

### III. LA PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO

La anterior exposición nos indica que la idea de un orden inmanente en el cual los objetos se relacionan de forma "ideal", ha sido persistente en los más variados campos del intelecto y de la actividad del ser humano. Traducido esto al ámbito del derecho —y, por supuesto, también al ético— concluimos que podemos percibir y aprehender intelectivamente una situación en la que de manera óptima se relacionen normativamente dos bienes o intereses cuya satisfacción es opuesta en un caso concreto, y apreciar si efectivamente dicha situación se realiza o el orden jurídico positivo la promueve.

Si bien es muy discutible enfocar los problemas normativos de la conducta humana desde una perspectiva formal y casi matemática —*more geometrico*, diría Ortega y Gasset—, como sin éxito intentó el positivismo jurídico decimonónico, y menos todavía incurrir en la absurda —siquiera en apariencia inmediata— pretensión de juzgar la conducta humana con la medida de la sección áurea; la idea de "relación adecuada" entre cosas diversas no puede desterrarse del ámbito normativo humano y con ello se relaciona el principio de proporcionalidad.<sup>24</sup>

De hecho, uno de los principales valores del derecho —la justicia— se funda precisamente en

<sup>24</sup> Cfr. Marguénaud, *op. cit.*, nota 8, p. 47.

ella: en una determinada "proporción" entre las cosas, cuya transgresión torna injusta su relación, es decir, la vuelve "desproporcionada".<sup>25</sup> Siempre que el concepto de justicia interviene en algún aspecto jurídico, implica la idea de proporcionalidad y, por lo tanto, este concepto no es en modo alguno ajeno a la ciencia del derecho sino, por el contrario, es usado en los más diversos ámbitos jurídicos.<sup>26</sup>

La dificultad del tema, al menos en el actual contexto constitucional mexicano, consiste en la impronta iusnaturalista<sup>27</sup> que tiene la idea de proporcionalidad al suponer un orden "natural" entre las cosas y a su evaluación jurídica conforme a él, cuando el orden jurídico positivo no lo alude expresamente. No podemos eliminar el dejo del ius-

<sup>25</sup> "Concuerdan todos en afirmar que la justicia es un principio de armonía, de *igualdad proporcional* en las relaciones de cambio y en los procesos de distribución de los bienes", Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 481 (cursivas añadidas).

<sup>26</sup> "El principio de proporcionalidad juega un papel importante en todos los dominios del derecho, ya sea el derecho internacional (la represalia debe ser una respuesta proporcional a la violación de un derecho cometida por otro Estado), el derecho civil (fijación de la pensión alimenticia según las necesidades del acreedor y los medios del deudor), el derecho penal (pena proporcional a la gravedad del delito y a la falta de su autor), etcétera. Este principio de proporcionalidad asimismo está presente en toda la jurisprudencia del Tribunal [Europeo de Derechos Humanos]...", Matscher, Franz, "Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention Européenne", en Sudre, Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 37.

<sup>27</sup> Cfr. Hotz, Werner Friedrich, *Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1977, p. 1.

naturalismo en el principio de proporcionalidad que en esencia postula implícitamente que entre los objetos *existe* una armonía inmanente y ésta puede ser intelectualmente hallada en las concretas circunstancias que inciden simultáneamente; sin embargo, dicho principio puede afirmarse y exigirse en un determinado orden positivo de derecho como el mexicano, en el cual se apoya sobre el propio texto constitucional, como trataremos de demostrar.