

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN TRES PIEZAS

*Mónica Aralí Soto Fregoso **

SUMARIO: I. Introducción; II. Fuente y origen del principio de proporcionalidad; 1. Su génesis en el derecho europeo; III. Función del principio de proporcionalidad; 1. Los derechos fundamentales y la legislación; 2. La estructura de los derechos fundamentales; 3. La estructura abierta de los derechos fundamentales como indeterminación normativa; 4. Normas iusfundamentales directamente estatuidas, adscritas e individuales; 5. La estructura del control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos fundamentales; 6. Función del principio de proporcionalidad. Conclusión; IV. Componentes del principio de proporcionalidad; 1. El principio de proporcionalidad en México. Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2. Principio de proporcionalidad en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; V. Fuentes de consulta.

* Magistrada Presidenta de la Sala Regional Guadalajara del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuenta con veinte años de experiencia en materia electoral. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara, Maestría en Educación, Diplomado en Derecho Electoral, y con la Especialidad en Justicia Electoral. Ha impartido cátedra universitaria en las materias de Sociología del Derecho, Derecho Electoral y Ética Jurídica.

Recibido: 25 de septiembre de 2014.
Aceptado: 26 de septiembre de 2014.

Resumen:

El presente artículo muestra un análisis sobre el principio de proporcionalidad, su fuente y origen, su función y los elementos que lo componen. Y nos invita a la reflexión acerca de esta figura que en los últimos años se ha adentrado cautelosamente en la actividad jurisdiccional de nuestro país. El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor firmeza en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador.

Palabras clave: proporcionalidad, derecho fundamental, actividad jurisdiccional, vinculante.

Abstract:

The present article shows an analysis of the principle of proportionality, its source, origin, function, and the elements that compose it. And challenge us to reflect on this figure that in recent years has ventured cautiously into the judicial activity of our country. The principle of proportionality is a concept that has been appearing more and more firmly in constitutional jurisprudence as a criterion for determining the content of fundamental rights, which becomes binding for the legislator.

Key Word: proportionality, fundamental right, jurisdictional activity, binding.

Las presentes notas no pretenden abordar el tema de la proporcionalidad en la intervención legislativa a los derechos fundamentales de forma amplia, mucho menos exhaustiva; contrario a ello, se muestra solo un esbozo que invita a la reflexión acerca de una figura que en los últimos años se ha adentrado cautelosamente en la actividad jurisdiccional de nuestro país.

Este análisis descriptivo, tampoco puede guardar un tinte novedoso en el tema, pues para ello se acude, en gran parte, a lo ya antes expuesto —en forma ahora si exhausta— por juristas con franca especialidad en el tópico, me refiero principalmente a Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido.

En este intento se procura dar luz sobre los rasgos fundamentales del principio de proporcionalidad, desde su origen hasta su función teórica y práctica; siguiendo para ello tres piezas o rubros centrales:

1. Fuente y origen del principio de proporcionalidad;
2. Función del principio de proporcionalidad; y
3. Elementos que lo componen.

Una vez fijadas las piezas claves del principio de proporcionalidad, como punto final, se hablará de su incursión en el sistema de impartición de justicia en México.

I. Introducción

Es hecho notorio para los operadores jurídicos (o al menos debe serlo), que la función jurisdiccional en nuestro país, en cuanto a aplicar el derecho mediante la particularización de las normas se refiere, ha cambiado radicalmente en años recientes; esto, derivado de dos causas fundamentales que trajeron consigo un modelo normativo distinto al que describe la teoría

positivista clásica; a saber: a) el cambio de paradigma constitucional,¹ y b) el reconocimiento prevalente de los derechos humanos o fundamentales;² hechos que conjugados configuran un nuevo bloque constitucional en México.

¹ De conformidad con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de noviembre de dos mil siete, el Constituyente Permanente determinó que el control de constitucionalidad en nuestro país se construye sobre el modelo siguiente:

a) A la Suprema Corte de Justicia de la Nación se le reffrendó la competencia exclusiva para conocer, mediante el control abstracto, de las posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución Federal, en términos del artículo 105, fracción II, de la propia Ley Fundamental; y,

b) Por otra parte, estableció que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad en la materia electoral, será la máxima autoridad jurisdiccional en dicha materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación. A dicho Tribunal le atribuyó el control concreto de constitucionalidad, al determinar que sus salas podrán resolver, en el caso concreto, la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Ley Fundamental; ello, según lo previsto en el numeral 99 de la Constitución Federal.

