

Aharon, Barak, *Proporcionalidad (Los derechos fundamentales y sus restricciones)*, trad. Gonzalo Villa Rosas, Lima, Perú, Palestra, 2017, 664 pp.

Aharon Barak nació en el año de 1936 en la República de Lituania, estudio Derecho en la Universidad Hebrea de Jerusalén, obtuvo una maestría en 1958 y se doctoró en 1963 en la misma institución educativa. Fue profesor de su alma mater en la Facultad de Derecho, en la que fue nombrado decano en 1974.

Fue Fiscal General del Estado de Israel, entre 1975 y 1978, en el que se destacó por su lucha contra la corrupción. Tomó parte en las negociaciones de los Acuerdos de Camp David, entre el gobierno egipcio y el gobierno israelí. En 1978, cuando tenía la temprana edad de 42 años fue elegido como magistrado de la Corte Suprema Israelí, cargo que ocupó durante 28 años, hasta el 2006. Presidió la Corte desde 1995 hasta su retiro.

Actualmente, funge como profesor de Derecho en el Centro Interdisciplinario de Herzliya y conferencista de Derecho en la Universidad Hebrea de Jerusalén, la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, la Universidad Centroeuropea, el Centro de la Universidad de Georgetown y la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, es miembro del Gruber Global Constitutionalism de la Universidad de Yale, Interdisciplinary Center de Herzliya, ha recibido varios doctorados *honoris causa*, de diversas universidades como las Universidades de Yale, Columbia, Boloña y Oxford.

Hasta el momento ha escrito siete libros: *Proportionality (Constitutional Rights and their Limitations)*; *Israeli Constitutional Law in the Making*; *Purposive Interpretation in Law*; *The Judge In A Democracy*; *Human Dignity y Judicial Discretion*. Todos escritos en hebreo, pero traducidos al inglés, al italiano, al ruso y, recientemente, al español.

La obra reseñada consta de cuatro partes (Derechos Fundamentales: supuesto de hecho y restricciones; La Proporcionalidad: Fuentes, Naturaleza y Función; Los Componentes de la Proporcionalidad; Una Evolución de la Proporcionalidad) ámbito de protección, distribuidas en 20 capítulos, introducción, tablas de convenios y documentos internacionales, tabla de constituciones y leyes, tabla de casos, bibliografía e índice analítico.

Los temas tratados por el autor en la obra, se enfocan en el campo del Derecho Constitucional y los Derechos Humanos, propiamente en el cambio del paradigma surgido después de la Segunda Guerra Mundial, en esta teoría se reconocen derechos fundamentales positivos y derechos fundamentales negativos, como parte de la taxonomía que conforma el sistema jurídico en un Estado democrático constitucional, por lo cual pone de énfasis en el análisis del supuesto de hecho de un derecho fundamental y el ámbito de su protección.

Es por ello que la teoría propuesta por el autor, se enfoca en la forma en la que pueden restringirse los derechos fundamentales por parte de un Estado, ya sea por una ley o por una decisión judicial, es por ello que afirma que siempre que el Estado pretenda restringir un derecho fundamental, la carga de la justificación de dicha necesidad será del Estado.

El esquema democrático constitucional establecido, provee al individuo o a la minoría de un escudo que puede ser usado contra una tiranía de derechos ejercida por la mayoría.

En la primera parte del libro se analiza el supuesto de hecho de los derechos fundamentales, en este apartado se establece de manera clara la distinción entre el supuesto de hecho y la justificación de su restricción, de dicha distinción el autor establece los conceptos de derechos relativos y derechos absolutos, esta parte se compone de cinco capítulos titulados: Derechos fundamentales: supuesto de hechos y ámbito de protección; La determinación del supuesto de hecho de los derechos fundamentales; Los derechos Fundamentales en conflicto; La restricción de los derechos funda-

mentales; Las restricciones jurídicas de los derechos fundamentales.

La segunda parte del libro se enfoca en establecer de una manera detallada la naturaleza, origen y rol de la proporcionalidad en un estado democrático constitucional, es aquí donde se define que es la proporcionalidad y los métodos de restricción de los derechos fundamentales, y se habla de la clausula de anulación establecida en los textos constitucionales y su relación con la proporcionalidad al momento de decidir si se debe restringir o no un derecho fundamental, esta parte tiene tres capítulos: La naturaleza y función de la proporcionalidad; los orígenes históricos de la proporcionalidad; Las fuentes de la proporcionalidad.

La tercera parte de la obra, es en donde se establece de manera puntual cada uno de los componentes de la proporcionalidad, por lo cual es el núcleo de la obra y la aportación del autor al contexto jurídico, en esta parte se establece la idea del fin adecuado, como rector de la restricción de derechos fundamentales, aquí se analiza el eterno choque entre protección de derechos fundamentales y la protección de intereses públicos, es por ello que en esta parte se analiza el concepto de necesidad de restringir, misma que no puede ser artificial, sino que debe estar siempre sustentada, es por ello que se habla de proporcionalidad en sentido estricto, y el autor señala que el mismo es el componente central de la proporcionalidad. Esta parte se compone de ocho capítulos: El fin adecuado; La conexión racional; La necesidad; La proporcionalidad en sentido estricto (la ponderación); La proporcionalidad y la razonabilidad; La zona de la proporcionalidad: el legislador y el Juez; la proporcionalidad y los derechos fundamentales positivos; La carga de la prueba.

