

## NOCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD\*

### IDEA, VALIDATION AND CRITICISM OF THE PRINCIPLE OF BALANCING

Jaime CÁRDENAS GRACIA\*\*

**RESUMEN:** El principio de proporcionalidad es una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. Asimismo, permite maximizar los derechos fundamentales de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas. Consta de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación. El primero sirve para determinar si el fin de una intervención estatal en los derechos fundamentales tiene fundamento constitucional; el segundo nos ayuda a saber si la alternativa de intervención estatal en los derechos fundamentales es la menos gravosa; mientras que el tercero nos permite escoger el principio constitucional que debe prevalecer en el caso concreto. El principio de proporcionalidad es una herramienta para armonizar derechos fundamentales en situaciones concretas y es superior a otros métodos de interpretación constitucional porque no jerarquiza *a priori* los principios constitucionales, sino que estimula que el significado de ellos se precise y realice en la mayor medida posible ante cada caso concreto.

**ABSTRACT:** *The principle of balancing is an argumentative structure that provides juridical solutions when fundamental rights have problems coexisting with one another. It allows to maximize fundamental principles within their own factual and juridical boundaries and consists of three sub-principles: suitability, necessity and weighting. The sub-principle of suitability serves to determine if state intervention in matters of fundamental rights has a constitutional basis. The sub-principle of necessity has the purpose of determining if the state intervention in fundamental rights is the least onerous alternative. The weighting sub-principle allows us to choose the constitutional principle that should prevail. The principle of balancing is a tool to bring harmony between fundamental rights in specific situations and it is superior to other methods of constitutional interpretation because it does not state a hierarchy a priori in constitutional principles but promotes the maximization of fundamental rights if possible.*

**Palabras clave:** principio de proporcionalidad; idoneidad; necesidad; ponderación; justificación del principio de proporcionalidad.

**Keywords:** *Balancing, Necessity, Weighting, Suitability.*

\* Artículo recibido el 19 de marzo de 2013 y aceptado para su publicación el 31 de octubre de 2013.

\*\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado,*  
nueva serie, año XLVII, núm. 139,  
enero-abril de 2014, pp. 65-100.

SUMARIO: I. *Noción introductoria sobre el principio de proporcionalidad.* II. *Análisis de los tres subprincipios del principio de proporcionalidad lato sensu.* III. *Justificación e importancia del principio de proporcionalidad.* IV. *Críticas al principio de proporcionalidad.* V. *El principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos fundamentales.* VI. *Conclusiones.*

## I. NOCIÓN INTRODUCTORIA SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es uno de los métodos de interpretación constitucional más trascendente hoy en día. Un juez constitucional puede acudir a otros métodos o reglas de interpretación y de argumentación cuando existen conflictos o colisiones en entre principios,<sup>1</sup> por ejemplo a: la unidad constitucional, la corrección funcional, la efectividad constitucional, la fuerza normativa de la Constitución, la armonización de los bienes constitucionales, entre otros. Sin embargo, entre todos los métodos y reglas de interpretación o de argumentación constitucional destaca el principio de proporcionalidad. ¿Por qué?

Las razones de la importancia del principio de proporcionalidad se exponen en estas páginas, pero de manera preliminar puedo señalar que la trascendencia del principio obedece al entendimiento contemporáneo de las Constituciones. Éstas contienen, principalmente principios, que garantizan bienes y valores jurídicos diversos que en los casos concretos suelen estar en colisión. Las Constituciones son dúctiles y flexibles, representan los proyectos de las sociedades pluralistas, abiertas y heterogéneas. De esta suerte, las Constituciones no responden a un solo modelo o proyecto sino a proyectos políticos, económicos y sociales contrapuestos. El carácter potencialmente conflictivo de la Constitución contemporánea obliga a métodos jurídicos de interpretación y argumentación que permitan en las situaciones concretas conciliar y armonizar, caso por caso, los principios y valores opuestos que contienen.

Una característica adicional de las Constituciones contemporáneas es que éstas no suelen jerarquizar principios y derechos de manera absoluta, porque si esto se hiciera así, significaría que una visión o proyecto sobre la

<sup>1</sup> Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., México, UNAM, 2007; *id.*, “Los conflictos entre normas a la luz de la teoría de los principios”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, pp. 219-232.

realidad se impone jurídicamente a los demás. Las sociedades democráticas se distinguen por su carácter abierto y tolerante y en ellas no cabe la entronización definitiva o permanente de un grupo de principios constitucionales sobre y a costa de los demás.

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas. Es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución.

Además, es un método interpretativo constitucional para solucionar conflictos entre principios de ese carácter, principalmente para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales o, conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional. A este método o regla interpretativa, se le denomina por algunos, juicio de ponderación cuando le dan una connotación estricta. Otros, por su formación anglosajona, prefieren hablar de razonabilidad o de “balancing”.<sup>2</sup> También podemos encontrar quien haga coincidir el principio de proporcionalidad con la interpretación armónica o la interpretación conforme.

Para no confundirnos, debemos señalar que el principio de proporcionalidad fue desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina jurídica alemana después de la segunda guerra mundial —con influencia del derecho anglosajón— y que posteriormente ese método de interpretación constitucional se ha ido incorporando en la jurisprudencia y doctrina de países europeos continentales y latinoamericanos, al igual que en las decisiones de las cortes y tribunales internacionales que tutelan derechos fundamentales.

Teóricamente, como dice Pavel Höllander, el principio de proporcionalidad enlazó la teoría de los principios de Dworkin —y nosotros agregamos de Esser— con la teoría de los derechos fundamentales y de la argu-

<sup>2</sup> Gardbaum, Stephen, “A Deomocratic Defense of Constitutional Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights*, Los Ángeles, University of California, vol. 4, 2010.

mentación de Alexy, pues para éste, los principios están definidos por su capacidad de ponderación en colisión y por su carácter aproximativo y no absoluto. La tesis de Alexy implica en términos generales lo siguiente: los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta sino por su vigencia aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método de principio de proporcionalidad; los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible.<sup>3</sup>

En México, el principio de proporcionalidad se introdujo judicialmente y de manera expresa —antes se había empleado implícitamente—, a partir de la resolución SUP-RAP 50/2001, que resolvió la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso *Amigos de Fox*.<sup>4</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aplicado el principio en algunas de sus resoluciones con muchas críticas por las deficiencias técnicas de su implementación.<sup>5</sup>

Como se indicó, Robert Alexy es el teórico que doctrinalmente ha desarrollado y divulgado este principio, principalmente en su *Teoría de los derechos fundamentales*.<sup>6</sup> En el mundo de habla castellana existen un buen número de trabajos sobre el principio de proporcionalidad; entre ellos destaca el de Carlos Bernal Pulido.<sup>7</sup> En nuestro país, en los últimos años, distintas y numerosas obras hacen estudios sobre este principio o método de interpretación constitucional.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Höllander, Pavel, “El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 214.

<sup>4</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México, UNAM, 2004.

<sup>5</sup> Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 65-106.

<sup>6</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

<sup>7</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

<sup>8</sup> Véase Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2007.

En qué consiste el principio de proporcionalidad. En ser un método para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer. *Lato sensu* comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es obvio, que *stricto sensu*, sólo atendemos al tercero de los subprincipios. Cuando la teoría jurídica y la jurisprudencia aluden al principio de proporcionalidad lo hacen *lato sensu*, pero cuando se refieren al tercer subprincipio indican que es en estricto sentido.<sup>9</sup>

Robert Alexy dice que los tres subprincipios expresan la idea de optimización, lo que significa que interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no como reglas. Los principios son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.<sup>10</sup> Los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad en un sentido *lato* pueden analizarse en abstracto y en concreto cuando se trata de afectaciones en los derechos fundamentales por acción o por omisión de las autoridades. Casi siempre se suele explicar el principio de proporcionalidad por las intervenciones de las autoridades que afectan derechos fundamentales por sus acciones y muy poco por las omisiones e insuficiencias de las autoridades en la protección o garantía de los derechos fundamentales. Estos aspectos los explicamos en los dos párrafos siguientes.

