

V. Los subprincipios de la proporcionalidad	36
1. ¿Un solo principio o varios criterios de evaluación?	36
2. Idoneidad o adecuación	40
3. Necesidad o indispensabilidad	45
4. Proporcionalidad en sentido estricto	48
5. La "ley de colisión" de Alexy y la argumentación constitucional	56

V. LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD

1. *¿Un solo principio o varios criterios de evaluación?*

La idea de razonabilidad, como se dijo, no es nueva, ha persistido en el derecho occidental. Al respecto debe mencionarse que en los Estados Unidos de América —por evidente influencia del *rule of law* inglés— ha dado lugar al *substantive due process of law* a través de la interpretación de la Enmienda XIV de la Constitución de ese país, doctrina seguida asimismo en Argentina.⁷⁵

No obstante, sin negar la pretensión de razonabilidad del orden jurídico, sobre la cual indudablemente se funda el principio de proporcionalidad, la sola alusión a esa cualidad no es suficiente pues requiere una argumentación tan dispersa y de difícil control, que de hecho deja casi a la simple intuición del operador jurídico su contenido.⁷⁶

⁷⁵ Véanse *Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702, § II (1997); Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 32-45; y Gozaíni, Osvaldo Alfredo, "El debido proceso en la actualidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México-Lima, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 60-62.

⁷⁶ Lo anterior por la apertura de nociones como "razonable", "justificación" y "buenas razones", que pueden engendrar una tautología al remitirse mutuamente. *Cfr.* Guastini, Riccardo, "La Constitución como límite a la legislación", *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2001, pp. 53 y 54.

Comparándolos, el principio de proporcionalidad resulta más ventajoso que recurrir a la simple "razonabilidad" ya que da pautas objetivas y precisas para calificar la justificación de la intervención legislativa en algún derecho fundamental, mediante el examen de los aspectos relativos a los tres subprincipios que lo componen según la doctrina y la práctica constitucionales más divulgadas: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*,⁷⁷ cuyo empleo han adoptado países como España⁷⁸ y México —según veremos— y aun la Suprema Corte norteamericana en alguna ocasión⁷⁹ aunque implícita y casualmente, en nuestra opinión no con la intención deliberada de seguir al tribunal alemán —a fin de cuentas, las exigencias de la proporcionalidad son elementos de la "razonabilidad" de una decisión jurídica, que pueden aplicarse sin especial referencia a una cultura jurídica por ser aprehensibles al intelecto humano—.

Se ha discrepado de la opinión establecida de que los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* son subprincipios de la

⁷⁷ BVerfGE, 30, 292 (316 y 317); 67, 157 (173); y 90, 145, (172 y 173); Alexy, *op. cit.*, nota 5, pp. 100-104; Borowski, *op. cit.*, nota 68, pp. 129-131; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 38; Cianciardo, *op. cit.*, nota 38, pp. 61 y ss.; Martínez-Pujalte, *op. cit.*, nota 70, p. 21; y Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 2, pp. 240-242.

⁷⁸ Véase STC 207/1996, F. J. 4, inc. E), que hace consistir el uso de estos subprincipios en una "doctrina reiterada [relativa a] una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales". También es referencia importante el catálogo de resoluciones del Tribunal Constitucional hispano, presentado en Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 598, núm. 215.

⁷⁹ *United States vs. O'Brien*, 391 U.S. 367, 377 (1968).

proporcionalidad *lato sensu*, y afirmado que esta última en realidad se trata de una mera yuxtaposición de principios diversos —posición a la que aparentemente se acoge la jurisprudencia mexicana—, pero a su favor debe decirse que cada uno de los mencionados subprincipios representa un aspecto especial de la proporcionalidad, de una “justa medida” entre objetos diversos.⁸⁰

Aunque lo ideal sería realizar sucesiva y escalonadamente el examen de cada uno de estos subprincipios en el orden en que los explicaremos, la práctica revela que puede darse un trato “oscilante” entre ellos, no sea demasiado “lineal” como el propuesto, por el cual se inicie el estudio del tercero para pasar luego al primero o de algún otro modo, dada la interacción que tienen entre sí.⁸¹

De cualquier modo, sin importar que formen un principio genérico o sean criterios inconexos o que se apliquen en un orden determinado o no, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, como ya mencionamos, son todos elementos que determinan si una medida legislativa interviene un derecho fundamental legítimamente, al establecer si lo hace de un modo excesivo respecto de la imprescindible satisfacción

⁸⁰ Cfr. Hotz, *op. cit.*, nota 7, p. 77; y Larenz, *op. cit.*, nota 45, p. 472. El vocablo alemán para “proporcionalidad”, *Verhältnismäßigkeit*, equivale literalmente a “moderación (*Mäßigkeit*) de una relación (*Verhältnis*)” o sea al estado o cualidad (sufijo alemán *-keit*, asimilable al hispano *-dad*) de colocación de una relación en un punto medio, moderado (*mäßig*); en todo caso implica la interacción “adecuada”, “a la medida (*Maß*)”, entre dos objetos.