² Mediante decreto constitucional publicado en el D.O.F. el diez de junio de dos mil once se modifica la denominación del Capítulo Primero Título Primero; el primero y quinto párrafo del 1; el segundo párrafo del artículo 3; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo artículo del 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero al artículo 1; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33; y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero del artículo 102 del apartado B, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo es relevante al punto, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el expediente varios 912/2010 (caso Radilla), en sesión de catorce de julio de dos mil once, determinó, entre otras cuestiones, lo siguiente:

A) Las resoluciones pronunciadas por aquella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio;

B) El resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional, en particular en su párrafo segundo, donde establece que: *"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."*;

C) En el caso mexicano, se presenta una situación peculiar, ya que hasta ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad. De manera expresa, a estos medios de control, se adicionó el que realiza el Tribunal Electoral mediante reforma constitucional de primero de julio de dos mil ocho, en el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad de

Hoy en día, se incluye en la práctica constitucional el manejo de principios a la par de las reglas jurídicas puestas o expresas en los distintos ordenamientos, lo que obliga, para el dictado de las resoluciones jurisdiccionales, una labor argumentativa en un plano superior y de mayor apertura frente a la técnica tradicional de la subsunción, que en gran parte de los casos, resulta insuficiente para los propósitos del juzgador.

La presencia de principios exige nuevas pautas de argumentación dirigidas a complementar el método de subsunción (no se habla de una completa sustitución), como podría ser mediante los métodos de la ponderación y el juicio de proporcionalidad. Vale referir que para el jurista alemán Robert Alexy,³ la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.

En ese tenor, tanto las reglas como los principios son *normas* porque establecen lo que-es-debido: ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Así, la distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas.

Siguiendo la senda de Alexy, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; por tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente

no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución. Así, la determinación de si en México ha operado un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes en algún momento, no ha dependido directamente de una disposición constitucional clara sino que, durante el tiempo, ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales;

D) A la luz del artículo 1º constitucional reformado, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*; y

E) Todos los jueces del país están obligados a dejar de aplicar normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

³ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 63-70.

grado. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos, es decir, que un principio es válido y efectivo hasta en tanto no se presente diverso principio o derecho que dentro de un marco concreto contenga mayor peso o prevalencia, escenario en el cual el primero tiene que ceder.

Por el contrario, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible; esto es, que una regla conserva su validez se cumpla o no se cumpla con su contenido. La máxima positivista de las reglas asevera que el hecho de que algo "deba ser" no significa que necesariamente "sea", sin que por ello se desvanezca el deber contenido en la regla.

Una importante distinción entre las reglas y los principios se sostiene del comportamiento que guardan frente a los eventos de contradicción normativa. Como es sabido, en el caso de coalición de reglas el problema se soluciona mediante la introducción, en una de ellas, de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida. A su vez, cuando dos principios entran en colisión, uno de estos tiene que ceder frente al otro; sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado o que se tenga que introducir una cláusula de excepción; así, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro, y dentro de circunstancias distintas, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionado de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio de mayor peso.

Tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad se vuelven relevantes si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es dilucidar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.

En tal virtud, en el sistema jurídico mexicano se ha introducido con carta de lugar común, la concepción del **principio de proporcionalidad** como parte vertebral del control constitucional que versa sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales.

II. Fuente y origen del principio de proporcionalidad

1. Su génesis en el derecho europeo

Para el jurista Carlos Bernal Pulido,⁴ el principio de proporcionalidad no es un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX. La proporcionalidad es una noción general utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas ramas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad se reveló como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica. En tiempos modernos, este principio irrumpió en el derecho público, lo que aunado a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado dio lugar a su evolución y expansión en otras áreas del Derecho.

El surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto propio del derecho público europeo, se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. La visión de mundo propugnada por esta doctrina concebía al hombre como un ser dotado de libertad, un atributo que le pertenecía desde antes de la conformación de las asociaciones políticas.