Desde el punto de vista de la afectación mediante acciones de la autoridad, definimos así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad entraña que toda intervención<sup>11</sup> legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamen-

<sup>9</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en derecho constitucional*, Buenos Aires, EU-DEBA, 2009, pp. 39-161.

<sup>10</sup> Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 2.

<sup>11</sup> El concepto de intervención es una noción neutra que se prefiere a expresiones como violación, vulneración, conculcación, invalidez, etcétera. La intervención legislativa

tal, para que sea correcta, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad, significa que la intervención sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser la más benigna —la que le afecte menos— de entre todas las posibles medidas de intervención, y 3) el de proporcionalidad en estricto sentido o ley de ponderación, precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio, es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho.

Desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales mediante omisiones o acciones insuficientes de la autoridad, podemos definir así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad nos dirá que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad en la protección o garantía de los derechos fundamentales es correcta si contribuye a la obtención de algún otro fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad entraña que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad es correcta si produce consecuencias más benignas que su intervención activa, y 3) el de proporcionalidad en sentido estricto debe implicar que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad que afecta derechos fundamentales —para que sea correcta— quede compensada por la importancia que éstas tienen para la satisfacción de otro u otros derechos fundamentales o principios satisfechos.

La aplicación *lato sensu* del principio de proporcionalidad por omisión presenta más problemas que cuando se trata de intervenciones “activas” de la autoridad. Las razones principales de ello tienen que ver con la legitimidad democrática directa del legislador en relación con la ausencia de legitimidad democrática directa del juez constitucional y con las medidas que puede o no adoptar el juez constitucional para salvaguardar los derechos fundamentales ante la omisión de las autoridades.<sup>12</sup> ¿Puede el

o de otra autoridad en un derecho fundamental sólo será considerada inconstitucional después de que aplique el principio de proporcionalidad y se estime indebida la intervención.

<sup>12</sup> Alexy, Robert, “La estructura de los derechos fundamentales de protección”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 119-135.

juez constitucional, sin tener legitimidad democrática directa, ordenarle al legislador o la autoridad que legislen o adopten determinadas políticas públicas —de qué forma o manera— para satisfacer un derecho fundamental en donde han existido omisiones por parte de la autoridad? La respuesta es positiva dentro de ciertos límites, porque el juez constitucional no puede sustituir al legislador democrático, sino que se deben tomar en cuenta para ello y entre otros elementos, los siguientes: el contenido y alcances semánticos de las normas constitucionales para fijar las condiciones de prioridad absoluta y concreta de los derechos; las relaciones con otras normas constitucionales y los derechos que éstas establecen; las características del caso para cumplir con los subprincipios de idoneidad y necesidad, así como el principio de progresividad en la satisfacción de los derechos fundamentales, por ejemplo el nivel de la exclusión social de las personas afectadas por las omisiones de la autoridad en la protección y garantía de los derechos fundamentales, principalmente los de carácter económico, social y cultural.<sup>13</sup>

El principio de proporcionalidad puede tener aplicación respecto de políticas públicas, decisiones administrativas, casos concretos que se ventilan ante los jueces y, desde luego, para determinar hasta dónde la ley supone una intervención indebida a los derechos fundamentales en caso de existir, o bien, hasta dónde la ausencia de ley afecta de manera indebida a los derechos. Entre otras, la discusión teórica en torno a la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la legislación penal es una de las más interesantes, pues nuestro principio puede servir no sólo para determinar si las penas o sanciones son proporcionales a los delitos —artículo 22 de la Constitución— sino incluso si la conducta típica penal —el delito legalmente previsto— es proporcional con relación a los derechos fundamentales intervenidos y con los bienes jurídicos que se supone son protegidos o garantizados por la norma. Es decir, el juez constitucional puede decir que la pena o sanción es desproporcionada conforme al delito establecido en la ley penal, pero también puede estimar que el delito mismo viola el principio de proporcionalidad porque la o las conductas que tipifica no

<sup>13</sup> Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 113-153.

merecen ser sancionadas penal sino administrativamente o, en su caso, ser reparadas por la vía civil.

Para juzgar en torno a la proporcionalidad de la pena o el delito existen criterios y enfoques diferentes, según la escuela penal o posición filosófica que adoptemos. Ferrajoli propone que la proporcionalidad de la pena o de la falta típica se pueda establecer a partir del daño que se genera con la conducta ilícita y con fundamento en la responsabilidad que se atribuye al sujeto —culpa o dolo—. <sup>14</sup> No obstante, el principio de proporcionalidad en materia penal puede utilizarse también y, como ya se dijo, para determinar si las conductas merecen tipificarse penalmente y si la sanción penal es idónea para alcanzar los fines constitucionales de la pena. <sup>15</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha retomado de la jurisprudencia estadounidense la distinción de los tres niveles de intensidad en la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a las leyes: 1) control leve o de evidencia; 2) control intermedio o de justificabilidad, y 3) control estricto o control material intensivo. En el primero, el juez constitucional juzga que la intervención en los derechos fundamentales es menor y, en consecuencia, la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de la ley depende de una carga argumentativa y de la prueba muy alta que le corresponde al demandante. En el segundo tipo de control, las intervenciones o afectaciones a los derechos fundamentales se consideran por el juez constitucional de carácter medio y, por lo tanto, la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de la ley depende de una carga argumentativa y de prueba media, la que le corresponde al demandante. En el control estricto o material intensivo, la intervención o afectación a los derechos fundamentales es muy intensa y, como resultado, la carga de la prueba y de la argumentación le corresponde al legislador, el que debe justificar la afectación en los derechos fundamentales sobre bases de certeza muy elevada para que la ley siga manteniéndose en el ordenamiento jurídico. <sup>16</sup>

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 399 y ss.

<sup>15</sup> Lopera Mesa, Gloria P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 171 y 172.

<sup>16</sup> Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 66, 2002, pp. 56 y ss.



Lopera Mesa indica que en este último supuesto el legislador debe poner a disposición del juez constitucional los estudios empíricos y la información en que sustentó su decisión. Además, debe argumentar y probar: los fines que persigue con su intervención; las razones para justificar que la medida es idónea —satisfacer un fin constitucional—; si fueron tenidas en cuenta otras alternativas a la medida propuesta; si hay razones de por qué se adoptó la elegida, e igualmente los argumentos que demuestren que los beneficios que se obtienen con la decisión compensan sus desventajas y afectaciones a otros derechos fundamentales.<sup>17</sup> En pocas palabras, como en toda aplicación del principio de proporcionalidad, sus subprincipios deben estar o no demostrados y justificados, para tener por constitucional o inconstitucional la intervención o afectación a los derechos fundamentales.

## II. ANÁLISIS DE LOS TRES SUBPRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD *LATO SENSU*

El subprincipio de idoneidad consta de dos elementos a tener en cuenta: que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo. Respecto al elemento referente a que la intervención o afectación en los derechos fundamentales tenga un fin constitucionalmente legítimo, es muy importante que ese fin pueda tener fundamento en la propia Constitución o en el bloque de constitucionalidad, es decir, podría tener fundamento legítimo la intervención o afectación si se apoya en los tratados internacionales, en la jurisprudencia constitucional o en normas de Constituciones históricas cuyos principios no estén derogados de manera expresa o implícita por nuevas disposiciones constitucionales o aun en leyes secundarias que amplíen o maximicen derechos fundamentales contemplados en la carta magna. El fin constitucionalmente legítimo puede *prima facie* desprenderse de las disposiciones constitucionales que otorgan competencia al principio de libre configuración legislativa o, en el caso de las disposiciones legislativas de competencia, a las normas que confieren a la administración pública fa-

<sup>17</sup> Lopera Mesa, Gloria P., “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica...*, cit., p. 184.

cultades de discrecionalidad administrativa. Debemos entender que el fin constitucionalmente legítimo para intervenir o afectar derechos fundamentales requiere estar vinculado con los fines sociales o con intereses que a la sociedad le interesa salvaguardar para que la actuación de la autoridad no sea arbitraria. Una actuación autoritativa que no está relacionada con fines de interés público o interés general es en principio sospechosa de no cumplir con este primer elemento del principio de proporcionalidad.