⁸¹ Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 689; y Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 121.

de un fin constitucionalmente lícito; por ejemplo: una intervención que, aun siendo idónea para cumplir un fin legítimo, sería desproporcionada si éste pudiera tener la misma satisfacción con otra que menoscabe en grado menor los derechos fundamentales (subprincipio de necesidad). Lo importante es que, por lo anterior, para estimar lícita una medida legislativa que intervenga algún derecho fundamental, *ésta tiene que aprobar el examen de cada uno de los criterios relativos a todos los indicados subprincipios*; basta que repruebe alguno de ellos para tenerla por desproporcionada y por consiguiente ilegítima.

El principio de proporcionalidad y las exigencias de sus subprincipios, “expresan un conjunto de *condiciones de racionalidad* que toda medida estatal debe cumplir, y que por tanto, también tienen un nexo con el contenido de la deliberación política”, convirtiéndose entonces en un límite constitucional a la actuación del legislador, que éste debe respetar.⁸² Impone realizar un fino examen, frecuentemente *profundo y sutilísimo*, sobre la relación entre un determinado interés público u otro principio —no sólo tutelado sino exigido constitucionalmente— que incidiría en un derecho fundamental y la efectividad este último, y “plantea argumentos que obligan a ir *mucho más allá* de la indudable legitimidad constitucional de [aquél]”.⁸³

⁸² Véase *ibidem*, p. 537 (cursivas añadidas al texto transcrito).

⁸³ Cfr. SCJN, Primera Sala, amparo en revisión 1110/2005, voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz, 7 de diciembre de 2005, p. 1 (cursivas añadidas al texto transcrito). Esta opinión disidente se adaptó para su publicación académica, pero manteniendo la integridad de su contenido, en Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislati-

A continuación explicaremos cada uno de los subprincipios que integran la proporcionalidad *lato sensu*.

2. *Idoneidad o adecuación*

Este subprincipio se desarrolla en dos vertientes para determinar la licitud de una intervención en un derecho fundamental: 1) aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo; y 2) debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural.⁸⁴

A. *La licitud constitucional de los fines legislativos*

Determinar los fines de una intervención en los derechos fundamentales es, en realidad, un *presupuesto* del examen sobre la idoneidad de la "relación racional" entre aquéllos y éstos —su "*prius* lógico", según el Tribunal Constitucional español—, ya que dicho examen no podría realizarse si se omite aquel factor o, simplemente, sería innecesario lle-

vos y discriminación normativa", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330.

⁸⁴ "el medio escogido y el objetivo buscado (*gewollte*) deben mantener recíprocamente una relación racional (*vernünftigen Verhältnis*)", *BVerfGE*, 10, 89 (117). "Un medio es adecuado si con su ayuda puede lograrse el objetivo buscado", *BVerfGEK*, 39, 210 (230).

varlo a cabo si el fin de aquélla fuera ilegítimo, terminantemente prohibido por la Constitución.⁸⁵

Todos los actos del Estado —como los jurídicos— se realizan por la acción humana y ésta siempre tiene una finalidad determinada y concreta,⁸⁶ por ello no podríamos decir que una medida de autoridad carece de toda finalidad sino a lo mejor que ésta es absurda o inclusive ridícula —satisfacer el capricho de su autor, por ejemplo—, pero siempre posee un aspecto teleológico. Sentado lo anterior, las cuestiones a resolver para el primer aspecto del subprincipio de idoneidad, son las siguientes: ¿Cualquier fin puede oponerse a la plena eficacia de un derecho de esa índole? ¿Cuáles deben ser las características de los que sí puedan oponerse a un derecho fundamental, que los distinguen de los que no? Intentaremos responder las anteriores preguntas a continuación.

Para intervenir un derecho fundamental el legislador debe intentar lograr un “fin constitucionalmente legítimo”, “un estado de cosas que debe alcanzarse por estar ordenado por un principio constitucional”.⁸⁷ Entonces, primeramente, dado que los dere-

⁸⁵ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 690 y 691; y Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 65, núm. 12.