En el estado de naturaleza, señaló Locke,⁵ el hombre es "señor absoluto de su propia persona"; no obstante en este estado de absoluta libertad el hombre está expuesto a toda suerte de riesgos, se encuentra sometido constantemente a la usurpación provocada por el imperio de la ley del

⁴ BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 43-44.

⁵ LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, p. 133.

más fuerte. En razón de esta circunstancia, los individuos se ven compelidos a asociarse en un pacto civil, en el que supeditan el ejercicio de su libertad a las restricciones impuestas por las leyes del Estado, a cambio de que su vida, su libertad y sus bienes sean protegidos.

De esta conocida explicación del mito fundacional del Estado se desprenden los dos presupuestos filosófico-políticos más importantes del principio de proporcionalidad: en primer término se manifiesta la idea de que la libertad se perpetúa en la sociedad civil como un bien inherente al individuo, o en otros términos, de que en toda asociación política debe reconocerse la posibilidad del hombre para comportarse de acuerdo con su propio criterio, elegir sus finalidades particulares y orientarse al logro de sus objetivos. En segundo lugar, como correlato de lo anterior, en la concepción contractualista se hace explícita la convicción de que la potestad estatal para intervenir en la libertad sólo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás.

El disfrute de la libertad aparece así como la situación normal y la intervención estatal como una circunstancia excepcional, limitada en sus efectos.

Esta concepción de poder político fue el sustrato propicio para que se comenzara a exigir que las intervenciones estatales en la libertad individual fuesen proporcionadas.⁶

A lo largo del siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. Desde final de la segunda guerra mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para

⁶ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 46.

fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la Administración, se generalizó en las jurisdiccionales administrativas europeas.⁷

De manera natural el principio de proporcionalidad se difundió en el ámbito del Derecho Constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido precursora en la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos.

En la doctrina más aceptada se considera que la célebre sentencia emitida en el *caso de las farmacias (Apothekenurteil, 1958)*⁸ inaugura la tendencia en la que el principio de proporcionalidad se concibe como la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control constitucional sobre los actos que intervienen en los derechos fundamentales. El criterio y métodos contenidos en este caso han sido reiterados y complementados por un sinnúmero de sentencias posteriores.

⁷ Sobre este aspecto conviene destacar que el principio de proporcionalidad ha sido incluido expresamente en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en los términos siguientes: "Solo se podrá introducir limitaciones [a los derechos fundamentales garantizados por la Carta] respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás".

⁸ En este caso, un farmacéutico impugnó, mediante el recurso de amparo, una decisión del gobierno de Oberbayern, expedida con fundamento en el artículo 3.1 de una ley de 1952 sobre la regulación de las farmacias. El recurrente consideró vulnerada su libertad de elección profesional, garantizada por el artículo 12.1 LF, como consecuencia de la denegación por parte del citado gobierno, de un permiso para la apertura de una farmacia en Traunreut. La mencionada ley de 1952 establecía las exigencias para la apertura de toda nueva farmacia. Estas exigencias estaban referidas a la calificación del solicitante, a razones de interés sanitario y a condiciones económicas y de competencia comercial con otros establecimientos de la misma índole. En la resolución, el gobierno de Oberbayern consideró que la creación de una nueva farmacia en el lugar solicitado no estaba exigida por el interés público y que, por el contrario restringía los beneficios económicos de las farmacias existentes. Para resolver el caso, el Tribunal Constitucional alemán estudio la constitucionalidad del referido artículo 3.1. Tras hacer un repaso histórico de las razones que sustentan la necesidad de regular públicamente la creación y el funcionamiento de farmacias (análisis sobre la legitimación del fin de la medida restrictiva) y de los conceptos de elección y ejercicio de la profesión, el Tribunal Constitucional sostuvo que cuanto mayor sea la afectación de la órbita de libertad del individuo (libertad de profesión), mayor debe de ser el interés público que la justifique. Asimismo se señaló, que la órbita de libertad individual solo puede ser restringida con el medio más benigno, para concluir: "el legislador debe efectuar regulaciones al artículo 12.1 LF en el nivel que implique la menor intervención en la libertad de elección de profesión y sólo puede pasar al siguiente nivel, cuando pueda ser evidenciado con alta probabilidad, que los peligros temidos no pueden ser conjurados efectivamente con las medidas constitucionales pertenecientes al nivel anterior".