Como ya dijimos, el segundo elemento de la idoneidad entraña que la medida de intervención o afectación a los derechos fundamentales sea, sino la más útil y eficaz para conseguir el fin propuesto, sí una medida apropiada, es decir, no superflua o ineficaz para arribar al fin constitucionalmente legítimo. La intervención o afectación en los derechos fundamentales de la medida debe servir para promover, fortalecer o ayudar al fin constitucional legítimo de la medida. Puede ocurrir que una medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales lo sea al momento en que el legislador o la administración la dictan y que después ya no lo sea, o viceversa. En estas hipótesis debe entenderse que la idoneidad que debemos preservar es la última, que es la que el juez constitucional tiene que acreditar al momento de dictar su resolución.

El segundo supprincipio, el de necesidad, significa que la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales debe ser estrictamente indispensable<sup>18</sup> porque es la menos gravosa entre otras alternativas para arribar al fin constitucionalmente legítimo o, en su defecto, porque no existen otras alternativas o, las que existen, afectan o gravan en mayor medida o número los derechos fundamentales. Si existen medidas de intervención o afectación a los derechos fundamentales menos gravosas y se escoge una alternativa más gravosa a las existentes, la intervención o afectación en los derechos fundamentales no es correcta, a menos que quede acreditado que existen imposibilidades técnicas o costos económicos exorbitantes que impidieron escoger una alternativa menos gravosa que la escogida.

En el análisis del subprincipio de necesidad se debe realizar un estudio sobre la eficiencia y eficacia de las alternativas disponibles, esto es, se precisa determinar el costo-beneficio —no necesariamente cuantitativo— de cada una de ellas, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto,

<sup>18</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El principio...*, *cít.*, p. 45.

para obtener el fin legítimo. En el subprincipio de necesidad los jueces constitucionales desempeñan una función esencialmente valorativa para elegir la alternativa menos gravosa y que satisfaga de manera conveniente el fin legítimo previsto por la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales. Es contraria al subprincipio de necesidad, la intervención o afectación en los derechos fundamentales que opta por una alternativa que lastime a más derechos fundamentales y/o que resulte no sólo ineficiente —económicamente cara— sino además ineficaz para garantizar y obtener el mejor resultado.

El tercero de los subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto, entraña establecer cuál de los intereses en conflicto, jerárquicamente iguales en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto.<sup>19</sup> En el estudio de este subprincipio —también llamado de ponderación— se hacen dos tipos de estudio: uno normativo y otro de carácter empírico. El estudio normativo se ocupa del lugar que los derechos fundamentales en conflicto y sus respectivos bienes tutelados tienen en el ordenamiento —su nivel de importancia o de fundamentalidad—; igualmente, atiende a los niveles de intensidad con los que la preferencia por un derecho fundamental afecta al derecho fundamental en conflicto.<sup>20</sup>

El nivel de importancia de un derecho fundamental respecto al otro deviene casi siempre del estatus constitucional del derecho y de su relación con los otros derechos y principios, según se hayan definido ya en la jurisprudencia, la dogmática y las prácticas constitucionales. Esta parte del estudio normativo en abstracto es insuficiente para realizar el juicio de ponderación porque los derechos fundamentales no están *a priori* unos por encima de otros, pero sirve para comprender lo que está en lisa. La preferencia que en ese momento el estudio normativo logre determinar, es preliminar y no inamovible, es simplemente una ordenación *prima facie*.

El nivel de intensidad o afectación en los derechos fundamentales —como parte del análisis normativo— se mide por la cantidad de afectación al derecho fundamental concreto. Si son muchas las porciones normativas del derecho fundamental que fueron intervenidas o afectadas por la medida, la intensidad en la intervención o afectación es mayor. Si

<sup>19</sup> Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Argumentación jurídica...*, cit., pp. 1-26.

<sup>20</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio...*, cit., 2005, pp. 775 y ss.

el nivel de intensidad es grave o mayor y se obtiene con la intervención o afectación un beneficio leve, la medida de intervención o afectación será ilegítima o no correcta.<sup>21</sup>

En el estudio empírico lo que importa es medir, por una parte, la intensidad de la intervención —leve, media, grave— empleando las variables de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida y, tomando en cuenta los conocimientos de la ciencia o la técnica, el sentido común y la racionalidad general y, por la otra, se mide el beneficio empírico que los fines mediatos e inmediatos de la medida de intervención o afectación en los derechos fundamentales reportan en relación con el otro derecho fundamental en colisión —tomando igualmente en cuenta la información empírica de la que se disponga y que sea parte del caso—.

En síntesis, la argumentación del principio de proporcionalidad en sentido estricto toma en cuenta los siguientes pasos: la primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.<sup>22</sup> Esta ley es enunciada por Alexy de esta forma: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>23</sup> La idea central de la ley de la ponderación es la optimización de las posibilidades jurídicas de los principios en colisión.

Lo anterior entraña que la aplicación de la ponderación se despliega en esos tres pasos: determinar el grado de no satisfacción o afectación de un principio; precisar la importancia de la satisfacción o cumplimiento del principio contrapuesto, y establecer si la importancia del principio contrapuesto justifica la no satisfacción del otro.

En la primera fase se mide la intensidad de la intervención real en el derecho afectado —leve, media o grave—. La intervención puede refe-

<sup>21</sup> La escala triádica distingue las intensidades de las intervenciones de la autoridad en los derechos fundamentales y las clasifica en: leves, moderadas o medias y graves. La escala especifica la importancia concreta de los principios en colisión.

<sup>22</sup> Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pp. 32 y ss.

<sup>23</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los...*, cit., p. 161.

irse a un derecho de defensa o a un derecho de protección —derechos económicos, sociales o culturales, por ejemplo—. En la segunda fase se determina la importancia o peso abstracto o hipotético del derecho interviniente. En el tercer paso se examina si la intervención de un derecho fundamental afectado se corresponde o no con el derecho interviniente o por cuya justificación se interviene, es decir, una comparación entre la intervención real o peso real afectado por la intervención en el derecho y el peso abstracto —la importancia del derecho que pretende promover o garantizar con la medida de intervención—. Los resultados de lo anterior pueden ser: prevalencia del derecho en el que se opera la intervención real, prevalencia del derecho opuesto donde se opera la intervención hipotética o, un empate.

Las reglas del primer paso las podemos expresar de esta suerte: a) cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución o en la sociedad, mayor será su peso en la ponderación (regla de peso abstracto); b) cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental mayor será el peso del derecho intervenido en la ponderación; correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa mayor será su peso en la ponderación (peso concreto); c) la intensidad en la intervención en el derecho fundamental depende del significado que tenga la intervención legislativa dentro del ámbito normativo, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social; d) la intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza; e) la intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental *prima facie*, y f) la intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuye a obtener el fin inmediato del legislador.<sup>24</sup> Además, para determinar las magnitudes que

<sup>24</sup> *Idem*; Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pp. 31 y ss.; Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 145 y 146.

deben ser ponderadas deben tomarse en cuenta los precedentes, la realización del principio democrático y la dignidad humana.

El segundo paso, que compara magnitudes para medir la importancia entre el derecho fundamental y la intervención legislativa, se apoya también en la ley de ponderación establecida por Alexy y que ya hemos mencionado.<sup>25</sup> Esta ley de precedencia se basa en dos reglas que establecen las cargas argumentativas. La primera señala que los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa deben tener peso, por lo menos equivalente, al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. La segunda precisa que la regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como consecuencia de la ponderación, debe ser aplicada en todos los casos idénticos y análogos.

En el tercer paso es muy importante insistir que la relación de precedencia entre los principios objeto de la ponderación no adquiere prioridad absoluta en el ordenamiento. Se trata de una precedencia en función del caso concreto y para futuros casos, idénticos y análogos, en donde siempre será posible una modificación en la prelación, ya sea por un cambio en el precedente —de aparecer nuevos o más fuertes argumentos en ese sentido, ya sean normativos o empíricos— o en virtud de una reforma constitucional que defina una nueva prelación.