⁸⁶ Véase Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 25, pp. 379-382; y Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 138.

⁸⁷ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 691 y 715; véase también Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 63. “Los derechos libertarios sin reserva (*vorbehaltlose Freiheitsrechte*) están abiertos a su restricción. Esto sólo es válido si, y en tanto que, aplica al Estado un *deber constitucional* a realizar la concreta intervención en el derecho fundamental”, Lenz, Sebastian y Philipp

chos fundamentales se garantizan en la Constitución,⁸⁸ para ser una limitación legítima al ámbito de aplicación de éstos, el fin legislativo debe estar permitido por la ley suprema y tender a satisfacer un principio constitucional, lo que evidentemente excluye como legítimo a todo fin prohibido por ella, pues limitar la eficacia de los derechos fundamentales en nombre de cualquier "interés" afectaría el principio de supremacía constitucional y aun su misma naturaleza de "derechos".⁸⁹

Por razones metodológicas y argumentativas, todo fin legislativo no prohibido clara o definitivamente por la Constitución, debe tenerse *prima facie* por legítimo a fin de que se respete el principio de "libertad de configuración legislativa" (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) como lo llama la doctrina alemana, o la discrecionalidad administrativa,⁹⁰ establecidas por normas de competencia

Leydecker, "Kollidierendes Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsrechte", *Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft*, Speyer-Düsseldorf, W. Kohlhammer, año 58, núm. 20, octubre de 2005, p. 850 (cursivas añadidas).

⁸⁸ Cfr. Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 139.

⁸⁹ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 706; Häberle, *op. cit.*, nota 71, p. 32; Borowski, *op. cit.*, nota 68, pp. 81 y 82; Otto, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades", en Martín Retortillo, L. y Otto, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, p. 131, citado en Martínez-Pujalte, *op. cit.*, nota 70, p. 27; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19 y 47; y Dworkin, *op. cit.*, nota 53, pp. XI, 133 y 146.

⁹⁰ Que por implicar un ámbito más o menos extenso de discrecionalidad, resultan análogos entre sí y también respecto del "margen nacional de apreciación" del que habla el Tribunal

que desde luego son principios constitucionales y cuyo ejercicio puede fundar la intervención de una medida determinada en un derecho fundamental.⁹¹

Necesariamente, el principio constitucional que funde una intervención en los derechos fundamentales, debe referirse a un interés de la sociedad; lo anterior, porque simple y sencillamente la justificación y legitimación de toda actividad estatal, que desde luego incluye la tarea legislativa, se funda en la consecución del bien común de todos los integrantes de la sociedad.⁹² Aun el derecho de un particular, *si encuentra apoyo en las normas constitucionales* —o sea un derecho fundamental ajeno—, puede constituir un interés público cuya tutela obligue a una medida legislativa a intervenir en un derecho fundamental, ya que también la sociedad está interesada, por su contribución a la

Europeo de Derechos Humanos, controlable igualmente por el principio de proporcionalidad; *cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 76; *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, §§ 47 y 48; Lambert, *op. cit.*, nota 69, pp. 63 y 69; Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 8, pp. 65-68 y 72; y Marguénaud, *op. cit.*, nota 8, pp. 43-46.

⁹¹ *Cfr.* Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 694 y 695, 700; y Häberle, *op. cit.*, nota 71, p. 68.

⁹² *Cfr.* Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, 2a. ed., trad. de José León Depetre, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Facultad de Derecho, 1998, p. 251; Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 227; Hesse, *op. cit.*, nota 30, pp. 9 y 10; y Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 11a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 397, p. 303.

seguridad jurídica, en que los derechos de las personas sean respetados en todo momento.⁹³

B. *La capacidad de la medida legislativa*

La idoneidad de la medida legislativa se refiere a que, abstractamente considerada, ésta contribuya y facilite de cualquier forma la realización del fin inmediato que persigue, en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional.⁹⁴

El juicio de idoneidad no tiene por objeto provocar una excesiva intervención de la judicatura constitucional en la labor del legislador, porque “no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de *excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces*”.⁹⁵ Por eso, es bastante con que la medida que interviene los derechos fundamentales, ayude o coopere de algún modo a la realización del fin legislativo.

Lo anterior requiere de un pronóstico del órgano a cuyo juicio está calificar la legitimidad de la medida que interviene un derecho fundamental, por el cual constate que tiene la capacidad suficiente para servir a la obtención del estado de cosas que se propone lograr con ella el legislador. No importa, como dijimos, que en la realidad dicho fin aún no se haya conseguido, es bastante que los cono-

⁹³ Cfr. Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, p. 79.