III. Función del principio de proporcionalidad

1. Los derechos fundamentales y la legislación

Los derechos fundamentales, en sus dimensiones negativa y positiva, trazan un marco que limitan al legislador, pero que a la vez depara un amplio margen de acción. Si utilizamos la metáfora de Alexy, los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones) y a la vez, deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido).⁹

Lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consiste en la prohibición de que la ley intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, o sea, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el legislador de manera eficaz y suficiente contra las intervenciones del Estado y de los particulares. Y lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, aquello que no está decidido ni prefigurado por la constitución, el espacio que se abre a la política electoral en la democracia.¹⁰

La cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. De este modo, junto a la tradicional dimensión¹¹ de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de deberes de protección, que encarnan en conjunto el deber de

⁹ Citado por BERNAL Pulido, Carlos. *Ibidem*, p. 204.

¹⁰ *Idem*, p. 204.

¹¹ Sobre las dimensiones de los derechos fundamentales, *vid.* OSUNA, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, cap. III.

contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan.¹² Correlativamente a la imposición de estos deberes de protección, los derechos fundamentales dejan de ser en la dimensión positiva meras normas programáticas, meras declaraciones de principio o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva. En muchos casos esta exigencia se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes. La creación del derecho, entonces, abandona parcialmente el terreno de la discrecionalidad legislativa y se convierte en un mecanismo de cumplimiento de las exigencias de los derechos de protección.

Uno de los principios centrales de toda democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el legislador. Cuando este principio está tipificado en la Constitución que, como la mexicana, además consagra un catálogo de derechos fundamentales y un sistema de justicia constitucional, se institucionaliza una tensión constante e irreductible entre la democracia y la libertad o, más específicamente, entre las decisiones de la mayoría parlamentaria y las concreciones que efectúan los tribunales constitucionales a partir de los derechos fundamentales. Esta tensión se expande por todas las áreas en que la legislación se entrecruza con el contenido de los derechos, y origina la necesidad de delimitar la competencia del legislador y los tribunales constitucionales.

Un mayor acercamiento a la vinculación del legislador a los derechos fundamentales en materia política-electoral, se observa de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito internacional, así como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en sede nacional. Fallos en los cuales se ha establecido, por ejemplo, que las restricciones al ejercicio del derecho a ser votado son temáticas que se enmarcan dentro de la competencia del legislador bajo ciertos requisitos, es decir, que tal tarea no se encuentra exenta del control constitucional o convencional, por tanto, la facultad del legislador para

¹² Sobre estos dos tipos de vinculación a los derechos fundamentales, *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 53/1985.

establecer restricciones a dichos derechos no es ilimitada. Las restricciones a las normas iusfundamentales pueden entenderse en el marco de la constitución, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos restrictivos ya que debe mediar un principio de razonabilidad en la limitación de los derechos, que en todo caso debe estar justificado por la protección de otros derechos y bienes jurídicos, lo que aparece como fundamento y límite del poder del Estado.

El Tribunal Electoral ha enfatizado reiteradamente que esta sujeción del derecho político-electoral a los derechos fundamentales no implica reconocer que la Constitución haya definido *ab initio* y de una vez el contenido de la legislación que los regula. Dentro de los amplios márgenes de la constitución, el legislador está dotado de un espacio discrecional para determinar el contenido de la ley que sea apropiada a las circunstancias sociales y políticas.¹³

Dentro del ámbito de los derechos político-electorales, la controversia se plantea sobre todo en la tesis de que la implementación de requisitos para el ejercicio de las prerrogativas ciudadanas, es decir, su institucionalización, implica siempre una intervención en el derecho fundamental atinente (por ejemplo el de ser votado), y por tanto, compete a los tribunales constitucionales establecer si la intervención tiene el carácter de restricción válida o, por el contrario, de violaciones a tales derechos.

Debe entenderse que la tipificación de una restricción representa una intervención en los derechos fundamentales.

El sustento de esta tesis se encuentra en la idea de que la constitución protege la libertad de acción con normas de derecho fundamental. Esta libertad que coincide con el concepto negativo de la misma, consiste en la libertad de hacer u omitir lo que uno desea.¹⁴ Esta libertad desde luego no

¹³ Estos criterios se encuentran en aquellas sentencias en las que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al entrar al estudio sobre la constitucionalidad de determinada disposición, reconoce de antemano la libertad de configuración de las legislaturas para desarrollar algún derecho fundamental establecido en la Constitución Federal.