Para precisar aún más lo antes escrito, podemos aclarar sobre la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de la argumentación, lo siguiente: 1) en la ley de ponderación no basta con determinar de acuerdo al caso concreto el grado de afectación y de la satisfacción que producen los principios involucrados en los derechos fundamentales; es necesario advertir, el “peso abstracto” de los principios involucrados, porque algunos de ellos pueden tener más importancia en abstracto de acuerdo a los valores de una sociedad concreta, por ejemplo, en algunas sociedades la libertad puede tener más importancia que el principio democrático, o viceversa; por otra parte, en la ley de la ponderación deben tomarse en cuenta las apreciaciones empíricas derivadas del caso, esto es, las consecuencias efectivas que se producirían por la satisfacción o insatisfacción de los principios involucrados —cuáles consecuencias son las que lastiman o

<sup>25</sup> “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

benefician más a los bienes jurídicos en lisa y que por ello éstos requieren ser salvaguardados y preferidos sobre los otros principios involucrados—; 2) la fórmula de peso se ideó para establecer la relación de los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, en donde además se toma en cuenta la seguridad de las premisas empíricas—la certeza sobre el daño o beneficio concreto que se producirían con la realización de los respectivos principios— y la determinación final de si la satisfacción de un principio justifica la afectación de otro, y 3) finalmente, las cargas argumentativas funcionan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula de peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos, el empate en principio favorece la intervención del legislador a menos de que se trate de intervenciones en la libertad o igualdad jurídica.<sup>26</sup>

Alexy indica que el principio de proporcionalidad *stricto sensu* o ponderación cabe dentro del discurso racional y que ello alcanza para refutar la objeción de irracionalidad como objeción formulada contra la ponderación. Además, el tercer subprincipio cristaliza la justificación que defiende la construcción de los derechos fundamentales como principios.<sup>27</sup>

### III. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

¿Por qué existe y se ha reconocido al principio de proporcionalidad como método o regla para solucionar conflictos entre principios jurídicos de carácter constitucional? La respuesta a este interrogante no puede darse en singular porque exige entender el derecho contemporáneo compuesto, entre otros materiales normativos, por reglas y por principios. Esta distinción entre las normas jurídicas, que hoy en día es aceptada, no siempre fue reconocida, ni aun en el derecho público alemán. Por ejemplo, Forsthoff consideraba que la diferencia entre Constitución y ley era

<sup>26</sup> Sobre esto último, el empate entre principios, no hay claridad plena en Alexy para saber si se favorece al legislador o a los principios de libertad e igualdad jurídica, por los cambios que ha sufrido su teoría. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 100 y ss.

<sup>27</sup> Alexy, Robert, “La construcción de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, p. 14.

sólo cuantitativa pero no cualitativa y que la interpretación de la Constitución no era diferente a la de la ley integrada fundamentalmente por reglas. Esta tesis fue rechazada por el derecho público alemán, en particular autores como Konrad Hesse, Peter Häberle y Böckenforde, indicaron las diferencias no sólo cuantitativas sino cualitativas entre la interpretación constitucional y la de la ley.<sup>28</sup>

El método de interpretación constitucional basado en la aplicación del principio de proporcionalidad *lato sensu* tiene su origen en un buen número de razones —además de las diferencias estructurales entre reglas y principios, en donde las primeras se interpretan mediante subsunción y los principios mediante el principio de proporcionalidad *lato sensu*— entre otras, en las siguientes: el carácter incompleto del orden jurídico que obliga a recurrir a los principios y su método de interpretación, la existencia de lagunas auténticas y falsas en el derecho constitucional, la generalidad y vaguedad de las normas constitucionales y la colisión entre los valores y principios constitucionales que suelen presentarse en los casos concretos. Los métodos tradicionales de interpretación —gramatical, sistemático, funcional, la aplicación de los argumentos jurídicos especiales, etcétera— no son adecuados para solucionar conflictos entre principios constitucionales.

Como método de interpretación constitucional, el principio de proporcionalidad ha sido el resultado de la aplicación judicial de la Constitución. Por eso, se ha desarrollado primero, ahí donde existe, en sede jurisdiccional y posteriormente ha sido la doctrina y, en algunos casos, las normas positivas son las que lo han reconocido. Es sabido que en el derecho alemán, la Corte Constitucional Federal de ese país, lo derivó del principio del Estado de derecho. Posteriormente, el Tribunal Constitucional de Alemania estableció la estructura del principio de proporcionalidad y fue abundando en los componentes que lo integran. El método de proporcionalidad se convirtió progresivamente en el método estándar para la interpretación del derecho constitucional en todos los países de Europa continental, sobre todo a raíz, de su estipulación expresa en el artículo

<sup>28</sup> Höllander, Pavel, “El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 210 y 211.



52, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el mundo anglosajón, el principio de proporcionalidad tiene antecedentes aún más antiguos. Nils Jansen comenta cómo Blackstone formuló el principio de proporcionalidad en el siglo XIX para la Gran Bretaña y cómo ha existido en los Estados Unidos desde los años treinta del siglo XX. Los anglosajones han tenido claro que la razón que justifica el principio de proporcionalidad es la necesidad de contar en la jurisprudencia constitucional con estándares de racionalidad objetiva, pues quien no acude a las reglas de la proporcionalidad en su razonamiento actúa irracionalmente y puede cometer errores de carácter lógico. Es decir, la justificación de la proporcionalidad deviene de una necesidad de racionalidad de las decisiones —sobre todo las de última instancia— a la que obligan las características de las normas constitucionales y su enorme indeterminación.<sup>29</sup>

De lo expuesto parece evidente que el principio de proporcionalidad se justifica para evitar la arbitrariedad en las decisiones de la autoridad, principalmente del legislador. Aun él que tiene legitimidad democrática de origen está obligado en el ejercicio de sus funciones a actuar racionalmente con pleno respeto a los derechos fundamentales de los gobernados. Alexy señala que la democracia no puede basarse exclusivamente en las decisiones de las autoridades que tienen legitimidad democrática de origen, pues se trataría de una democracia decisionista, por lo que propone

... incluir en el concepto de democracia la idea de argumentación... la democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible. Por esta misma razón, la relación del pueblo y el Parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos, sino también, mediante argumentos. En este sentido, la representación parlamentaria del pueblo es, a la vez, volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Nils, Jansen, “Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 51-70.

<sup>30</sup> Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 14.

Lo anterior significa que una justificación muy importante para el principio de proporcionalidad se vincula con la necesidad de trascender la democracia representativa por una deliberativa y al afianzamiento mismo del Estado constitucional y democrático de derecho. El método argumentativo que proporciona el principio de proporcionalidad permite desterrar la arbitrariedad en la toma de decisiones, promueve la deliberación de los asuntos públicos de la sociedad y, al contar con un mecanismo más o menos riguroso y racional de interpretación sobre los principios constitucionales, satisface el valor de seguridad jurídica, con lo cual se fortalece el Estado constitucional.