La ultima parte de la obra se centra en analizar la proporcionalidad como elemento rector del Estado, haciendo énfasis en la función del juzgador, para delimitar la necesidad de justificación discrecionalidad estructurada y transparencia, para crear un dialogo entre el legislador y el juzgador para de ese modo establecer un sistema de pesos y contra pesos entre estos dos poderes, esta

parte se divide en cuatro capítulos: La importancia de la proporcionalidad; La crítica a la proporcionalidad y una réplica; Las alternativas a la proporcionalidad; El futuro de la proporcionalidad.

La obra reseñada es sin lugar a dudas indispensable para operadores del derecho, abogados postulantes, maestro y alumnos del Derecho, ya que marca un antes y un después del debate respecto de derechos fundamentales y derechos humanos, ya que actualmente en México estamos atravesando por un periodo de transición respecto del trato de los derechos humanos. Actualmente tanto en México como en la mayoría de los Estados de Latinoamérica, existe la fundamentación discursiva de que la función Estatal consiste en salvaguardar los Derechos Humanos, como función primordial de todos los miembros del poder, pero si analizamos con cuidado dichos discursos, nos encontraremos que no es nada nuevo, el supuesto control y garantía de la constitucionalidad y vigilancia de los Derechos Humanos siempre ha sido parte de la fundamentación del aparato de Estado.

Este movimiento ideológico del Derecho lo podemos llamar la teoría dominante, que ha estado en ese estatus desde principios del siglo pasado, y actualmente pretende regresar con nuevos bríos, dicha teoría tiene dos partes: "...la primera es una teoría sobre lo que es el derecho; dicho de manera más informal, es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida. Ésta es la teoría del positivismo jurídico (...)”¹ el positivismo a ultranza es la teoría que se enseña en las Facultades de Derecho, se usa a Kelsen como faro rector, para interpretar las normas jurídicas y el sistema jurídico, pero es raro quien ha leído a Kelsen y más raro aun quien aplica sus postulados en la práctica, sin embargo se utiliza esta primera parte de la doctrina dominante como sustento dogmático e ideológico de la protección de los Derechos Humanos, “La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostiene que el derecho y sus instituciones han de

¹ DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 31.

servir al bienestar general y a nada más.”² desde mi punto de vista en esta parte de la doctrina dominante se crea la justificación de la protección de los Derechos Humanos y se olvida de los derechos fundamentales; ya que en virtud de la protección del bien común, se comente las mayores injusticias, como lo son justificar las retenciones arbitrarias de los cuerpos de seguridad, el arraigo como medida de investigación, la prisión preventiva oficiosa y la extinción de dominio, que son justificadas y calificadas de legales por los Tribunales, tanto locales como constitucionales, como se puede ver cada vez más en México, de ahí la importancia de analizar y aplicar la obra de Aharon Barak.

Lo que realmente acontece en México, es que los tribunales han interpretado de un modo distorsionado su deber de velar por los Derechos Humanos se han olvidado de los derechos fundamentales, ya que se está aplicando un control de convencionalidad *ex officio*, el cual tiene un halo de misticismo y depende el juez que lo aplique el resultado que se tiene, y dicha actividad se realiza generalmente en los procesos jurisdiccionales cognitivos contenciosos, en los cuales podemos afirmar que siempre que se realiza se beneficia a una de las partes.

Parece claro que los Derechos Fundamentales, son innatos a los hombres y no requieren del reconocimiento expreso por un tratado internacional o por la norma constitucional estatal, (tal y como se señala en la obra reseñada) este es el principal problema de la teoría dominante que impera en México, no justifica de modo sistémico cómo es posible que un juez, aplicando un control de convencionalidad *ex officio*, vele, investigue, pondere sobre la protección de algún Derecho Fundamental, ya que la carga de la prueba respecto de la restricción de los mismos le corresponde al Estado, o que el legislador establezca procesos de extinción de dominio, o que en un proceso acusatorio se establezca la figura de prisión preventiva oficiosa, aunque la parte a la que le beneficie no lo haya hecho valer, ni solicitado su protección, y a su vez violente el Derecho Fundamental de debido proceso (entendido como ese

² *Idem.*

método de debate en el que dos sujetos acuden ante un juez imparcial para que éste resuelva la controversia planteada)³, que se encuentra reglamentado en la mayoría de las constituciones de los Estados Democráticos, de ahí la importancia de analizar y aplicar la proporcionalidad de los derechos fundamentales.