¹⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, pp. 301 y 302.

es absoluta, y por tanto puede ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas, que deben estar siempre justificadas en razón del favorecimiento de otros derechos y bienes constitucionales, además de ser proporcionadas.

Surgen entonces las siguientes interrogantes: ¿En qué punto se encuentra la protección efectiva de los derechos fundamentales mediante las leyes de contenido restrictivo? ¿Cómo puede crearse un modelo de relaciones entre los derechos fundamentales y la legislación restrictiva, de tal modo que las intervenciones protejan lo suficiente, sin ser excesivas?

Entre las respuestas a estas preguntas, que incumbe al tema de estudio, encontramos el principio de proporcionalidad,¹⁵ como método mayormente racional dada su estructura argumentativa.

Ciertamente, este principio opera como criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de derechos fundamentales. El entendimiento de esta función se revela con mayor claridad al atender previamente la estructura de los derechos fundamentales y la estructura del control constitucional de las leyes.

2. La estructura de los derechos fundamentales

Para Robert Alexy, todo derecho fundamental (en sentido amplio o como un todo) se estructura como un haz de **posiciones** y **normas**, vinculadas interpretativamente a una **disposición** de derecho fundamental.¹⁶ Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental

¹⁵ Resulta relevante, sobre la metodología en trato, la tesis del mínimo de los derechos fundamentales que se deriva a su vez de la teoría interna de los derechos fundamentales: lo constitucionalmente imposible y lo necesario corresponde a un mínimo irrestringible en el contenido de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la vinculación negativa, lo imposible es el mínimo de la libertad y de los demás derechos que nunca podría ser afectado por la legislación. Paralelamente, desde la óptica de la vinculación positiva, lo necesario es el mínimo de protección que la ley debe ofrecer a los derechos fundamentales para una protección efectiva. Lo posible se define como el espacio restante, como lo no contemplado por el mínimo negativo y el mínimo positivo. Los criterios que sigue dicho método son el del núcleo esencial de los derechos fundamentales y el criterio del contenido prefigurado de tales derechos.

¹⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, pp. 214-215.

corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental.

Analizados por separado los tres conceptos que componen la estructura, tenemos:

- a) Las *disposiciones de derecho fundamental* son los enunciados de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento constitucional federal, dichos derechos (según decreto publicado el 10 de julio de 2011) parecen encontrarse delineados en el capítulo I del Título I, intitulado "*De los Derechos Humanos y sus Garantías*", que comprende sus primeros 29 artículos, lo que podríamos concebir como el *Bill of rights* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante, en un sentido material, encontramos diversos derechos fundamentales tanto en los siguientes tres capítulos del mencionado Título I, como en la parte orgánica y demás apartados del ordenamiento supremo. En este sentido, entendemos que la Constitución contiene disposiciones de derecho fundamental a todo lo largo de su articulado, cuando encuentren una conexión interpretativa con los preceptos contenidos en su parte inicial, ideada como declaración o carta de derechos.

Así también, deben catalogarse en esta clase los derechos fundamentales contenidos en distintos tratados internacionales.

- b) Las *normas de derecho fundamental* se definen como el conjunto de significados prescriptivos de las disposiciones de derecho fundamental.

Este conjunto de significados se expresa mediante proposiciones prescriptivas que establecen que algo está ordenado, prohibido o

permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.

Puede entenderse que la norma es el resultado significativo o semántico de la interpretación de un texto o disposición. En este sentido, Riccardo Guastini sostiene que el modo de expresarse, según el cual la interpretación tiene por objeto *normas*, es correcto a condición de que, en ese contexto, por norma se entienda un "texto normativo", pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por "norma" se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el *significado* que contiene. En tal caso, la *norma* no constituye el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa.¹⁷

- c) Las *posiciones de derecho fundamental* o los derechos fundamentales en sentido estricto constituyen el correlato de las normas de esta misma naturaleza.