⁹⁴ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 715, 720 y 725.

⁹⁵ Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 2, p. 241 (cursivas añadidas).

cimientos técnicos relevantes y la apreciación judicial o legislativa, produzcan la convicción de que ésa será la tendencia natural de dicha medida.

Otro punto a considerar es si la medida legislativa es adecuada para lograr el fin que se propone, considerada en el momento en que se ordenó (adecuación *ex ante*) o llegó a serlo posteriormente cuando se examine en sede constitucional; es factible que una medida idónea al momento de dictarse ya no lo sea luego y, viceversa, que no lo hubiere sido entonces, pero gracias a avances científicos y tecnológicos o al simple cambio social, lo llegue a ser (adecuación *ex post*). Hay consenso en que la idoneidad determinante es la última, o sea que no importa si en principio la medida no era o no parecía adecuada, basta con que al momento en que tenga que decidirse su legitimidad ante la jurisdicción constitucional, sea idónea.⁹⁶

3. Necesidad o indispensabilidad

Este subprincipio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea *estrictamente indispensable* para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque: 1) es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado; o 2) no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor. De no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegítima porque interven-

⁹⁶ Cfr. Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 71-75; y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 730-736.

dría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente *necesaria*, porque existe alguna alternativa *menos perjudicial* para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone.⁹⁷

Además, mediante una argumentación *a fortiori* y como corolario de las hipótesis anteriores, será constitucionalmente ilícita la medida legislativa a examen, de haber alternativa a ella que con menor o nula intervención en un derecho fundamental conduzca a mejor u óptima satisfacción del fin que promueve, siempre que no importe alguna imposibilidad técnica o un costo económico exorbitante.⁹⁸ De darse tal hipótesis de dispensabilidad de la medida legislativa, ésta podría ser doblemente ilegítima: por satisfacer insuficientemente el principio constitucional que apoya el fin que justifica la intervención de un derecho fundamental y por afectar a éste sin necesidad; en lo anterior también radica la importancia del examen del criterio de indispensabilidad, ya que finalmente la proporcionalidad *lato sensu* busca una justa rela-

⁹⁷ “Con el examen constitucional de la necesidad de una medida debe observarse que, en la elección y configuración técnica de medidas de ordenación y dirección económicas, corresponde al legislador un amplio ámbito de configuración (*Gestaltungsbereich*). Sólo si se estableciera que otros medios menos trascendentales fueran disponibles, puede una regulación legislativa ser gravosa y por consiguiente inconstitucional”, *BVerfGE*, 39, 210 (231). “La disposición con la que ha dado la autoridad reguladora (*Verordnungsgeber*), vulnera sin embargo el principio de necesidad y por lo tanto es desproporcionada... Tiene que demostrarse claramente que para alcanzar el objetivo perseguido, son disponibles otros medios menos trascendentales”, *BVerfGE*, 53, 135 (145).

⁹⁸ Para mayor detalle, véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 740-744.

ción entre dos bienes jurídicos cuya satisfacción es opuesta, llevando la conjunta realización de ambos al máximo.⁹⁹

El estudio para establecer si una determinada medida restrictiva de derechos fundamentales es o no necesaria, requiere un análisis de la eficiencia de sus alternativas, de acuerdo con las ciencias y técnicas aplicables; si bien esta tarea puede resultar infinita pues puede proponerse una prolija cantidad de opciones a aquélla, sin duda debe exponerse en el proceso un catálogo más o menos amplio de ellas, según las circunstancias.¹⁰⁰

Por último, es preciso considerar que la valoración de la medida restrictiva de derechos fundamentales y sus alternativas impone una función valorativa a los jueces, muy alejada de la mecánica subsunción y de la simple interpretación exegetica que les ha atribuido el positivismo tradicional. Respondiendo a lo anterior, no debe soslayarse que la función jurisdiccional es *esencialmente valorativa*, los jueces están precisamente para valorar la licitud o ilicitud de una conducta y ponderar las circunstancias del caso que tienen enfrente,¹⁰¹ sin contar que su deber de proteger y optimizar la eficacia de los derechos fundamentales les impone analizar si éstos son afectados ilícitamente por una decisión de autoridad innecesaria.

⁹⁹ Cfr. Lenz y Leydecker, *loc. cit.*, nota 87.

¹⁰⁰ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 738 y 739.

