

I. INTRODUCCIÓN

A grandes rasgos, el principio de proporcionalidad impone pautas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la *colisión de principios y/o bienes jurídicos* con el objeto de armonizar su satisfacción.¹ Ellas se refieren al examen de elementos objetivos y buscan eliminar en lo posible la arbitrariedad subjetiva en la resolución correspondiente (sea judicial, legislativa o administrativa) y procuran hacerla racional. Antes de continuar es indispensable hacer algunas precisiones terminológicas, que den claridad a nuestra exposición.

El principio de proporcionalidad *lato sensu* es complejo y se integra por tres subprincipios que luego expondremos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, como sostienen la doctrina y la jurisprudencia alemanas que protagónicamente lo han desarrollado. Al usar el término "proporcionalidad" nos referiremos a su concepción en sentido amplio; cuando lo hagamos respecto de su concepción estricta, así lo indicaremos.

¹ Cfr. Carpio Marcos, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, p. 371. No coincidimos plenamente con este autor porque en nuestra opinión, que vertiremos en este trabajo, el principio de proporcionalidad incluye al *balancing* o ponderación y sirve también para resolver "conflictos" entre derechos fundamentales.

A nuestro objeto de estudio también se le ha llamado "principio de razonabilidad" o "juicio de ponderación".² Aunque coincidimos con Juan Cianciardo en que esta variada nomenclatura carece en realidad de importancia práctica³ y aun opinamos que hablar de razonabilidad o ponderación evitaría confundir las proporcionalidades en sentidos amplio y estricto; preferiremos usar el término que da título a esta investigación, por estimar que tiene un significado mucho más preciso al referir un procedimiento más estructurado y concreto, además de mayor arraigo en la doctrina y la jurisprudencia.⁴

El principio de proporcionalidad no es tal en estricta teoría jurídica, sino más bien una *regla* que no admite diversos niveles de satisfacción, sino

² Prieto Sanchís, Luis, "El juicio de ponderación constitucional", en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, p. 232.

³ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2004, p. 23, núm. 7.

⁴ El uso del término "razonabilidad" se origina en el *rule of law* anglosajón que implicaba el contenido justo (*fair*) y racional (*reasonable*) del derecho, y no únicamente la mera obediencia a la ley sin importar su contenido; el de proporcionalidad, en cambio, surge en la tradición jurídica alemana y tiene un carácter más "técnico", menos vago que la "razonabilidad" y correspondiente a la tradición formalista del *Rechtsstaat* positivista —que luego evolucionó al Estado constitucional democrático—, aplicable a los órdenes jurídicos neorromanistas como el mexicano. Véanse *idem*; Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 18, 19 y 34, y Rosenfeld, Michel, "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts", *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, vol. 2, núm. 4, octubre de 2004, p. 643.

categoricamente sólo puede cumplirse o incumplirse;⁵ un determinado acto afecta proporcionalmente o no a un bien jurídico, sin términos medios. No obstante esta aclaración, por costumbre seguiremos reputando como "principio" a nuestro objeto de estudio.

En el ámbito constitucional, al que nos referiremos en este trabajo, la aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los "conflictos" que enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, entre sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la efectividad de aquéllos. Un acto de estos órganos de poder puede no sólo ir en detrimento de un derecho fundamental sino también —aunque con menor frecuencia— de un diferente principio constitucional; asimismo dicho perjuicio puede resultar, como señalamos, de una providencia del legislador, de la administración pública o aun de la judicatura, aunque las primeras son las que más gravemente afrentan a los principios constitucionales, por el amplísimo margen de discrecionalidad de que goza su autor y la generalidad de sus efectos.

Para simplificar nuestra exposición, en adelante hablaremos de la aplicación del principio de proporcionalidad sólo en relación con los derechos fundamentales y su enfrentamiento con medidas legislativas, que además es la especie en que más comúnmente se utiliza; pero debe advertirse que su empleo no se limita a ese ejemplo paradigmático.

⁵ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 100, núm. 84.

Para finalizar con la definición de conceptos, no menos importante es distinguir precisamente los equívocos términos con los que, normalmente, se indica la afectación de los derechos fundamentales por una medida legislativa. Se usan muy frecuentemente y sin mayor reflexión, además del anterior término, vocablos como "vulneración", "violación", "restricción", "limitación", para referir la acción que ejerce una medida legislativa sobre la vigencia y eficacia de un derecho fundamental en una situación determinada.

Al establecerse por una primera labor interpretativa que una medida legislativa adscribe cierto sentido normativo, aparentemente en una contradicción insalvable con los alcances de un derecho fundamental,⁶ es imperativo siquiera metodológicamente mantener su validez *prima facie*, hasta que luego del examen de su proporcionalidad se defina si es legítima.