Otra razón para justificar y mostrar la importancia del principio de proporcionalidad reside en la indeterminación de los principios constitucionales. Es verdad que las normas en general y no sólo los principios pueden contener problemas de indeterminación del lenguaje, pero en el caso de los principios, esa indeterminación es mayor. La teoría jurídica sobre los principios reconoce que hay disposiciones iusfundamentales más indeterminadas que otras; así se distingue entre principios directamente estatuidos en la Constitución y los principios adscritos. Respecto a ambos principios se puede hacer un análisis abstracto y en concreto para determinar sus significados y alcances. Es obvio que respecto a los principios directamente estatuidos, el estudio en abstracto puede permitir determinar su significado, pero aun en esta hipótesis, se necesita del estudio a partir del caso concreto para precisar en todos sus alcances y significados que contenga, específicamente los que tienen que ver con el caso concreto. No cabe duda que en el caso de los principios indirectamente estatuidos en la Constitución los problemas de definición de significados en abstracto o en concreto son mayores. El principio de proporcionalidad sirve para fijar los significados de los principios. Sin él sería muy difícil acotar y precisar los significados de los mismos cuando éstos, además, están en colisión en relación con un asunto particular y concreto. En este sentido podemos decir que el principio de proporcionalidad auxilia en la reducción de la indeterminación del lenguaje jurídico.<sup>31</sup>

Derivado de lo anterior, el principio de proporcionalidad nos ayuda para atender el problema de los principios adscritos —los que no están directamente previstos en los textos constitucionales—, esto es, el de las

<sup>31</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio...*, cit., pp. 104 y ss.

lagunas no auténticas en el derecho constitucional. Es decir, principios implícitos o normas iusfundamentales adscritas. Según Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad estructura la fundamentación de la validez de las normas iusfundamentales adscritas en un procedimiento de cinco pasos, en el que son tenidos en cuenta todos los argumentos materiales analíticos, normativos y fácticos a favor y en contra de la validez de la norma adscrita relevante. Los cinco pasos son los siguientes:

1. La adscripción prima facie a una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental.
2. La verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante.
3. El examen de idoneidad de la ley.
4. El examen de necesidad de la ley.
5. El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

De los cinco pasos, los dos primeros son presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad.<sup>32</sup>

El principio de proporcionalidad se justifica porque sirve para resolver casos difíciles, es decir, aquellos en donde no es posible subsumir el caso concreto en la hipótesis normativa para extraer la conclusión. Dentro de las normas constitucionales, al igual que respecto a las secundarias pueden existir casos fáciles, en donde es posible la subsunción del caso en los supuestos normativos constitucionales. Sin embargo, en la mayoría de los asuntos tenemos casos difíciles, que son aquellos en los que, por causa de la indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable, no aparece claro *a priori* si la ley que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental directamente estatuida y que resulta relevante. En virtud que la norma estatuida en forma directa no basta para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, en estos casos es necesario concretar y fundamentar una nueva norma que sea adecuada para desempeñar la función de premisa mayor. La nueva norma es del tipo adscrita de derecho fundamental, que

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 134 y 135.

resuelve la situación de incertidumbre jurídica existente, es decir, la incertidumbre acerca de la constitucionalidad o no de la ley. La mayoría de los casos de derecho constitucional son difíciles. Sus supuestos más representativos son los siguientes: 1) cuando la norma legislativa examinada regula un caso, que suscita la incertidumbre de si está tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida; 2) cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuadra claramente dentro del supuesto de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero da pie a la incertidumbre de si también está tipificada por el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva constitucionalmente legítima; 3) cuando la norma legislativa regula un caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y de una cláusula restrictiva, pero existen dudas acerca de la constitucionalidad de dicha cláusula restrictiva, y 4) cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley.<sup>33</sup>

Podemos decir que el principio de proporcionalidad se justifica y tiene importancia porque es el método para solucionar conflictos entre normas constitucionales, sobre todo las que se refieren a los derechos fundamentales pero también a otras que tienen que ver con cuestiones de interés público o general o con los principios democráticos. El principio de proporcionalidad al resolver los conflictos constitucionales entiende a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, es decir, como normas que deben realizarse con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que proveen los tres subprincipios del principio de proporcionalidad. Esto es, el principio de proporcionalidad busca promover la garantía mayor de los derechos fundamentales pero aceptando que ninguno de ellos es absoluto sino que en su concreción —en los casos concretos— entran en relación de conflicto con otros derechos fundamentales y, a pesar de ello, se pretende que todos esos derechos en conflicto sean cumplidos y satisfechos de manera máxima y de la mejor forma posible.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 148 y 149.

Finalmente, algunos sostienen que el principio de proporcionalidad se justifica porque tiene fundamento en el derecho constitucional positivo. Ya vimos que en el derecho alemán su fundamento fue jurisprudencial y doctrinal. Sin embargo, es posible que en el ordenamiento nacional o internacional tenga fundamentos explícitos. En el derecho constitucional mexicano se dice que tiene, entre otros fundamentos, los tres primeros párrafos del artículo 1o. de nuestra Constitución, así como el párrafo primero del artículo 16 constitucional y, en materia penal, el primer párrafo del artículo 22 de nuestra ley fundamental.<sup>34</sup> Debates aparte, lo importante es entender que el principio de proporcionalidad es consecuencia del orden constitucional que contempla derechos fundamentales diversos, que persiguen y tutelan bienes y fines jurídicos que se encuentran en oposición unos frente a otros, que además estos derechos están en normas indeterminadas y vagas, las que no pueden concretarse en sus significados sino a través de un proceso de argumentación racional que maximice los derechos en conflicto y que evite al mismo tiempo la arbitrariedad de la autoridad en sus actuaciones. Es decir, el principio de proporcionalidad es hijo del constitucionalismo de nuestra época, es parte de la cultura jurídica constitucional de nuestro tiempo, esté o no esté previsto expresamente en una Constitución. Es una necesidad para asegurar decisiones constitucionales racionales, pluralistas y comprometidas con los derechos fundamentales y los principios democráticos.

#### IV. CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La teoría de los derechos fundamentales de Alexy, en particular el principio de proporcionalidad como método para resolver racionalmente conflictos o colisiones entre principios constitucionales contrapuestos, ha sido repetidamente objetada. Habermas cuestiona a Alexy y señala que concebir a los derechos fundamentales como máximas de optimización elimina el sentido deontológico de los derechos fundamentales, pues la concepción teleológica de los derechos llevaría a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, de forma que los derechos fundamentales no serían cartas de triunfo frente a los objetivos estatales, sino únicamente valores objeto de ponderación con otros valores en cada situación concre-

<sup>34</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El principio...*, *cít.*, pp. 60-78.

ta. La concepción teleológica de Alexy —según Habermas— debilita a los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias en contra de los individuos, es decir, la concepción de Alexy no se concilia con la tradición liberal que concibe a los derechos fundamentales como inalienables y absolutos.<sup>35</sup>

Nosotros consideramos que está crítica no es del todo aceptable. Éstas son las razones: 1) no existe en las Constituciones democráticas una jerarquía *a priori* entre los derechos fundamentales;<sup>36</sup> 2) lo anterior obliga, si los derechos fundamentales se encuentran en un nivel jerárquico similar, a conciliarlos en caso de que se encuentren en conflicto respecto de los casos concretos; 3) la concepción de Alexy sí es deontológica, pero asume el carácter progresivo en la realización de los derechos fundamentales, porque éstos no podrían realizarse —todos— de forma absoluta al mismo tiempo; 4) el principio de proporcionalidad garantiza que los derechos fundamentales puedan realizarse —todos— en la mayor medida posible sobre una base realista y según las circunstancias concretas del caso, y 5) el principio de proporcionalidad cumple una función básica para el Estado constitucional, pues sin él, los derechos fundamentales no podrían materializarse de manera armónica.

La crítica de Habermas tiene seguidores en autores que sostienen que la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad es irracional y produce arbitrariedad, sirve para construir juicios salomónicos<sup>37</sup> porque el propio principio de proporcionalidad es indeterminado conceptualmente, los principios constitucionales son entre sí inconmensurables e incomparables, y con el principio de proporcionalidad es imposible predecir resultados. Sobre la indeterminación conceptual del principio de proporcionalidad se dice que no existen criterios jurídicos que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios. El principio de

<sup>35</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 278; Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 55; Arango, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, *cit.*, pp. 73-90.

<sup>36</sup> Cianciardo, Juan, “Argumentación e interpretación jerárquica de los derechos”, *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, pp. 3-15.