¹⁰¹ "Dado ese carácter de juicio a la luz de las circunstancias del caso concreto, la ponderación constituye una tarea esencialmente judicial", Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 2, p. 237. Véase Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 25, pp. 661 y 662.

ria por existir una mejor opción a ella que sea más benévola para aquéllos.¹⁰²

Para finalizar con este tema, el examen de la necesidad de una medida legislativa interventora de un derecho fundamental es *medular* para su licitud a la luz del principio de proporcionalidad. Muchas decisiones legislativas tienen visos de afectar legítimamente una norma iusfundamental, especialmente cuando se aduce un muy claramente legítimo interés constitucional para justificarla; pero un análisis más profundo y detenido de ellas, resulta en que vulneran *innecesariamente* una posición jurídica constitucionalmente garantizada al gobernado, ya que existen alternativas de decisión que dejan de afectar uno o varios derechos fundamentales y que obtienen mejores resultados para el fin que persiguen o traen ambas consecuencias.

4. *Proporcionalidad en sentido estricto*

A. *La ponderación*

Este subprincipio supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, a través del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la *intensidad* en que se menoscaban aquéllos.¹⁰³ Lo

¹⁰² Véase Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 84-91.

¹⁰³ "En tanto más alto sea el grado de insatisfacción (*Nichterfüllung*) o de menoscabo de un principio, tanto más grande debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta regla expresa una ley válida para la ponderación de cualquier clase de

anterior es lo que se conoce como *ponderación* en sentido estricto,¹⁰⁴ que Alexy hace consistir en determinar “cuál de los intereses [en conflicto], de igual jerarquía en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto”.¹⁰⁵

Como Larenz, podemos preguntarnos si la ponderación tiene algún elemento metodológico que asegure su objetividad en algún grado o bien es “una confesión de que el juez resuelve... sólo en base a tales pautas que él mismo establece para sí”.¹⁰⁶ Ciertamente, indagar la proporcionalidad *stricto sensu* de una medida legislativa que interviene derechos fundamentales —lo cual implica que ésta aprobó los exámenes de idoneidad y necesidad, si usamos un procedimiento “lineal”—

principios, que puede señalarse como ‘ley de ponderación’ (*Abwägungsgesetz*)”, Alexy, *op. cit.*, nota 5, p. 146.

¹⁰⁴ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 38, 760 y 782.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, nota 5, p. 80 (cursivas en el original). “Se requiere una ‘ponderación de bienes’ (*Güterabwägung*): El derecho a la expresión de la opinión debe retroceder si intereses dignos de protección de algún otro [sujeto], es vulnerado en mayor grado a través del ejercicio de la libertad de opinión. Debe averiguarse si tales intereses preponderantes superan al otro, en razón de todas las circunstancias del caso”, *BVerfGE*, 7, 198 (210 y 211). “Un conflicto aquí originado debe resolverse conforme al principio de proporcionalidad, que exige la apreciación de una consideración general de la intervención en el derecho fundamental derivado del artículo 2.2 de la LF, a través de la ponderación de los intereses contrapuestos”, *BVerfGE*, 51, 324 (346). “El mandato de ponderación que se desprende del principio de proporcionalidad, exige considerar qué tan profundamente intervendría en el derecho a la personalidad de quienes están reclusos preventivamente (*Untersuchungsgefangenen*), aprovecharse de las comunicaciones postales que envían a sus padres, a fin de obtener su sanción penal”, *BVerfGE*, 57, 170 (203).

¹⁰⁶ *Op. cit.*, nota 45, p. 401.

puede hacer vanos los anteriores esfuerzos por la subjetividad a la que puede dar cabida. Pero en actualmente existe conocimiento metodológico y experiencia jurisdiccional suficientes para señalar con claridad algún camino en la realización de la ponderación de bienes.¹⁰⁷

El análisis del conflicto a través de la ponderación debe darse en dos aspectos: el normativo y el empírico, atendiendo a la intensidad en que se lleva a cabo un menoscabo de un derecho fundamental y el beneficio del interés que se le opone, lo cual puede ocurrir en tres estratos: *grave, medio y leve*;¹⁰⁸ de modo que, "cuando la intensidad de la relación del fin del legislador sea *por lo menos equivalente* a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, la intervención legislativa deberá considerarse *justificada*".¹⁰⁹

B. Análisis normativo

El primer ámbito de análisis depende de la "fundamentalidad o significado" que los bienes consti-

¹⁰⁷ "Estas reglas [argumentativas en la ponderación] ofrecen el máximo grado de racionalidad posible en la argumentación iusfundamental, porque le indican al Tribunal Constitucional con toda claridad, cuáles son los aspectos que es preciso fundamentar en una ponderación, y porque establecen un sistema de soluciones *prima facie* y de cargas de la argumentación, que orientan la labor del Tribunal", Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 767. Discrepa de la opinión anterior, Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 57, p. 175.

