

IV. El principio de proporcionalidad	16
1. Estado constitucional democrático y el ejercicio razonable del poder . . .	16
2. Proporcionalidad e interpretación constitucional	20
3. Bases teóricas del principio de proporcionalidad	23
4. La fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad	33

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *Estado constitucional democrático y ejercicio razonable del poder*

Los alcances del control jurídico sobre el poder público han variado en el curso de la historia, ampliándose cada vez más según las finalidades y justificaciones que se han dado a la existencia estatal y a su orden jurídico.

De ser un simple instrumento del poder, el derecho pasó a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con diversos grados de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido del Estado despótico al llamado Estado de derecho, y de éste al actual *Estado constitucional democrático* (que en lo sucesivo llamaremos simplemente "Estado constitucional") como ideal de la organización política de la sociedad, aunque el discurso político y el lenguaje de la judicatura continúa refiriéndose al "Estado de derecho".

Al igual que el Estado de derecho, el Estado constitucional sostiene el deber del poder público de someterse a la ley y a la Constitución; pero la diferencia entre ellos consiste en que, mientras para aquél —en su concepción clásica y formalista— sería irrelevante el contenido de la ley, el último no admite que el orden jurídico tenga un con-

tenido cualquiera, sino uno fundado precisamente en la dignidad humana, en el pluralismo y en un ejercicio racional del poder,²⁸ en el cual la soberanía popular sigue fundando la vida estatal pero sin que se entienda, de acuerdo con el profesor Häberle, "como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública".

El Estado constitucional corresponde a un "orden fundamental liberaldemocrático" —según la expresión alemana— que tiene la pretensión de eliminar "todo dominio de la fuerza y la arbitrariedad" y fundarse sobre la libertad y la igualdad.²⁹ Al procurar este orden democrático una sociedad plural y abierta, en él son absolutamente excluidas las decisiones (políticas y jurídicas) *ex auctoritate* y sólo tienen legitimidad aquellas basadas en la razón y que por lo mismo son aceptadas por el consenso colectivo.

El orden jurídico del Estado constitucional no sólo postula el inexorable cumplimiento del derecho sino también que éste sea claro, creado de buena

²⁸ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1 y 2, y Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 72-76.

²⁹ *BVerfGE*, 2, 1 (12-13); cursivas añadidas al texto transcrito. Sobre este concepto véase Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 19-21.

fe, materialmente correcto y justo.³⁰ Lo anterior exige, por supuesto, un importante esfuerzo argumentativo de agentes políticos y operadores jurídicos para justificar sus posiciones y resoluciones, de modo que parezcan —y efectivamente sean— tomadas racionalmente y no provengan de un mero capricho o voluntarismo.³¹

De acuerdo con lo anterior, al Estado constitucional son inherentes las *prohibiciones de arbitrariedad y de exceso*, que conducen a un ejercicio razonable —en sentidos amplio y estricto— del poder público, promovido en todo ámbito social a través del orden jurídico.³²

La arbitrariedad de una acción consiste en que ésta se decida *únicamente* sobre la base de la voluntad de quien la realiza, *sin motivo alguno*.³³ En el Estado constitucional se proscribe porque, como dijimos, éste busca imponer un orden jurídico —formado a través de actos y decisiones del po-

³⁰ Cfr. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1999, pp. 84-86. "Al Estado de derecho no sólo corresponde la previsibilidad sino también la seguridad jurídica y la corrección material o justicia", *BVerfGE*, 7, 89 (92).

³¹ Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 6 y 7.

³² Cfr. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, p. 359.

³³ Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 605, y Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 56.

der— racional,³⁴ apoyado sobre elementos objetivos y no subjetivos o caprichosos, con una *pretensión de corrección*,³⁵ al menos como ideal, que no puede lograrse si las decisiones políticas y jurídicas se tomaran según el estado de ánimo de los sujetos a cuyo cargo estén o como resultado del azar.

