moral y su carácter abstracto. Los derechos existen solamente si son válidos. La validez de los derechos humanos *qua* derechos morales depende únicamente de su fundamentabilidad. Lo que pretendo

(42) Un ejemplo de una decisión que ilustra la positivización de la proporcionalidad es el artículo 52 (2) (2) de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

(43) Robert ALEXY, «Discourse Theory and Fundamental Rights», en: *Arguing Fundamental Rights*, Agustín MENÉNDEZ y Erik Oddvar ERIKSEN (ed.), Dordrecht, Springer, 2006, págs. 15-29, 17. Traducción al castellano de Pablo Larrañaga, «Teoría del discurso y derechos constitucionales», en R. ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Fontamara, 2005, págs. 47-70, pág. 52.

(44) *Ibidem*.

demostrar consiste en que los derechos humanos son fundamentables en base a la teoría del discurso. El Leitmotiv de esta fundamentación consiste en efectuar afirmaciones, preguntas y argumentaciones. Esta práctica presupone necesariamente reglas que expresen autonomía e igualdad (45). Nada de esto puede ser desarrollado aquí. Para los fines que nos ocupan ahora, lo único que intereressa aquí es que los derechos humanos *qua* derechos fundamentales pertenecen a la dimensión ideal del derecho.

La segunda propiedad relevante es el carácter abstracto de los derechos humanos. Ellos se refieren simplemente a objetos tales como libertad e igualdad, vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor. Como derechos abstractos, los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública. Los derechos humanos, en consecuencia, requieren de la ponderación.

Podría objetarse que esto no sirve como argumento para demostrar la existencia de una conexión necesaria entre la ponderación o principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Una vez los derechos humanos se positivizan, ellos pasan a ser derechos positivos y nada más que derechos positivos. Esto, sin embargo, podría significar una comprensión equivocada de la doble naturaleza de los derechos fundamentales. El carácter ideal de los derechos humanos no se desvanece una vez ellos hayan sido transformados en derecho positivo. Al contrario, los derechos humanos permanecen conectados con los derechos fundamentales como razones en favor o en contra del contenido que ha sido establecido a través de la positivización y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la dimensión ideal de los derechos humanos sobrevive, a pesar de su positivización.

En respuesta a esto, podría ser elevada la objeción de que la presencia de la dimensión ideal destruye el carácter positivo de los derechos fundamentales. Éste, sin embargo, no es el caso. La tesis de la doble naturaleza exige que se tengan en cuenta seriamente tanto a la dimensión ideal así como a la dimensión real del derecho. Ella exige, además, que sea otorgada una prioridad *prima facie* a la dimensión positiva o autoritativa (46). Cuando el legislador constituyen-

(45) Robert ALEXY, «Discourse Theory and Human Rights», *Ratio Juris*, núm. 9, 1996, págs. 209-235. Traducción al castellano de Luis Villar Borda, «Teoría del Discurso y Derechos Humanos», en R. ALEXY, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado, 1995, págs. 61-91, 66-70; ALEXY, «Discourse Theory and Fundamental Rights» (n. 43), págs. 19-22 (págs. 52-59).

(46) Robert ALEXY, «The Dual Nature of Law», en *Ratio Juris*, núm. 23, 2010, págs. 167-182, 173-174, 179.

te al establecer una regla decidió resolver una cuestión de ponderación en un sentido determinado, el intérprete de la Constitución está obligado a aplicar la misma (47). Un ejemplo de regla estrictamente vinculante de derecho fundamental puede hallarse en el artículo 102 de la Ley Fundamental alemana, que establece: «queda abolida la pena de muerte». Otros ejemplos de decisiones tomadas por el legislador constituyente con carácter de regla vienen a ser, por ejemplo: la restricción de la libertad de reunión mediante el derecho a «reunirse pacíficamente y sin armas», artículo 8 (1) de la Ley Fundamental; así también en el artículo 13 (3)-(6) de la Ley Fundamental puede hallarse las disposiciones referentes a la altamente compleja regulación para la adopción de medios técnicos con el fin de la vigilancia acústica de la residencia de un sospechoso. Sin embargo, la prioridad de la provisión expedida por el legislador constituyente no está siempre libre de cuestionamiento (48). Un ejemplo de esto viene a ser el artículo 12 (1) (1) de la Ley Fundamental; de acuerdo con él, la libertad de elegir una profesión no está, como sí es el caso en la libertad del ejercicio de una profesión, sujeta a limitación alguna. Si se tomara a esta disposición como una regla estrictamente vinculante, cerrada a cualquier tipo de ponderación, las personas que nunca han aprobado el examen de fin de carrera, deberían tener un derecho constitucional a ser admitidas en un estudio jurídico. El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró a tal afirmación como «jurídicamente no plausible» («*rechtlich nicht einleuchtend[en]*») (49), y como correctamente aplicado el análisis de proporcionalidad (50).