Cuando los operadores jurídicos se refieren a los derechos fundamentales, en realidad hacen alusión a las posiciones de derechos fundamentales, como sucede, verbigracia, cuando un ciudadano alega tener el derecho de voto activo. El derecho fundamental a emitir el sufragio es una posición iusfundamental establecida por una norma de este mismo carácter, adscrita al artículo 35 de la Constitución Federal.

Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas entre los individuos o entre los individuos y el Estado; como tales, presentan una amplia gama de relaciones jurídicas existentes en el Derecho. Su forma más común simboliza una estructura triádica compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma, que el sujeto pasivo debe desarrollar a favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa, 2006, p. 3.

Entre las posiciones y las normas de derecho fundamental existe un nexo de implicación necesaria. Robert Alexy lo ha enunciado de la siguiente manera: "si un derecho existe, debe valer una norma que garantice la existencia de ese derecho".¹⁸

3. La estructura abierta de los derechos fundamentales como indeterminación normativa

Las disposiciones de derecho fundamental se caracterizan por su indeterminación normativa, o en palabras de Alexy, por su *apertura estructural*.¹⁹

La indeterminación normativa se presenta cada vez que una disposición jurídica no hace explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados normativos y, por consiguiente, impide al intérprete conocer *a priori* -tras la simple lectura del texto jurídico- si una o varias normas pueden ser consideradas como normas estatuidas por la disposición.²⁰

Esta característica normativa puede ser examinada en abstracto y en concreto. En el nivel abstracto se plantea el interrogante de si el texto de cierta disposición permite al intérprete conocer *a priori* todas y cada una de las normas que estatuye. Sobre el punto vale aclarar que ninguna disposición iusfundamental, por más específica que sea, permite conocer *a priori* todas las normas que estatuye directa e indirectamente.

Casi todas las normas estatuidas indirectamente resultan no solo de lo expresado por el texto de la disposición, sino de otras premisas que complementan al texto en su interpretación. Sin embargo, las disposiciones de derecho fundamental, permiten identificar una de las normas que estatuyen: la llamada *norma iusfundamental directamente estatuida*. Por ejemplo, no cabe duda que la disposición del artículo 9 de la Constitución Federal establece, por lo menos, la siguiente norma: "está ordenado reconocer el derecho de asociación".

¹⁸ Citado por BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 87.

¹⁹ ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, p. 50.

²⁰ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 103-105.

Ahora bien, la indeterminación normativa se proyecta sobre todas las demás normas que no han sido directamente estatuidas por las disposiciones de derecho, pero que pueden ser fundamentadas a partir de estas. Tales normas indirectamente estatuidas se denominan *normas adscritas*.²¹

Con relación a las normas adscritas no puede afirmarse *a priori* con certeza que sean normas estatuidas por las disposiciones iusfundamentales, ni tampoco que no lo sean. Por el contrario, la validez de una norma adscrita es algo que debe ser fundamentado. La validez de la norma adscrita es el objeto de la fundamentación externa de la premisa mayor del silogismo contenido en la sentencia constitucional. Por definición, si una norma debe ser fundamentada, es porque no puede ser reconocida *a priori*.

4. Normas iusfundamentales directamente estatuidas, adscritas e individuales

El estudio y distinción de las normas directamente estatuidas, normas adscritas y normas individuales de derecho fundamental, resulta decisivo para determinar la función del principio de proporcionalidad. Entre este tipo de normas no existe una diferencia cualitativa, sino solo algunas divergencias en cuanto a su grado de generalidad.

Por una parte, las normas directamente estatuidas son más generales que las normas adscritas, y estas últimas son a su vez, más generales que las normas individuales.

De cada uno de estos tipos normativos es característico un peculiar modo de fundamentación: mientras el texto de las disposiciones constitucionales se erige como fundamento inmediato y suficiente de las normas que directamente estatuye, las normas adscritas son el producto de una fundamentación interpretativa suplementaria, que parte de las normas directamente estatuidas, y las normas individuales son el resultado de la subsunción de un caso bajo el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida o de una norma adscrita.

²¹Cfr. ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 3, p. 52.

Como ya se adelantó, las normas directamente estatuidas son las que revisten un mayor grado de generalidad.

En consecuencia, para hallar el significado de estas disposiciones es necesario traducirlas a términos prescriptivos o deónticos -es decir, a términos del *deber ser*-; cada disposición de derecho fundamental estatuye directamente una sola norma, de traducción automática.