Parece que el este nuevo paradigma constitucional en México, trae más problemas de los que pretende solucionar, es decir el discurso institucional y Estatal, nos dice que se está velando por la protección de los Derechos Humanos, sin embargo hoy más que nunca existe una inconformidad monstruosa por la actividad del Estado, que se ha dedicado a satisfacer los cotos de poder de la clase dominante, hace más de tres siglos Voltaire señaló de modo magistral:

Donde el peligro y la ventaja son iguales, cesan el asombro y hasta la compasión se debilita; más si un padre de familia inocente es entregado a las manos del error, o de la pasión, o del fanatismo; si el acusado no tiene más defensa que su virtud; si los árbitros de su vida no corren más peligro al degollarle que el de equivocarse; si pueden matar impunemente con una sentencia, entonces se alza el clamor público, cada cual teme por sí mismo, se ve que nadie tiene a salvo su vida ante un tribunal erigido para velar por la vida de los ciudadanos, y todas las voces se unen para pedir venganza.⁴

En México por un lado se reforma el artículo primero constitucional para garantizar el respeto y protección de los Derechos Humanos, y por otro se legisla figuras tan perversas que ni en la peor época del nazismo se presenciaron, solo como ejemplo te-

³ Definición que no cae en la crítica individualista del proceso liberal, que señala que el proceso no puede ser utilizado de modo arbitrario por las partes para justificar sus intereses, ya que el debido proceso es un derecho fundamental que no puede ser violado por el juzgador o el legislador para justificar la violación de otros derechos.

⁴ Cfr. VOLTIERE, *Tratado de sobre la tolerancia*, España, Diario público, 2010.

nemos la Ley de Extinción de Dominio⁵, el Arraigo⁶ como medida constitucional, la descripción del tipo penal de Delincuencia organizada⁷, que son fijados por la misma Constitución Federal, violando tratados internacionales, y perfeccionadas en su perverso fin por las normas secundarias.

Es claro que el discurso de la protección de los Derechos Humanos, con base al ideal del utilitarismo y del positivismo de la idea dominante se ha convertido en la idea hegemónica, en virtud a las decisiones institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que revisaremos en el siguiente punto, hay que ser intolerantes con las ideas hegemónicas aún más si las mismas se basan en el utilitarismo, “(...) cualquier concepto ideológico de apariencia o alcance universal poder ser hegemónizado por un contenido específico que acaba [ocupando] esa universalidad y sosteniendo su eficacia”⁸ es decir el discurso del nuevo constitucionalismo mexicano sirve de soma para dar la apariencia de un mundo feliz, y ha dado resultados, recientemente el 10 de diciembre de 2013, la ONU, le otorgó un reconocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su labor en la promoción y protección de los Derechos Humanos, un hecho inédito, ya que nunca se le había dado dicho reconocimiento a un Tribunal, ahora solo falta que los ciudadanos mexicanos le den el reconocimiento al Poder Judicial, en su labor diaria.

De ahí que la obra reseñada sea de vital importancia para el contexto actual, ya que cada vez más se pretende justificar la restricción de los derechos fundamentales con un discurso oficialista, es decir te quito derechos para proteger tus derechos, lo cual puede ser de menos peligroso y contrario a un Estado constitucional democrático de Derecho.

La obra de Aharon Barak, debe ser estudiada analizada y debatida, ya que le falta el componente primordial de establecer

⁵ Artículo 22 constitucional.

⁶ Artículo 16 constitucional.

⁷ Artículo 16 constitucional.

⁸ ZIZEK, S. *En defensa de la intolerancia*, España, Diario público, 2010, p. 13

como debe ser aplicaba en el contexto práctico en el ámbito jurisdiccional, como el propio autor señala es el gran dolor de su obra, señalar como se debe aplicar en el campo jurisdiccional.

Sin lugar a dudas la obra reseñada es fundamental para entender el debate actual de los derechos fundamentales, e innovadora para el análisis constitucional de los derechos fundamentales.

Adrian POLANCO*

* Maestría en Derecho, titulado con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México Licenciatura en Derecho, titulado con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Experiencia como investigador: Capacitador Externo de Consejo de la Judicatura Federal (México), Investigador externo Adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (España), Investigador externo Adscrito a la Universidad de Medellín (Colombia), Investigador externo Adscrito a la Escuela de Altos Estudios Jurídicos, Centro de Investigación y Capacitación de Lima (Perú), Investigador externo Adscrito a la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, (Perú), Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (México), Dictaminador nacional de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Miembro del Consejo Consultivo de la Revista de Investigación Jurídica Avances, de la Facultad de Derecho y CC.PP de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca (Perú), Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal (España). Experiencia docente: A) Profesor de Asignatura, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, durante el periodo 2008-2018, en las siguientes materias: Sistema Político Mexicano, Fiscal II, Práctica Forense de Derecho Fiscal, Práctica Forense de Derecho Privado, Practica Forense de Derecho Penal y Teoría del Estado. B) Profesor en diversas instituciones públicas y privadas, en México, España, Perú, Colombia y Brasil. Contacto: <polanco_adrian@hotmail.com>.