<sup>37</sup> Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 73.

proporcionalidad es una estructura que se completa con las apreciaciones subjetivas del juez. Con respecto a la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los principios constitucionales que se ponderan, se argumenta que los principios constitucionales entre sí no son comparables porque son diferentes entre sí, y en cuanto a la inconmensurabilidad se indica que al no existir una relación jerárquica entre los principios constitucionales ni una medida en común entre ellos, es imposible determinar el peso de cada principio. Finalmente, el principio de proporcionalidad no garantiza predecir los resultados de la ponderación; en consecuencia, la jurisprudencia derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad siempre será *ad hoc* —caso por caso y *a posteriori*—, es incapaz de generar criterios generales, lo que desdora la seguridad jurídica del ordenamiento.<sup>38</sup>

Enlazadas con las anteriores críticas, se dice también que al ponderar los tribunales constitucionales, que carecen de legitimidad democrática, intervienen ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado, principalmente al Legislativo.<sup>39</sup> Según esas críticas, el Tribunal Constitucional sustituye y ocupa el lugar de la Constitución —la Constitución dice lo que quiere que diga el Tribunal Constitucional— y las diversas y hasta contradictorias decisiones subjetivas que emite el Tribunal Constitucional anulan las decisiones democráticas que el legislador ha tomado. El principio de proporcionalidad es una herramienta que se han inventado los tribunales constitucionales para legitimarse e intervenir indebidamente en decisiones políticas. Así como los tribunales constitucionales intervienen indebidamente en las competencias del legislador, también incursionan en las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues las decisiones de los primeros constitucionalizan el derecho ordinario mediante la irradiación de sus decisiones y a través de vías como la acción o juicio de amparo.

Existen además otro tipo de críticas respecto al principio de proporcionalidad. Una de ellas es la del profesor español Juan Antonio García

<sup>38</sup> Véase Bernal Pulido, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España?”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 228 y 229.

<sup>39</sup> Véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 158-160. Sobre esta discusión véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación...*, *cit.*, pp. 155-199.

Amado, quien sostiene que el principio de proporcionalidad supone entender que, subyacente a la Constitución formal, existe otra que es la Constitución material, la que hace ilusoriamente aparecer a la primera como un sistema claro, coherente y pleno. La Constitución material concreta e institucionaliza la moral social o política vigente. Los tribunales constitucionales resuelven y dotan de contenidos a los principios constitucionales empleando los principios morales de esa moral, los que no pueden tener un significado objetivo en una sociedad abierta y democrática y, por ello, sus decisiones son, no sólo discrecionales incluso sino incluso irracionales.<sup>40</sup>

Las anteriores críticas pueden ser contestadas, más o menos satisfactoriamente. Es verdad que el principio de proporcionalidad no aspira a encontrar una objetividad o verdad plena porque esa objetividad no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo. No existe Constitución en el mundo que garantice una objetividad en tal sentido. La indeterminación del derecho es inherente al lenguaje de las disposiciones jurídicas, principalmente a las constitucionales. Así, la racionalidad del principio de proporcionalidad se apoya en un método que procura que las decisiones de los tribunales constitucionales estén bien argumentadas y tomen en consideración los aspectos empíricos y normativos de los casos. Los subprincipios del principio de proporcionalidad —y posteriormente la combinación de las leyes de colisión, de ponderación, la fórmula de peso y la carga de la argumentación— sirven para obligar al juez constitucional a ser riguroso en su decisión. Es totalmente racional el principio de proporcionalidad porque cuenta con estructuras de razonamiento, fórmulas y reglas que favorecen la racionalidad, por ejemplo, los tres pasos de la ponderación demuestran esa racionalidad, pues

en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, en el segundo paso, se define la importancia del principio que juega en sentido contrario y, finalmente, en un tercer paso,

<sup>40</sup> García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice”, *Berbiquí, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia*, Colombia, núm. 30, noviembre de 2005, pp. 14 y ss.



debe precisarse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.<sup>41</sup>

La fórmula del peso extiende la definición de la ponderación porque incluye elementos referentes al peso abstracto de los principios y a las apreciaciones empíricas sobre los mismos. A través de la estructura triádica de la fórmula del peso se comparan y determinan los grados o intensidades de intervención y de los principios en colisión, su peso abstracto y las premisas empíricas. Mediante el cociente de la fórmula de peso se aclara cómo se establecen las relaciones de precedencia de la colisión entre principios y cómo se deciden los casos de empate generalmente a favor del legislador.

Los tribunales constitucionales tienen un margen de discrecionalidad que en realidad es un margen en la deliberación para determinar la magnitud que corresponde a las variables en la estructura triádica. Sin embargo, el margen de deliberación no es absoluto porque el juez constitucional está obligado a justificar las magnitudes a través de los mejores argumentos. Existe el deber del juez constitucional para justificar correctamente la magnitud o intensidad que se atribuye a cada variable, lo que evita la arbitrariedad.<sup>42</sup>

En cuanto a la institucionalización de la moral vigente en la Constitución eso no significa la existencia de una Constitución material por encima de la Constitución. La Constitución positiva es amoral, en donde los alcances y significados de los derechos fundamentales no dependen de la moral sino de los límites semánticos que para cada uno de ellos establece la Constitución. El contenido de cada principio constitucional está limitado por lo que establezca cada disposición de derecho fundamental y por los precedentes que sobre los derechos existen. Es decir, el juez constitucional no tiene la potestad de manipular arbitrariamente el significado de los principios constitucionales, pues éstos están circunscritos a lo que establece la propia Constitución, a la manera en la que han sido interpretados por los precedentes y a la propia cultura jurídica.

Por otra parte, tanto el legislador como el juez ordinario gozan de un margen de libertad y de acción. En donde la Constitución nada prescribe

<sup>41</sup> Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., pp. 32 y ss.

<sup>42</sup> Bernal Pulido, Carlos, “¿Es la ponderación...”, cit., pp. 235-237.

el legislador tiene competencia para decidir. En cuanto a la jurisdicción ordinaria, ésta dispone de un margen de acción para la interpretación de las disposiciones legales que son acordes a la Constitución y en los casos en los que no es procedente llevar a cabo una interpretación estricta que sea conforme con la Constitución. La jurisdicción ordinaria también dispone de un margen para valorar las pruebas, siempre y cuando ésta realice una valoración de manera racional, y no vulnere los principios constitucionales. También deben tomarse en cuenta los límites epistémicos que sujetan al juez constitucional. Dichos límites tienen que ver con las dificultades para determinar las magnitudes tanto empíricas como normativas —relativas al conocimiento pleno de las magnitudes— de la intervención o afectación estatal a los derechos fundamentales. Esto es, el Tribunal Constitucional no puede hacer o decidir lo que le venga en gana. Su actuación para maximizar los derechos fundamentales está constreñida a las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas existentes.<sup>43</sup> Todo lo anterior constituye un valladar a una actuación ampliamente discrecional o arbitraria.

#### V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según se explica en la obra *La argumentación como derecho*,<sup>44</sup> existen dos tipos de teorías que buscan prevalecer como criterio para la solución de colisiones entre principios jurídicos<sup>45</sup> y que son: 1) las teorías materiales de los derechos fundamentales, y 2) las teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Las teorías materiales de los derechos fundamentales son: la liberal, la democrática y la del Estado social. Las teorías estructurales son las teorías del contenido esencial de carácter absoluto de los derechos fundamentales, las teorías internas o del contenido esencial reducido o relativo de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>44</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación...*, *cit.*, pp. 132-136.

<sup>45</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 36; Bernal Pulido, Carlos, *El principio...*, *cit.*, pp. 251 y ss.