Desde sus primeras decisiones, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha relacionado esta prohibición de arbitrariedad con el principio de *igualdad* sobre el cual se basa el Estado constitucional, del cual afirma es uno de sus sentidos.³⁶

Aunque estrictamente el exceso no equivale a arbitrariedad,³⁷ en la medida en que el poder público afecte innecesariamente un determinado bien jurídico, su ejercicio será arbitrario porque *carecerá de motivo justificado* al deberse a la sola voluntad del agente en cuestión. Por ello pensamos que la interdicción de arbitrariedad lleva indefectiblemente a prohibir también el exceso en el ejercicio del poder.

En resumen, un verdadero Estado constitucional no sólo se afinca sobre el estricto respeto al derecho, sino por un contenido del orden jurídico —en aspectos legislativos, administrativos y jurisdiccionales— conforme a la razón y orientado por el valor de la justicia. En esta búsqueda de racionalidad

³⁴ Véase Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salvarría, México, Fontamara, 2003, pp. 45 y 46, 53 y 60.

³⁵ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 32, pp. 165 y 264-268.

³⁶ Por ejemplo: *BVerfGE*, 1, 14 (52); 3, 225 (240), y 74, 102 (127). Véanse Hesse, *op. cit.*, nota 30, pp. 189-190, y Alexy, *op. cit.*, nota 5, pp. 346 y ss.

³⁷ *Cfr.* Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 606 y 607.

del derecho se implican las prohibiciones de arbitrariedad y de exceso en el ejercicio del poder público, íntimamente relacionadas con el principio de proporcionalidad, como veremos a continuación.

2. *Proporcionalidad e interpretación constitucional*

En el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”.³⁸ Estriba, a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental —u otro principio constitucional— sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no.

De este modo, el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de los principios fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen.³⁹ El examen de los subprincipios de la proporcionalidad es el proceso metodológico por el cual se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales rele-

³⁸ Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 31. Véase STC 11/1981, F.J. 7.

³⁹ *Cfr.* Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 538.

vantes al caso, formulando en último término una norma de precedencia a favor de alguno de ellos, en no pocas ocasiones por la "reformulación" de aquéllas en términos más precisos que consideren los elementos del problema concreto.⁴⁰

Los criterios tradicionales de interpretación jurídica (literal, sistemático, etcétera) son insuficientes para establecer los límites en la relación de los principios constitucionales contendientes en caso de colisión entre ellos o con algún bien jurídico constitucionalmente legítimo, porque no fueron formulados desde el siglo XIX para la estructura abstracta y genérica de las disposiciones de la Constitución —como casi todas ellas— sino para disposiciones concretas de derecho civil y penal. Dichos criterios servirán acaso en la interpretación constitucional, para esclarecer algunas cuestiones elementales e iniciales (por ejemplo: el significado inmediato de las disposiciones fundamentales y la teleología de los actos legislativos reclamados), pero no determinan *con precisión* los justos límites de los principios constitucionales en un determinado conflicto con características fácticas específicas. De este modo, una argumentación sostenida tan sólo por cánones tradicionales de interpretación es "menos racional y más precari[a]".⁴¹

⁴⁰ Cfr. Guastini, Riccardo, "Los principios en el derecho positivo", *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer, Barcelona, Gedisa, pp. 168 y ss., citado en Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 2, p. 225, núm. 14.

⁴¹ Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 544 y 545. Para resolver colisiones entre principios constitucionales son incluso inútiles los criterios tradicionales de solución de antinomias como el de "especialidad"; véanse Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota

Para establecer los límites de la relación entre dos bienes jurídicos —sobre todo si son de carácter constitucional— es indispensable aplicar el principio de proporcionalidad, pues por la precisión de conceptos, ideas y situaciones que aporta a los casos concretos, es un instrumento metodológico apropiado para establecer si es legítima una medida legislativa que necesariamente debe promover un bien público⁴²—, en que intervienen los derechos fundamentales, asegurando al máximo posible la objetividad del operador jurídico. “Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera *racional* que son bastante aceptables, lo que justifica totalmente el método”.⁴³