¹⁰⁸ Véase Alexy, Robert, "Derecho constitucional y derecho ordinario. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 64-70.

¹⁰⁹ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 763 y 790.

tucionales contendientes tengan en el ordenamiento;¹¹⁰ el segundo, se refiere a los niveles de intensidad con que se afecta un principio constitucional con su contendiente, según la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración de la medida.¹¹¹

En el aspecto normativo del examen de proporcionalidad *stricto sensu* puede ser útil, aunque de ningún modo definitiva,¹¹² una jerarquía *in abstracto* de principios constitucionales, determinable por la ética política y la dogmática y la práctica constitucionales, sin que pueda esperarse que dicha jerarquía sea históricamente inmutable.¹¹³

Muy generalmente, podemos decir que la "fundamentalidad" de un principio constitucional, que garantiza una determinada situación (posición) jurídica contra la cual se dirige una medida legislativa, puede determinarse a partir de su función en el orden constitucional, su *status* de condición para la realización del derecho fundamental a que se refiere y su relación positiva o negativa respecto de otras posiciones jurídicas como el principio democrático.¹¹⁴

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 764 y ss.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 775.

¹¹² "Los criterios analítico-normativos y empíricos para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del fin legislativo tienen un carácter *prima facie*. Su relevancia debe ser determinada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto", Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 780.

¹¹³ *Cfr. ibidem*, pp. 766 y 771.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 768 y 769.

C. *¿Hay derechos de primera categoría y otros de segunda?*

Es preciso hablar aquí de la doctrina norteamericana de las *preferred freedoms*, aquellas "grandes, indispensables libertades democráticas" como las de expresión y de prensa, con "una sacralidad (*sanctity*) y una sanción que no permiten dudosas intervenciones (*intrusions*)", sino sólo aquellas "justificadas por un claro interés público amenazado, no dudosa ni remotamente sino por un peligro claro y actual (*clear and present danger*)";¹¹⁵ posición cuyo preludeo fue la famosa nota a pie de la opinión de la Suprema Corte en el caso *Carolene Products*.¹¹⁶

La existencia de derechos fundamentales preferentes equivale a su jerarquización *a priori* que, como mencionamos, si bien es metodológicamente útil en la ponderación para establecer la fundamentalidad de una posición jurídica constitucional, de ningún modo debe resultar definitiva, aunque no podemos soslayar que la importancia de un derecho fundamental está directamente relacionada con el principio democrático.¹¹⁷ La sola idea de una

¹¹⁵ *Thomas vs. Collins*, 323 U.S. 516, 529-530 (1945). Véase también *Murdock vs. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 115 (1943).

¹¹⁶ *United States vs. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, núm. 4 (1938).

¹¹⁷ *Cfr.* Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, p. 18; y Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 772. Pero no debe perderse de vista que entre la democracia y los derechos fundamentales existe una relación simbiótica, que relaciona a éstos con aquélla aunque en grado variable; véase Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, trad. de Carlos Ortega Santiago, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 130.

jerarquía inmanente e inmutable entre los principios constitucionales, elimina cualquier posibilidad de realizar la ponderación que exige la identidad de grado de ambos bienes que en ella intervienen,¹¹⁸ y del "sano casuismo"¹¹⁹ al que conduce al buscar la adecuación de ambos intereses jurídicos enfrentados, de acuerdo a las circunstancias particulares en que lo hacen. La imposición absoluta de un interés jurídico sobre otro, de ninguna manera contribuye en el plano fáctico a la adecuación de su relación y a su óptima satisfacción conjunta, que busca el principio de proporcionalidad.¹²⁰

La "preferencia" que se puede dar a los derechos fundamentales y en especial a los directamente relacionados con el orden democrático es, como dijimos, de carácter metodológico y preliminar, de ningún modo sustantivo y definitivo. Esta aparente primacía que se les otorga tiene por objeto señalar un *punto de partida* en el análisis de la proporcionalidad *lato sensu* de una medida legislativa que afecte un derecho fundamental, más que establecer una inamovible posición preferente.