La teoría liberal establece que los derechos fundamentales son derechos de libertad frente al Estado. Estas teorías reconocen al individuo una esfera de derechos y libertades que son previos al Estado. Tal como Locke reconoció, el hombre es dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones<sup>46</sup> antes del Estado y una vez que éste existe. La libertad negativa presupone que el individuo puede optar por una conducta entre toda una gama de posibilidades de acción, de escoger entre fines y estrategias alternativas, de definirlos conceptualmente y de practicarlos, todo ello sin interferencias provenientes del Estado o de otros individuos. La libertad es el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros.<sup>47</sup>

En toda la tradición liberal de los derechos fundamentales: Locke, Spinoza, Kant, John Stuart Mill o I. Berlin, es claro que la libertad se concibe como no interferencia. Estas ideas llevadas al plano jurídico han significado que autores como Schmitt señalen que los derechos fundamentales no son sino esferas de la libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa.<sup>48</sup> Los derechos a prestaciones positivas en la obra de Schmitt no son auténticos derechos, son derechos relativos, pues están condicionados por la organización estatal y por el lugar que esta organización asigna al individuo. Los derechos de libertad en cambio no están a disposición del legislador. En consecuencia, los derechos de libertad constituyen un catálogo reducido, y están fuera del ámbito del legislador. Desde luego que en caso de conflicto entre los derechos absolutos de libertad negativa y el resto de los derechos o principios jurídicos, los primeros prevalecerán indefectiblemente.

En otras teorías liberales contemporáneas de los derechos, como la de Rawls, se coincide con la idea de que las libertades básicas conforman una lista breve y cerrada, en la cual están incluidas únicamente las libertades del pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implicadas por el principio de legalidad.<sup>49</sup> Para Rawls es obvia la prio-

<sup>46</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Alba, 1987, pp. 138-144.

<sup>47</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 191 y ss.

<sup>48</sup> Schmitt, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982, p. 169.

<sup>49</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, pp. 289-371.

riedad de las libertades sobre todos los demás bienes importantes para la sociedad, incluidos los fines que atañen a una mejor redistribución social de la riqueza. La teoría de Rawls no aceptaría la aplicación de un principio de proporcionalidad o concepto de ponderación. El pensamiento de Rawls puede entrar en crisis cuando se aplica una Constitución que reconoce no sólo los derechos de libertad, sino también derechos sociales y derechos fundamentales democráticos.

La teoría democrática de los derechos fundamentales propugna la atribución al sujeto de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo, defendiendo un entendimiento del individuo como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios. La libertad se entiende como libertad ejercida dentro de la comunidad y no por un individuo aislado.<sup>50</sup> Las normas válidas sólo serán aquellas en donde los individuos hayan participado en calidad de miembros de discursos racionales. En términos habermasianos, el principio democrático no es nada distinto al principio del discurso institucionalizado mediante la forma jurídica.<sup>51</sup>

La dimensión democrática de los derechos afecta sobre todo a las libertades de conciencia, opinión, expresión, prensa, información, reunión, sindicación y asociación, que son aquellas que revisten un mayor significado como factores de fundamentos o presupuestos funcionales de la democracia. La teoría democrática vista desde el principio de proporcionalidad nos señalaría que se concede a determinadas posiciones jurídicas relacionadas con el principio democrático, una primacía o un mayor peso en la ponderación, cuando entran en conflicto con posiciones que se derivan de las libertades o de derechos que tutelan otros bienes. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional español han puesto de relieve la primacía de ciertos derechos sobre otros en función de su dimensión democrática. La sentencia 104/86, concedió una primacía a las libertades de expresión y de información frente al derecho al honor en función del principio democrático.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio...*, cit., p. 308.

<sup>51</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 147 y ss.

<sup>52</sup> González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado social se basa en el concepto de necesidad.<sup>53</sup> El filósofo Ernst Tugendhat<sup>54</sup> establece que los derechos fundamentales señalan reglas de cooperación social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre éstos y el Estado. Hay sectores sociales, de la comunidad que no pueden valerse por sí mismos. Por tanto, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Las reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad, conforman los derechos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tiene un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado —a quien su estatus inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda— y sobre sus familiares y allegados, que tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en primera instancia, se traspasan, de modo subsidiario, sobre todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se aúnan en el Estado. Autores como Alexy<sup>55</sup> han sostenido que el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad, pues la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Ya sea que los derechos sociales tengan su origen en la necesidad o en la libertad, es un hecho que éstos requieren a diferencia de otros derechos, de leyes de ayuda, subsidio, aseguramiento, organización, impuestos, procedimiento, dirección, planificación y fomento. Como otros derechos, los derechos sociales tienen una validez *prima facie*, y, por tanto, en caso de colisión con otros derechos, será necesaria su armonización mediante el principio de proporcionalidad. Para no debilitar el núcleo de los derechos sociales se ha sostenido un principio de no re-

<sup>53</sup> Heller, Agnes, *La teoría de las necesidades en Marx*, Barcelona, Península, 1986; Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989; Lucas, Javier de y Añón, María José, “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 7, 1990.

<sup>54</sup> Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 334; *id.*, *Problemas*, Barcelona, Gedisa, 2001.

<sup>55</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los...*, *cit.*, p. 486.

gresividad. Esto es, la prohibición del retroceso social que entraña que al legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos prestacionales. En virtud de esta prohibición, el legislador está incapacitado para disminuir las medidas que ha aprobado para desarrollar los derechos prestacionales, aunque sectores doctrinales matizan este principio señalando que el derecho al no retroceso social está ceñido sólo para aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer al “contenido esencial” de los derechos prestacionales.<sup>56</sup>

Por las razones anteriores, Bernal ha establecido que los derechos y deberes de protección son posiciones jurídicas *prima facie*, que se convierten en posiciones definitivas, sólo después de haber sido ponderadas a la luz del principio de proporcionalidad.<sup>57</sup>

Las teorías materiales son importantes para determinar el contenido de los derechos fundamentales para intentar establecer un contenido esencial de los derechos. Sin embargo, llevadas a sus extremos, por ejemplo, el de priorizar en términos absolutos unos derechos sobre otros, haría inviable el establecimiento de condiciones democráticas aceptables en la sociedad. Una sociedad regida por los derechos de libertad sin los de igualdad sería aberrante desde el mismo plano de los derechos o viceversa. También una sociedad que entendiera los derechos sólo desde la participación olvidaría que existen bienes jurídicos, que son válidos para todos independientemente de la participación de los ciudadanos.

En cuanto a las teorías estructurales, como lo mencionamos, éstas son: las teorías del contenido esencial absoluto de los derechos fundamentales, las teorías internas o del contenido esencial relativas de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.

La tesis del contenido esencial asimila a los derechos fundamentales a entidades que se asemejan a las células para señalar que el legislador, pero también el intérprete de la Constitución, no puede afectar su núcleo. Esto de entrada ha sido criticado, pues los derechos fundamentales carecen de sustancia o esencia, ya que están y estarán determinados en cuanto a su extensión por sus contenidos semánticos y por los precedentes que sobre ellos existan.

<sup>56</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio...*, cit., p. 385.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 396.

Las teorías del contenido esencial relativo mezclan su postura con el principio de proporcionalidad.<sup>58</sup> En cambio, las teorías que propugnan la dimensión absoluta del contenido esencial<sup>59</sup> rechazan su vinculación con el principio de proporcionalidad.

Las teorías absolutistas proclaman que los derechos fundamentales poseen un núcleo inalterable que no puede ser afectado por el legislador, y que existe una zona accidental no esencial que puede ser manipulada por éste. Luciano Parejo lo ha explicado así: “existe un límite definitorio de la sustancia nuclear que en ningún caso puede ser traspasado... es el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en algunos de sus elementos) el derecho dejó de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”.<sup>60</sup> El problema de la tesis absolutista del contenido esencial, es que orilla al intuicionismo para definir el contenido esencial de los derechos. Por eso se ha dicho que el contenido esencial se define gracias a las convicciones generalizadas de los juristas. Es decir, el contenido esencial se remite a lo que disponga la doctrina, criterio externo y difuso que no es aceptable en términos jurídicos ni democráticos, pues cuando se esfuman las convicciones generales de los juristas en los casos difíciles, sólo queda el intuicionismo de los órganos de control constitucional para definir el contenido esencial.

Otro criterio para precisar un contenido esencial absolutista consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula de los derechos. El problema es que no existe un criterio intersubjetivo claro para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o a la periferia. La indeterminación de los derechos fundamentales, su vinculación con el resto de los derechos y principios constitucionales, hace muy difícil determinar de manera abstracta, absoluta y permanente, un núcleo para cada derecho que, por otra parte, está siempre afectado por el contexto económico y social donde el derecho en cuestión opere.