Estos ejemplos ilustran el sentido en el cual se puede hablar de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Los principios están conectados con todas las normas de derecho fundamental independientemente si ellos, como tales, tienen carácter de reglas o de principios. Si el legislador constituyente ha superado una colisión de principios expidiendo una regla, entonces el principio formal de autoridad de la Constitución exige que esta regla sea respetada. Sin embargo, si esta regla es ambigua, vaga o evaluativamente abierta, los principios sustantivos que se encuentran tras la regla entrarán inmediatamente en juego. Éste es el caso cuando una regla es incompatible con los principios contenidos en la Constitución. Dichos principios, en algunos casos que normalmente se resolvían en virtud a la regla, tendrán mayor peso que el principio formal de autoridad de la Consti-

(47) Robert ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), pág. 83 (págs. 113-114).

(48) *Ibidem*, págs. 83-84.

(49) BVerfGE 7, 377 (401).

(50) BVerfGE 7, 377 (404-405).

tución conjuntamente con los principios sustantivos que apoyan a la regla. La existencia de estas constelaciones conduce a una potencial conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. La contraparte del carácter potencial es la conexión real existente entre los derechos fundamentales y los principios. Una conexión real se da en todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios. Esta combinación de conexiones reales y potenciales (51), que tiene su origen en la doble naturaleza del derecho, sirve para fundamentar la segunda tesis de necesidad (52).

3. *Derechos fundamentales y la pretensión de corrección*

La existencia de una razón suficiente para una tesis no excluye la existencia de más razones suficientes en favor de la misma. Una segunda razón en favor de la segunda tesis de necesidad la constituye la tesis basada en la pretensión de corrección. Dicha tesis está necesariamente conectada con los derechos fundamentales así como con el Derecho en general. La pretensión de corrección ha sido explicada y defendida en otra parte (53). **Aquí sólo nos interesa un punto.** La pretensión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible. Muchos autores han sostenido que la ponderación es irracional (54). **Esta objeción puede ser denominada como «la objeción de**

(51) Sobre este punto, cfr. «The model of rules and principles (el modelo de reglas y principios)» en ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (n. 2), págs. 80-86 (págs. 109-117).

(52) El argumento de la doble naturaleza del derecho puede ser concebido como una reconstrucción de la tesis del Tribunal Federal Constitucional alemán acerca del hecho de que el principio de proporcionalidad «emerge básicamente de la propia naturaleza de los derechos fundamentales» («*im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst*»); BVerfGE 19, 342 (349); 65, 1 (44); 76, 1 (50-1).

(53) Robert ALEXY, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (1.ª ed., 1992). Traducción al inglés de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2002, págs. 35-39. Traducción al castellano de Jorge M. Seña, *El concepto y la validez del Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 41-45; ALEXY, «The Dual Nature of Law», págs. 168-172.

(54) Cfr., por ejemplo, Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms* (1.ª ed. en alemán 1992), traducción de William Rehg, Polity Press, Cambridge 1996, págs. 259. Traducción al castellano de Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pág. 332; Bernard SCHLINK, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Peter BADURA y Horst DREIER (ed.), Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, págs. 445-465, 460.