Además, dicha prevalencia inicial deriva principalmente de la existencia de un precedente que les otorga dicha importancia, como acontece con las *preferred freedoms* norteamericanas y las señaladas en otros países—, lo que argumentativamente constituye un *prejuicio* que tiene una pre-

118 "en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor", Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 2, pp. 232 y 233. En el mismo sentido, como vimos, Alexy, *loc. cit.*, nota 105.

119 Véase Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, pp. 56 y ss.

120 *Supra*, nota 44.

sunción de corrección a su favor,¹²¹ al cual nos referiremos cuando hablemos de las cargas de argumentación procesales en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Al intervenir las circunstancias del caso, que siempre son diferentes, no se puede esperar la formación jurisprudencial de una jerarquía definitivamente rígida entre bienes en circunstancias análogas, a lo mucho será posible una "cierta tipificación" de problemas, pero debe pensarse que cada uno será nuevo y mantenerse una duda metódica respecto de su "jerarquía".¹²² En realidad, el resultado final de la ponderación dependerá no tanto de la ordenación que *prima facie* tengan los intereses en oposición y las normas constitucionales que los apoyen, sino de la intensidad en que se benefician o perjudican materialmente en el caso concreto.

D. Ámbitos de intervención

Un aspecto esencial en la ponderación es determinar los aspectos de un derecho fundamental afectado por una intervención legislativa, o sea cuál es la "parte del ámbito normativo afectado". Mientras mayor sea la porción de situaciones fácticas amparada por un derecho fundamental afectado por una medida legislativa, más intensa será la intervención en él; viceversa, de mayor intensidad será el beneficio que obtenga el interés opuesto si, al restringir un derecho fundamental, se satisface un mayor número de situaciones a su respecto.¹²³

¹²¹ Cfr. Carbonell, *op. cit.*, nota 41, p. 131.

¹²² Cfr. Larenz, *op. cit.*, nota 45, p. 409.

¹²³ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 767 y 768, 777.

Al observar ambas porciones de afectación y beneficio, si un perjuicio a un derecho fundamental es igual en intensidad a la medida en que se favorece con él a un fin legislativo, la disposición que promueve éste será legítima; si la intervención en aquel derecho es grave, pero con ella sólo se obtiene un beneficio leve para este fin, la disposición correspondiente será ilegítima.¹²⁴ Pongamos un ejemplo: una medida legislativa que prohíba totalmente a una persona ejercer una profesión, será gravemente intensa, en tanto una que sólo le impide ejercer su actividad bajo circunstancias particulares que representen un 10% del alcance de su ámbito profesional —por decirlo con números para hacerlo más simple y claro—, permitiéndole sin mayores restricciones su ejercicio en el 90% restante, será de intensidad media o leve.

E. *Análisis empírico*

Por su lado, en el análisis empírico de las cualidades fácticas de la intervención legislativa en un derecho fundamental, son de tomarse en cuenta los conocimientos científicos y dogmáticos existen-

¹²⁴ *Supra*, nota 109. En nuestra opinión, tal fue el caso que resolvió el Consejo Constitucional francés en la decisión 2000-436 DC (§§ 12, 15 y 20), al hablar de un "perjuicio (*atteinte*) [al derecho de propiedad y a la libertad de empresa] desproporcionado al objetivo perseguido", en virtud del cual declaró inconstitucional la necesidad de autorización administrativa para cambiar el giro de locales mercantiles en París, Lyon y Marsella, que supuestamente intentaba salvaguardar "la diversidad comercial de las secciones urbanas (*quartier*)"; véase Favoreu, Louis y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 12a. ed., París, Dalloz, 2003, p. 485.

tes en la sociedad en cada momento histórico"; aunque pueden construirse, respecto de los elementos de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, que forman este nivel de examen, reglas generales y básicas que establezcan que mientras más afecte en esos aspectos un derecho fundamental, más intensa será la intervención en éste de una medida legislativa.¹²⁵

No debe olvidarse que en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, la otra cara son los fines (mediato e inmediato) de la medida legislativa de intervención al derecho fundamental involucrado.¹²⁶ También en sentido contrario al análisis relativo a la afectación de éste, pueden establecerse reglas en relación con su naturaleza normativa y el beneficio empírico del fin legislativo que se busca realizar con una intervención en el derecho fundamental de que se trate.¹²⁷

5. La "ley de colisión" de Alexy y la argumentación constitucional

En términos generales, la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto es la siguiente: 1) determinar la importancia del derecho fundamental y el fin legislativo que

¹²⁵ Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 775 y ss.