La aplicación del principio de proporcionalidad implica abandonar una concepción conflictivista de los principios constitucionales que los ve como “opuestos”, que obliga a imponer uno de ellos sobre el otro e igualmente con los bienes que tutelan; por el contrario, el principio de proporcionalidad busca una “vigencia armoniosa” en la realidad de ambos “contendientes”. El supuesto conflicto no se da entre los derechos *in abstracto* sino entre las *pretensiones* de sus titulares en casos concretos —que inevitablemente sólo pueden satisfacerse *alternativamente* en un proceso jurisdiccional y,

2, pp. 222 y 223 y 228, y Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, p. 127.

⁴² Véase Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 86.

⁴³ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 150 (cursivas añadidas).

por lo mismo, son *excluyentes* entre sí—, de modo que su solución está determinada por la incidencia casuística de ciertos elementos circunstanciales; “no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho”, sino debe “conjugarse su finalidad con la perspectiva aportada por la visión coexistencial”; los principios constitucionales —como los paradigmáticos derechos a la intimidad y a la libertad de expresión— sencillamente no son enemigos naturales.⁴⁴

3. Bases teóricas del principio de proporcionalidad

A. Los valores constitucionales

Los derechos fundamentales y los demás principios constitucionales, son *valores del ordenamiento jurídico*. Mejor dicho, los bienes que protegen tales principios implican un valor que orienta la interpretación y aplicación del orden jurídico e inclusive la de las disposiciones que los tutelan. No nos detendremos en una exposición prolija del carácter valorativo y teleológico del derecho, o a demostrar el carácter axiológico de las normas constitucionales;⁴⁵ demos por sentado que éstas implican que el Constituyente atribuyó algún *valor* a los bienes con

⁴⁴ Castillo Córdova, Luis Fernando, “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, enero-junio de 2005, p. 128, y Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, pp. 37 y 53. *Cfr.* Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 2, p. 234.

⁴⁵ Para ello puede verse, como iniciación, a Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 113-123.

que se relacionan, para salvaguardarlos en la ley fundamental y dicho valor, de los más variados modos, está presente en la actividad jurídica.

El "valor" es un concepto peculiar; no es un objeto o ente, sino un elemento *sui generis* de los mismos,⁴⁶ que a su vez deriva de un complejo procedimiento: la valoración. La axiología ha oscilado entre establecer una jerarquía objetiva entre valores, rígida y determinada *a priori*, o reconocer que su orden de prevalencia es impuesto subjetiva y casi arbitrariamente, debate que también se ha reflejado en la ciencia jurídica. Superando estas posiciones, en tiempos recientes se ha visto que el procedimiento de valoración, o sea la atribución de un valor a un objeto para establecer su preferencia respecto de otro, es en realidad complejo y en él intervienen factores objetivos, subjetivos y *circunstanciales*.

Fronzizi⁴⁷ explica la valoración como una intrincada relación estructural entre las cualidades reales del objeto sobre el que recae, la aprehensión del sujeto que necesariamente la realiza y el ambiente físico y cultural en que ésta se da. De este modo, por ejemplo, aunque un objeto indiscutiblemente tuviera cualidades estéticas que lo hagan bellísimo (elemento objetivo) a ojos de la gran mayoría de las personas (elemento subjetivo), su

⁴⁶ Cfr. García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 16a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 274, 275 y 281; Fronzizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 14-19, y Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., trad. de Alfredo N. Galletti, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, voz: "Valor", p. 1173.

⁴⁷ *Op. cit.*, nota 46, pp. 190 y ss.

adquisición no sería preferible frente a la de algún alimento en caso de catástrofe natural o crisis económica (elemento circunstancial).

Así, aunque supuestamente *in abstracto* el valor estético de un objeto fuera de una jerarquía superior al que tendría un alimento para satisfacer una necesidad física del ser humano —como diría prácticamente cualquier ordenación axiológica apriorística—, los elementos subjetivo y circunstancial de la valoración podrían ocasionar que, en una determinada situación, este último valor aparentemente inferior sea preferible al primero.