En tanto dicha medida legislativa no sea definitivamente calificada como inconstitucional, lo que sólo puede darse luego de analizar su proporcionalidad en sentido amplio; debe llamarse "intervención", concepto que tiene las ventajas de ser neutro al no traer las connotaciones negativas de términos como "vulneración" o "conculcación" —tan habitual en México—, y genérico para evitar confundir las "configuraciones", "delimitaciones" y

⁶ Tal es el primer paso de aplicación del principio de proporcionalidad pues, si no hay colisión, la relación entre los bienes jurídicos que en ésta intervienen no tendrá que "adecuarse" por el examen relativo a aquél.

“restricciones”, con las que puede el legislador regular un derecho fundamental.⁷

El principio de proporcionalidad, o más precisamente, los criterios que a él subyacen, son de uso común y habitual por tribunales constitucionales de Europa (por ejemplo: Alemania, España y, tímidamente, Francia) y América (asimismo: Estados Unidos y Argentina) y por jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos como la europea —aunque ésta con una variante: la exigencia de un “denominador común” europeo sobre la intervención enjuiciada—;⁸ la proporcionalidad “es aplicada casi universalmente en el mundo jurídico occidental”, sin importar la tradición a que se pertenezca o si se trata de tribunales domésticos o internacionales.⁹ Lo anterior nos parece sintomático de un intento del género humano por definir cada vez con mayor precisión objetiva a la justicia y buscar su efectiva realización.

Aunque en fechas recientes —y otras no tanto— los tribunales mexicanos han recurrido a la “razonabilidad” de las decisiones jurídicas como medida de control de su constitucionalidad, y aun han ha-

⁷ Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2005, pp. 494-500 y 616-688.

⁸ *Gillow vs. United Kingdom*, núm. 9063/80, fondo, 24 de noviembre de 1986, § 55, y *Rasmussen vs. Denmark*, núm. 8777/79, fondo, 28 de noviembre de 1984, § 40. Véanse Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 44 y 46-53; Sudre, Frédéric et al., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 68-71, y Marguénaud, Jean-Pierre, *La Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 2a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 47-51.

⁹ Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 24.

blado explícitamente de su "proporcionalidad", el uso de este principio es aplicado muy esporádicamente en nuestro medio o sencillamente ignorado. En gran parte lo anterior se debe a las posturas rígidas y formalistas a que el derecho mexicano (en los tribunales, universidades y sus demás ámbitos) está acostumbrado, que tienden a rechazar inmediatamente cualquier idea que evoque de algún modo algún "derecho" basado en la "naturaleza de las cosas",¹⁰ como en efecto hace el principio de proporcionalidad.

El arraigado positivismo de la práctica mexicana —por querer pensar que ésta se basa en una auténtica ideología jurídica— en nuestro medio otorga vigencia a la idea de que "más vale inciso en mano que Carnelutti volando"¹¹ y nos hace más fácil resolver los problemas jurídicos según lo que el derecho dice, que hacerlo según lo que *no dice*. Uno de los objetivos de esta investigación ha sido encontrar, como creemos haberlo hecho en los artículos 1o. y 16 de nuestra Constitución, un fundamento textual "positivista" para la aplicación del principio de proporcionalidad en México.

Por otra parte, en el ambiente jurídico mexicano la aplicación del principio de proporcionalidad enfrenta un importante problema cultural: *su confusión con la garantía de proporcionalidad tributaria* que establece la fracción IV del artículo 31 constitucional. Este concepto fiscal consiste "en que los

¹⁰ Véase Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 23 y ss.

¹¹ López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis-Uniandes, 2002, p. 144, núm. 159.

sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica”, de modo que aquellos con una capacidad superior lo hagan en una “proporción” mayor a la de contribuyentes de posibilidades económicas más reducidas;¹² por tanto, más bien debe considerarse como una concreta aplicación del principio general de igualdad y de la misma equidad tributaria que deriva de ella, enfatizada por el Constituyente¹³ como una concreta manera de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, aunque la Suprema Corte lo haya negado en algunas ocasiones.¹⁴ La proporcionalidad tributaria no es una regla procedimental para adecuar la relación casuística entre bienes jurídicos que pueden ser muy disímiles y aun carentes de una inmediata y natural relación entre sí, sino una disposición constitucional sustantiva aplicable a una materia específica, que no debe confundirse con el concepto que tratamos en este estudio a pesar de su idéntica nomenclatura.

La presente investigación constituye el fruto de una búsqueda personal sobre el tema iniciada hace algunos años, que nos ha llevado a la convicción de que el conocimiento de las implicaciones del principio de proporcionalidad y su aplicación en

¹² IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE LOS, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, Pleno, t. I, tesis 155, p. 302. Véase también IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA, Sala Auxiliar, *ibidem*, t. I, tesis 254, p. 299.

¹³ *Infra*, nota 239.

¹⁴ PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. SON REQUISITOS DE NATURALEZA DISTINTA CON LOS CUALES DEBEN CUMPLIR LAS LEYES FISCALES, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, Tercera Sala, tesis 418, p. 481.

la práctica constitucional, repercutirá en la máxima eficacia de los derechos fundamentales —y de otros principios constitucionales— en nuestro país, con los evidentes beneficios que ello traería a nuestra sociedad. Por lo tanto, este trabajo se dedica en especial al foro mexicano.