¹²⁶ "En la ponderación completa (*Gesamtabwägung*) entre la limitación a la libertad a que se hace referencia y el interés colectivo al cual pretende servir la regulación legislativa, también deben apreciarse conjuntamente los fines principal (*Haupt-*) y próximo (*Neben-*) de la ley [cuya constitucionalidad se examina]", *BVerfGE*, 30, 292 (323).

¹²⁷ Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 763-765.

se le opone; 2) comparar la relevancia de ambos, es decir, las intensidades en que éste se beneficia por la intervención en aquél; y 3) *formular una regla de precedencia* entre dichas posiciones, que disponga cuál de dichos intereses debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin legislativo.¹²⁸

En cada caso particular, al colisionar los principios constitucionales crean una "relación de tensión" (*Spannungsverhältnis*) entre los intereses y pretensiones que en él participan, al formular "contradictorias proposiciones normativas concretas de carácter jurídico", para cuya solución es preciso establecer una "relación de primacía condicionada" (*bedingte Vorrangrelation*) entre los principios colidentes, tomando en consideración las circunstancias del caso.¹²⁹

Es preciso entonces formular un enunciado para indicar que, en el caso concreto con las características A, B y C, el derecho fundamental intervenido debe ceder o no ante el principio fundamental que apoya al fin legislativo, si la medida que promueve éste vulnera o no a aquél.¹³⁰ Tal conclusión es la "ley de colisión" (*Kollisionsgesetz*) de Alexy, consistente en un «enunciado de preferencia»: "Las condiciones bajo las cuales un principio supera al otro [en un caso concreto], forman el supuesto de hecho de una regla que expresa la

¹²⁸ *Ibidem*, nota 7, p. 761.

¹²⁹ Alexy, *op. cit.*, nota 5, pp. 79-81 (cursivas añadidas al texto transcrito). Para una revisión de la postura de este autor sobre los conflictos normativos, véase Huerta Ochoa, *op. cit.*, nota 57, pp. 167 y ss.

¹³⁰ *Op. cit.*, nota 5, pp. 83-85.

consecuencia jurídica del principio preferente (*vorgehendes Prinzip*)".¹³¹

Esta regla de precedencia condicionada implica una precisión o matización interpretativa de las disposiciones relativas al derecho fundamental y al principio en colisión; el resultado de la ponderación y de la aplicación de la ley de colisión es la adición al sistema jurídico de una norma jurídica¹³² constitucional bajo la cual es posible subsumir el caso concreto.¹³³ Por lo anterior, puede concebirse la ley de colisión como una aplicación del criterio de especialidad por la cual se resuelve la colisión constitucional "reformulando en sede interpretativa uno de los principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión".¹³⁴

La primacía otorgada a uno de los principios en virtud de la ley de colisión no es, de ningún modo, como sucedería con las reglas, una declaración de

¹³¹ *Ibidem*, p. 84. "La ley de colisión expresa el hecho de que entre los principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia *condicionada*", Alexy, *op. cit.*, nota 53, p. 100 (cursivas añadidas).

¹³² Aquí es básica la distinción conceptual moderna entre "disposición" entendida como la expresión lingüística de una prescripción jurídica por su autor, y "norma" como el contenido material o significado(s) prescriptivo(s) de dicha expresión; la regla de precedencia resultante de la aplicación de la ley de colisión sería una norma implicada en el caso concreto por las disposiciones iusfundamentales. Véase Guastini, Riccardo, "La interpretación: objetos, conceptos y teorías", *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Miguel Carbonell, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 11; Pérez Luño, Antonio-Enrique *et al.*, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 174, y Wróblewski, *op. cit.*, nota 34, p. 99.

¹³³ Alexy, *op. cit.*, nota 53, p. 87.

¹³⁴ *Supra*, nota 40.

invalidez absoluta de la norma superada, sino de que en el *preciso caso concreto* en que se enfrenta con otra debe satisfacerse preferentemente a esta última, en la medida admitida también por la ley de ponderación.¹³⁵

Finalmente, aplicar la ley de colisión y formular interpretativamente una regla de precedencia que solucione la colisión de principios en un caso concreto es, definitivamente, una labor naturalmente jurisdiccional, ya que la regla de precedencia que se aplique en ese caso concreto sería una *norma jurídica individualizada* que resuelve tal conflicto.¹³⁶

¹³⁵ Alexy, *op. cit.*, nota 53, p. 85; y *supra*, nota 103.

¹³⁶ Véase García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 82 y 83.