Si pensamos que los bienes jurídicos tienen una dimensión axiológica —en especial los protegidos por los derechos fundamentales—, debemos concluir que la solución de sus conflictos también se inscribe en una dinámica valorativa. Es decir, si los bienes jurídicos son valores, su apreciación se lleva a cabo por una determinada apreciación que se basaría en alguna de las siguientes alternativas: 1) una jerarquía de valores jurídicos objetiva y *a priori*; 2) una simple ponderación en cada caso de los bienes o derechos en conflicto prácticamente subjetiva y “al tanteo”, sin parámetros que deban satisfacerse en ella, y 3) una apreciación prudencial de esos bienes en pugna, basada en su teleología y su funcionalidad en el orden jurídico.⁴⁸

Lo anterior no significa que una decisión valorativa, que otorgue preferencia a un bien sobre otro, tenga que ser arbitraria; por el contrario, reconocer la complejidad del procedimiento de valoración conduce a enfatizar la racionalidad de la decisión

⁴⁸ Cfr. Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, pp. 7-11, 26, 41, 56 y 57.

que lo consuma. Si se busca la racionalidad de una decisión valorativa que soluciona la alternativa de preferencia entre uno u otro bien, no deben admitirse respuestas simples o burdas sino, por el contrario, una argumentación compleja y cuidadosamente sutil en muchas ocasiones, que tome en cuenta todos los aspectos que se relacionan con ella.⁴⁹

Lo anterior adquiere mayor importancia cuando pensamos en la solución de conflictos entre bienes jurídicos; es muy diferente la trascendencia de elegir entre escuchar una sinfonía de Beethoven o una pieza para piano de Mozart, que decidir entre proteger el derecho al honor y a la intimidad de una persona frente a su probable vulneración en nombre de la libertad de expresión y del derecho a la información.⁵⁰

A una solución prudencial de los conflictos entre bienes y valores jurídicos, especialmente cuando tocan alguno de carácter constitucional, sirve el principio de proporcionalidad, por lo que el procedimiento que ofrece se inscribe en la tercera opción que mencionamos. Aunque, como veremos, no abandona las otras dos opciones de valoración sino que asimismo las puede utilizar, el principio de proporcionalidad las supera en cuanto no es tan rígido como el uso exclusivo de una jerarquía apriorística de valores jurídicos, ni tan azaroso co-

⁴⁹ Cfr. Frondizi, *op. cit.*, nota 46, pp. 231-233.

⁵⁰ Problema que constituye el ejemplo paradigmático de los "conflictos" entre derechos fundamentales, según Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, pp. 5 y 29.

mo un simple balance de bienes que carezca de criterios objetivos en su realización.⁵¹

B. Mandato de optimización de los derechos fundamentales y otros principios constitucionales

Como es ampliamente admitido, la gran mayoría de las disposiciones constitucionales y en especial los derechos fundamentales, son una categoría de normas jurídicas denominadas principios.

Los principios jurídicos se distinguen *grosso modo* de las "reglas" —la única clase de normas jurídicas que tradicionalmente se aceptaba— en que los primeros tienen una formulación tan abstracta que los hace aplicables a innumerables supuestos concretos y ordena otro tanto de conductas para ellos. Mientras una regla es aplicable cuando un conjunto X de hechos fácticos ocurre y prescribe una determinada conducta Y; un principio establece valorativamente una determinada situación que el orden jurídico debe alcanzar, impone a éste un *ethos* que debe satisfacer, lo que lo vuelve relevante en prácticamente cualquier situación y no sólo puede prescribir una determinada acción al sujeto cuya conducta regule, sino podría indicarle una amplia gama dentro de la cual pueda actuar para satisfacerlo.⁵²

De ahí que una de las diferencias más notables entre reglas y principios es que éstos implican un

⁵¹ Cfr. *ibidem*, pp. 24-35.

⁵² Cfr. *ibidem*, p. 49, y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pp. 110 y 111.