<sup>58</sup> Broski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 97-101.

<sup>59</sup> Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 3, 1981, pp. 169 y ss.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 183.

Las teorías mixtas o relativas del contenido esencial se hacen cargo del exceso de la tesis absolutista del contenido esencial y lo compaginan con el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia; sin embargo, se incorpora un matiz: las intervenciones del derecho no están desvinculadas jurídicamente, esto es, dichas intervenciones son admisibles si se respeta el principio de proporcionalidad.<sup>61</sup> La justificación que brinda la proporcionalidad sólo es válida en la zona periférica del derecho. Toda medida que afecta su contenido esencial es inconstitucional. Medina Guerrero lo explica bien cuando señala que en el derecho constitucional español operan dos límites: el contenido esencial, que tiene expresa consagración en el artículo 53.1 de la Constitución Española, y el principio de proporcionalidad que implícitamente está consagrado en la Constitución. Los dos límites operan en planos independientes. El contenido esencial es una parte definible y cierta del contenido de cada derecho. El principio de proporcionalidad es un instrumento de ponderación de derechos fundamentales.<sup>62</sup> El contenido esencial está referido a cada momento histórico y los términos semánticos de los principios.

En las críticas a las teorías relativas del contenido esencial se aduce que es imposible determinar contenidos esenciales de los derechos, pues no existe un criterio racional para ello. La introducción del principio de proporcionalidad en la periferia del derecho es un paso hacia adelante; sin embargo, la idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida, es incompatible con la ponderación entre derechos y bienes. La ponderación y proporcionalidad son métodos lógicamente incompatibles con la idea de un contenido esencial duro y absoluto.

La validez de la restricción legislativa se establece mediante la evaluación de su proporcionalidad. El contenido esencial no puede ser definido previamente. De esta manera encontramos dos tipos antitéticos de juicios

<sup>61</sup> Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, España, McGraw-Hill, 1997, pp. 145 y ss.; Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 140 y ss.

<sup>62</sup> Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 119.



de constitucionalidad. En la teoría absoluta y relativa del contenido esencial el juicio es unidireccional, esto es, el Tribunal Constitucional se limita a detectar el núcleo del derecho y a observar si la restricción legislativa lo afecta o no lo afecta; por el contrario, el juicio de constitucionalidad es relacional en términos del principio de proporcionalidad y, por tanto, la labor del tribunal de constitucionalidad consiste en establecer si las ventajas que la restricción legislativa implican para el derecho intervenido o afectado compensan las desventajas de esa intervención para otros derechos fundamentales y principios constitucionales, en un examen entre las ventajas y desventajas.

## VI. CONCLUSIONES

1. El principio de proporcionalidad es uno de los métodos de interpretación constitucional más importantes. Un juez constitucional puede acudir a otros métodos o reglas de interpretación y de argumentación cuando existen conflictos o colisiones entre principios.
2. El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas pero sí está diseñado para alcanzar tanto racionalidad como certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales. El principio de proporcionalidad sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas.
3. El principio de proporcionalidad enlazó la teoría de los principios de Dworkin y de Esser con la teoría de los derechos fundamentales y de la argumentación de Alexy, pues para éste, los principios están definidos por su capacidad de ponderación en colisión y por su carácter aproximativo y no absoluto.
4. La tesis de Alexy implica en términos generales lo siguiente: los principios son normas que no se distinguen por su vigencia absoluta sino aproximativa; el objeto de los principios son tanto los derechos y las libertades fundamentales como los bienes jurídicos colectivos; el carácter de principio es reconocible por su colisión con otro principio y su calidad de ser cumplido en distinto grado; la colisión entre principios es solucionada mediante el método del

- principio de proporcionalidad; los principios son mandatos de optimización que se realizan en la mayor medida posible.
5. Desde el punto de vista de la afectación mediante acciones de la autoridad definimos así los tres subprincipios: 1) el de idoneidad entraña que toda intervención legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; 2) el de necesidad, significa que la intervención sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser la más benigna —la que le afecte menos— de entre todas las posibles medidas de intervención, y 3) el de proporcionalidad en estricto sentido o ley de ponderación, precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio, es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho.
  6. El subprincipio de idoneidad consta de dos elementos a tener en cuenta: que la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo.
  7. El subprincipio de necesidad significa que la medida de intervención o afectación es la menos gravosa entre otras alternativas para arribar al fin constitucionalmente legítimo o, en su defecto, porque no existen otras alternativas, o las que existen afectan o gravan en mayor medida o número los derechos fundamentales.
  8. La argumentación del principio de proporcionalidad en sentido estricto toma en cuenta los siguientes pasos: 1) establecer la importancia del derecho fundamental intervenido así como la importancia contraria de la medida de intervención o afectación y de los derechos fundamentales que en sentido opuesto las sustentan; 2) comparar la intensidad del derecho intervenido o afectado —grave, media o leve— con el beneficio que reporta la medida de intervención o afectación, y 3) formular una regla de precedencia para señalar

qué intereses y derechos deben prevalecer y cuáles ceder según las condiciones del caso concreto.

9. El principio de proporcionalidad se justifica para evitar la arbitrariedad en las decisiones de la autoridad, principalmente del legislador. La democracia no puede basarse exclusivamente en las decisiones de las autoridades que tienen legitimidad democrática de origen, pues se trataría de una democracia decisionista, es preciso apostar por una democracia discursiva o deliberativa. El método argumentativo que proporciona el principio de proporcionalidad permite desterrar la irracionalidad en la toma de decisiones, promueve la deliberación de los asuntos públicos de la sociedad, satisface el valor de seguridad jurídica y fortalece el Estado constitucional porque maximiza los derechos fundamentales.
10. Según Habermas, el principio de proporcionalidad debilita a los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias e irracionales en contra de los individuos porque los derechos fundamentales pierden su carácter inalienable y absoluto. Las críticas de Habermas no están justificadas por las siguientes razones: 1) no existe en las Constituciones democráticas una jerarquía *a priori* entre los derechos fundamentales; 2) lo anterior obliga, si los derechos fundamentales se encuentran en un nivel jerárquico similar, a conciliarlos en caso de que se encuentren en conflicto respecto a los casos concretos; 3) la concepción de Alexy sí es deontológica, pero asume el carácter progresivo en la realización de los derechos fundamentales, porque éstos no podrían realizarse —todos— de forma absoluta al mismo tiempo; 4) el principio de proporcionalidad garantiza que los derechos fundamentales puedan realizarse —todos— en la mayor medida posible sobre una base realista y según las circunstancias concretas del caso, y 5) el principio de proporcionalidad cumple una función básica para el Estado constitucional, pues sin él, los derechos fundamentales no podrían materializarse de manera armónica.
11. El principio de proporcionalidad no aspira a encontrar una objetividad o verdad plena porque esa objetividad no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo. La indeterminación del derecho es inherente al lenguaje de las disposiciones jurídicas, principalmente a las constitucionales. En este sentido, la racionalidad del principio

de proporcionalidad se apoya en un método que procura que las decisiones de los tribunales constitucionales estén bien argumentadas y tomen en consideración los aspectos empíricos y normativos de los casos. Los subprincipios del principio de proporcionalidad y posteriormente la combinación de las leyes de colisión, de ponderación, la fórmula de peso y la carga de la argumentación, sirven para obligar al juez constitucional a ser riguroso en su decisión.

12. Existen dos tipos de teorías que buscan prevalecer como criterio para la solución de colisiones entre principios jurídicos, que son: 1) las teorías materiales de los derechos fundamentales, y 2) las teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Las teorías materiales de los derechos fundamentales son: la liberal, la democrática y la del Estado social. Las teorías estructurales son: las teorías del contenido esencial de carácter absoluto de los derechos fundamentales, las teorías internas o del contenido esencial reducido o relativo de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.
13. La idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida es incompatible con la ponderación entre derechos y bienes. El principio de proporcionalidad es incompatible con la idea de un contenido esencial duro y absoluto.