irracionalidad». No es posible responder a esta objeción aquí (55). **Sin embargo**, algunas observaciones en lo referente a este tema podrían ser pertinentes. Uno de los argumentos principales de la objeción de irracionalidad consiste en que la fórmula del peso no especifica «cómo deben determinarse los pesos concretos a ser introducidos, medidos y comparados en la fórmula» (56). **Ahora bien**, es cierto que la fórmula del peso no determina qué puede venir a interferir con un derecho fundamental (I_i, I_j); o cuándo se debe hacer uso de una escala leve (l), moderada (m) o grave (g). Tampoco nos dice qué tipo de peso abstracto (W_i, W_j) tienen los principios en conflicto. Finalmente, ella no dice nada respecto de la confiabilidad (R_i, R_j) de las apreciaciones empíricas. Nada de esto, sin embargo, tiene que ver con la irracionalidad. Precisamente ocurre todo lo contrario. Los valores que sustituyen a las variables, representan proposiciones; así, por ejemplo, la proposición: «La restricción del derecho a la personalidad es moderada». Esta proposición puede ser fundamentada, y, de hecho, tiene que ser fundamentada (57). **Esto se puede llevar a cabo solamente mediante la argumentación**. Por lo tanto, la fórmula del peso resulta ser un argumento perteneciente al discurso jurídico racional (58). **Como tal, ella se hace imprescindible para poder introducir «orden al pensamiento jurídico» (59)**. **Esto pone en claro qué puntos son los decisivos y cómo dichos puntos se relacionan los unos con los otros (60)**. Una estructura de discurso iusfundamental que asegure mayor racionalidad no es posible. Esto basta para demostrar que el análisis de proporcionalidad es exigido

(55) Una respuesta reciente a este asunto puede ser hallada en Robert ALEXY, «The Construction of Constitutional Rights», en *Law & Ethics of Human Rights*, núm. 4, 2010, págs. 20-32, 26-32.

(56) JESTAEDT, «The Doctrine of Balancing- its Strengths and Weaknesses» (n. 34), ms. 18; cfr. también, Ralf POSCHER, «Einsichten, Irrtümer und Selbstmißverständnisse der Prinzipientheorie» (n. 32), pág. 76; Alexander SOMEK, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006, págs. 135-136.

(57) Tal fundamentación puede alcanzar altos grados de elaboración; cfr., por ejemplo, BVerfGE 115, 320 (347-357), donde la fundamentación de la valoración de la intensidad de la interferencia llega a abarcar diez páginas.

(58) Robert ALEXY, «The Construction of Constitutional Rights» (n. 54), pág. 32.

(59) Aharon BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pág. 173.

(60) A menudo se eleva la objeción de que los elementos representados por las variables de la fórmula del peso son inconmensurables. Cfr., por ejemplo, John ADLER, «The Sublime and the Beautiful: Incommensurability and Human Rights», en *Public Law*, 2006, págs. 697-721, 717-718. La respuesta a esto radica en que la conmensurabilidad de las valoraciones en ambos lados de la ponderación es reconocida y se origina a partir de un punto de vista común, es decir, el punto de vista de la Constitución. Desde este punto de vista, la «inconmensurabilidad» no es otra cosa sino un desacuerdo; cfr. ALEXY, «The Weight Formula» (n. 11), pág. 18 (págs. 361-362).

no solamente por la naturaleza de los derechos fundamentales, sino también por la pretensión de corrección misma que a su vez es necesariamente formulada en la argumentación realizada por la jurisdicción constitucional.

RESUMEN

Existen dos posiciones básicas respecto de la relación existente entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad. La primera posición sostiene que existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad; la segunda posición sostiene que la pregunta acerca de si los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad están conectados, depende de si el legislador constituyente así lo haya decidido, esto es, depende del derecho positivo. La primera de estas tesis puede ser denominada como «la tesis de necesidad», la segunda como la «tesis de contingencia». De acuerdo con la tesis de necesidad, la legitimidad del análisis de proporcionalidad es un asunto referido a la naturaleza de los derechos fundamentales, de acuerdo a la tesis de la contingencia, esta es una cuestión de interpretación. El presente trabajo defiende la tesis de necesidad.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; teoría de los principios; principio de proporcionalidad; ponderación; teoría de la doble naturaleza del derecho; pretensión de corrección.

ABSTRACT

There are two basic views concerning the relationship between constitutional rights and proportionality analysis. The first maintains that there exists a necessary connection between constitutional rights and proportionality, the second argues that the question of whether constitutional rights and proportionality are connected depends on what the framers of the constitution have actually decided, that is, on positive law. The first thesis may be termed «necessity thesis», the second «contingency thesis». According to the necessity thesis, the legitimacy of proportionality analysis is a question of the nature of constitutional rights, according to the contingency thesis, it is a question of interpretation. The article defends the necessity thesis.

KEY WORDS: fundamental rights; principle theory; the proportionality principle; weighting; the theory of the dual nature of law; intent to correct.