“mandato de optimización” (*Optimierungsgebot*); las reglas sólo pueden categóricamente cumplirse o incumplirse, los principios “pueden satisfacerse (*erfüllen*) en diversos grados”, dependiendo de las posibilidades normativas y fácticas del caso concreto.⁵³ Los principios establecen un “deber ser ideal” que, por lo tanto, admite que no sean satisfechos plena sino parcialmente, pero bajo el deber de “optimizarlos”, de llevarlos al máximo, en tanto lo permitan las circunstancias de hecho y de derecho.⁵⁴ La caracterización de los principios bajo un mandato de optimización, es el punto toral de la “teoría de los principios” ideada por Alexy —pero a nuestro parecer vislumbrada por Dworkin sobre cuyo pensamiento se apoya también ese autor alemán—, una de las tesis fundamentales del constitucionalismo de nuestro tiempo.⁵⁵

Esta optimización a la que están llamados los principios constitucionales por su naturaleza de tales y el aspecto axiológico que implican, hace posible la solución de los conflictos que enfrentan, por vía de ponderación y adecuación a las que lleva la idea de proporcionalidad,⁵⁶ a diferencia de las reglas que sólo admiten respuesta categórica: se cumplen o no, invalidándose terminantemente una

⁵³ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 5, pp. 75-77; *idem*, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 95 y 96, y Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 19a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 26-28.

⁵⁴ Véase Alexy, *op. cit.*, nota 53, pp. 108-110.

⁵⁵ *Cfr. ibidem*, p. 94.

⁵⁶ *Cfr. ibidem*, pp. 100 y 101.

de ellas en caso de conflicto. Por ello Alexy llama "colisión" a la oposición de principios y "conflicto" a las de reglas, para distinguirlas con más precisión: la primera puede "arreglarse" y la otra implica una contradicción que sólo puede resolverse tajantemente con la declaración de invalidez de una de ellas.⁵⁷

Así, los conflictos entre derechos y particularmente los establecidos por la ley fundamental, deben resolverse por los jueces y el legislador —a quienes toca en sus respectivos ámbitos la adecuación de los mismos—, optimizando las consecuencias normativas de cada uno de ellos, para lo cual "deben buscar la compatibilidad y la armonía entre los derechos antes que la oposición, *hasta donde sea posible*".⁵⁸

Alexy afirma que el principio de proporcionalidad y el carácter principal de las normas jurídicas —en especial los derechos fundamentales— se implican mutuamente y aún señala que "los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por 'optimización', de acuerdo con la teoría de los principios";⁵⁹ sin embargo, no pensamos que lo anterior implique una fundamentación circular entre los principios jurídicos y el uso de la proporcionalidad. El mismo autor desarrolla su ar-

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 77-79. Véase Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 52-59.

⁵⁸ *Cfr.* Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, pp. 22, 59 y 75 (cur-sivas en el original del texto transcrito).

⁵⁹ *Op. cit.*, nota 5, p. 100, y *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 38.

gumentación para demostrar que la evaluación de los subprincipios de proporcionalidad busca establecer las posibilidades jurídicas y fácticas de los principios en cuestión; pero sus afirmaciones deben en nuestra opinión matizarse, pensando que el carácter de principios de los derechos fundamentales —para nuestro objeto de estudio— y su inherente mandato de optimización, exige el uso del principio de proporcionalidad y éste a su vez implica que son principios las normas jurídicas con las que interactúa.

C. *Directivas de interpretación constitucional*

Precisamente en el ámbito del derecho constitucional, el uso del principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico que señala el alcance de los derechos fundamentales, se apoya también en las directivas de interpretación que ordenan dar a las disposiciones constitucionales la máxima efectividad real posible e interpretarlas sistemáticamente como una unidad normativa.⁶⁰

La primera directiva se basa en la naturaleza jurídica de la Constitución. Como la ley suprema está llamada a regular normativamente la realidad política y social, los operadores jurídicos estatales (legislativos, administrativos y jurisdiccionales) deben procurar dar a sus disposiciones la máxima efectividad posible para que incidan en el sentido de la conducta humana.⁶¹ De este modo, si un de-

⁶⁰ Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 608 y 609.

⁶¹ Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 29, y Hesse, Konrad, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Sie-

recho fundamental u otro principio constitucional, en virtud de esta directiva de interpretación, debe tener la mayor eficacia normativa posible, no puede sino concluirse que su restricción o inaplicación sólo puede darse en la medida en que resulte estrictamente indispensable —a grandes rasgos— para el cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo.

Afiliado a esta directiva de interpretación constitucional, encontramos el principio *pro homine* que lleva a dar un alcance más extenso a las disposiciones que garantizan derechos humanos o fundamentales y, en contrapartida, a interpretar del modo más estricto a aquellas que los menoscaban, derivada de la progresividad de tales derechos,⁶² principio ya arraigado en la jurisprudencia internacional como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³ y, más difusamente, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶⁴ Eviden-

beck), 1959, pp. 8, 14-16. Véase Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pp. 107-124.

⁶² Véase Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Querétaro, FUNDAP-Colegio de Secretarios de la SCJN, 2003, pp. 81-91; Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 70 y 71, y Carbonell, *op. cit.*, nota 41, pp. 130 y 131.

⁶³ *Viviana Gallardo y otras*, decisión del 13 de noviembre de 1981, serie A, núm. G 101/81, § 16; *La colegiación obligatoria de periodistas*, OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, § 52; y *Velásquez Rodríguez*, Excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1, § 30.

⁶⁴ *Cfr.* Marguénaud, *op. cit.*, nota 8, pp. 32 y 39, y Sudre *et al.*, *op. cit.*, nota 8, pp. 12, 22 y 23. Que vislumbra el principio

temente, al pugnar por la máxima extensión del alcance de los derechos humanos y su mínima restricción, el principio de proporcionalidad encuentra una base muy concreta en él, al aplicarse en la solución de los conflictos normativos en que intervienen dichos derechos.⁶⁵

Lo anterior nos lleva a la segunda directiva: la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales. Obviamente, no caemos en la ingenuidad de pensar que la Constitución —sobre todo una tan parchada como la mexicana— es en efecto un verdadero sistema, sino sostenemos, como hacen de forma prácticamente unánime la doctrina y la práctica jurídicas, que “es preciso interpretar la Constitución partiendo de su unidad, es decir, *como si fuese un sistema*”.⁶⁶

La interpretación sistemática de la Constitución, fundada en el principio de unidad de la misma, lleva a buscar la *concordancia práctica* de las normas fundamentales. Sería absurdo que, por ejemplo, la solución del conflicto entre la efectividad de los derechos al honor de las personas y a la información, se dé lesionando indebidamente a alguno de ellos, sino requiere una conjugación de los mismos; esta oposición debe resolverse, según el principio interpretativo que comentamos, por la *adecuada coexis-*

pro homine e interesante por sus reflexiones sobre los alcances de los textos inglés y francés de la Convención de Roma, véase TEDH, *Wemhoff c. Allemagne*, núm. 2122/64, fondo, 27 de junio de 1968, cons. jurs., §§ 7 y 8.

⁶⁵ Cfr. Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, p. 86.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 34 (cursivas en el original del texto transcrito); y Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TEPJF, 2006, pp. 69 y 434.

tencia de tales derechos en la que ambos logren una óptima realización de sus efectos frente al otro, sin afectarse mutua e innecesariamente.⁶⁷

4. *La fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad*

En términos generales, el principio de proporcionalidad puede argumentativamente fundarse en alguno de los siguientes tópicos: 1) diversas disposiciones constitucionales que lo impliquen o que lo establezcan más o menos expresamente; 2) la propia naturaleza y estructura de los derechos fundamentales, que manda optimizar su eficacia normativa; 3) en el principio de Estado de derecho —con mayor precisión: Estado constitucional democrático, ideal contemporáneo de la organización política de la sociedad, que sólo especialmente el contenido racional del orden jurídico—; y 4) las prohibiciones de arbitrariedad y exceso que a éste son inherentes, según sostienen la doctrina y la jurisprudencia germanas.⁶⁸

Es realmente difícil hallar alguna disposición constitucional que establezca clara y expresamente —como gustarían los positivistas clásicos— el principio de proporcionalidad y sus subprincipios; generalmente dicho principio es una creación pre-

⁶⁷ Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 28; y Serna y Toller, *op. cit.*, nota 42, pp. 39 y 53. Véase Vigo, *op. cit.*, nota 61, pp. 121 y 122.

⁶⁸ Véanse Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, p. 596; Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 54-58; Pereira Menaut, *op. cit.*, nota 4, pp. 75 y 76; y Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 129-131.

toriana resultante de un esfuerzo interpretativo y argumentativo de los tribunales.⁶⁹

De acuerdo con Bernal Pulido, “[l]a fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad es aquella según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales”.⁷⁰ Para lo anterior, además del carácter principal de las normas iusfundamentales, no debe perderse de vista que, según la difundida teoría haeberliana de la “doble dimensión de los derechos fundamentales”, los derechos fundamentales son derechos de defensa del gobernado contra el Estado y además instituciones con una *función social* que justifica su limitación frente a otros bienes.⁷¹

La fundamentación del principio de proporcionalidad como uno de los caracteres del Estado constitucional no es correcta por ser una petición de principio: si el Estado constitucional deriva de la

⁶⁹ Cianciardo, *op. cit.*, nota 3, p. 58; y Lambert, Pierre, “Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité”, en Sudre, Frédéric (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruselas, Nemesis-Bruylant, 1998, p. 83.

⁷⁰ *Op. cit.*, nota 7, p. 597. En el mismo sentido Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997, p. 41.

⁷¹ Véanse Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abschnitt 2 Grundgesetz*, 3a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1983, pp. 4 y ss. y 92 y ss.; Hesse, *op. cit.*, nota 30, p. 127; Ossenhühl, Fritz, “Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, *Neue juristische Wochenschrift*, Munich-Fráncfort del Meno, C. H. Beck, núm. 46, 1976, p. 2101; Martínez-Pujalte, *op. cit.*, nota 70, p. 35; y Recaséns Siches, *op. cit.*, nota 25, pp. 538-540. En la jurisprudencia véanse, para Alemania, *BVerfGE*, 7, 198 (204 y ss.); y para España, STC 25/1981, F.J. 5.

existencia del principio de proporcionalidad y otros elementos, tal principio no puede apoyarse en el concepto a cuya realización contribuye.⁷² Específicamente en relación con la prohibición de arbitrariedad, Bernal Pulido sostiene que sólo sería un aspecto del principio de proporcionalidad (relativo a su subprincipio de idoneidad) que no podría fundar cabalmente a éste;⁷³ no obstante, discrepamos de su opinión pues el exceso en el ejercicio del poder público sí puede incluirse como una especie de actuación arbitraria, y concluimos que la interdicción relativa apoya la aplicación del examen de proporcionalidad.

Conjuntando las posturas expuestas, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha fundado el principio de proporcionalidad tanto en las implicaciones del Estado de derecho como en la naturaleza de los derechos fundamentales y así le ha reconocido su categoría de norma jurídica fundamental:

El principio de proporcionalidad tiene rango constitucional en la República Federal de Alemania. Resulta del principio de Estado de Derecho y también en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto sea imprescindible para la protección de un interés público.⁷⁴

⁷² Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 7, pp. 603 y 604.

⁷³ *Ibidem*, pp. 604-606.

⁷⁴ *BVerfGE*, 19, 342 (348-349); el volumen correspondiente a esta sentencia data de 1966, o sea que en Alemania desde hace décadas se reconoce cabalmente al principio de proporcionalidad y sus implicaciones. Véanse también *BVerfGE*, 30, 250 (263); 35, 382 (400 y 401), y 55, 159 (165).