Siguiendo con el ejemplo anteriormente asentado, la disposición del artículo 9 constitucional: "*No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito*", puede señalarse que su sentido prescriptivo se expresa mediante la norma directamente estatuida que establece: "está *ordenado* (operador deóntico) reconocer y proteger el derecho a asociarse y reunirse."

Empero, las normas directamente estatuidas rara vez son aptas para ser utilizadas como premisa mayor en la fundamentación interna de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. La traducción automática de éste tipo de disposiciones no suele ser problemática. Los problemas que la realidad propone al intérprete constitucional son tan concretos, matizados y complejos, que desbordan la explicitud semántica de las normas directamente estatuidas. Como consecuencia, en la mayoría de los casos los tribunales constitucionales se ven en la necesidad de concretar una norma más específica, estas son las normas adscritas, que como se dijo se fundamentan en las normas directamente estatuidas y guardan un nexo de contradicción o de identidad con las normas legales, objeto de cada proceso constitucional.

La norma adscrita desempeña el papel de premisa mayor de la justificación interna, bajo la cual se subsume la ley que se controla. La necesidad de concretar una norma adscrita cada vez que sea necesario resolver un caso cuya solución no emane directamente del texto constitucional, puede observarse del ejemplo siguiente:

El artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene la siguiente disposición iusfundamental:

"Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado – Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior."

De dicha disposición, se desprende como norma directamente estatuida, la prescripción:

"El Estado tiene el deber de impartir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior."

Sin embargo, en términos prescriptivos no se deduce de la disposición el derecho a que los gobernados puedan ingresar a planteles particulares, de su elección, a costa o con cargo al erario público.

Para resolver la problemática planteada, es evidente que *prima facie* no existe la norma que otorgue o niegue tal pretensión de derecho fundamental, motivo por el cual, es menester que el juzgador constitucional resuelva de antemano la cuestión interpretativa de si al artículo 3º pueda adscribirse una norma más concreta que prescriba:

"Esta ordenado al Estado otorgar educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, en planteles particulares a elección de los gobernados".

Norma que debe derivar o estatuirse de la norma directa que otorga el derecho a la educación.

De esta guisa, el problema no se resuelve mediante la aplicación directa de la disposición constitucional, al presentarse una serie de principios que juegan en sentido contrario. Podríamos decir que en el ejemplo trazado: frente al derecho fundamental de educación y al principio de desarrollo integral de la persona, se encuentran los principios de subsidiariedad en la

intervención estatal para la satisfacción de las necesidades personales y la libre disposición comercial de los planteles particulares.

Cualquiera que sea la respuesta que se confiera a la situación jurídica planteada, lo que interesa es ilustrar el papel que las normas adscritas juegan para la solución de los asuntos relacionados con derechos fundamentales, y que en la práctica, encontraría solución mediante la aplicación del principio de proporcionalidad.

Así, las normas adscritas a las disposiciones de derecho fundamental proceden entonces simultáneamente de dos fuentes jurídicas: una fuente indirecta y una fuente directa.²² Estas normas son estatuidas con validez *prima facie* por las disposiciones de derecho fundamental (fuente directa) y adquieren validez definitiva de dos formas: cuando son concretadas por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales²³ o cuando son actualizadas por las leyes, tratados internacionales o por los demás actos de los poderes públicos que constituyen fuente de derecho.

No debe entenderse que al concretarse por un tribunal una norma adscrita a un derecho fundamental, se esté legislando o creando una nueva norma, sino que este acto consiste en la formulación institucional de una aseveración interpretativa. Mediante la concreción, los tribunales constitucionales aseveran que una determinada norma adscrita debe ser considerada interpretativamente como una norma válida, por ser uno de los contenidos normativos que cierta disposición de derecho fundamental ha estatuido.²⁴

Las *normas individuales de derecho fundamental* son aquellas contenidas en la parte resolutive de las sentencias de los tribunales constitucionales que versan sobre derechos fundamentales. Estas normas

²² Cfr. BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 116-124.

²³ Cabe señalar que la concreción de una norma adscrita se define como el acto jurídico mediante el cual, en ejercicio de su competencia suprema para interpretar la Constitución, los tribunales constitucionales aseveran que una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de indeterminación de una disposición de derecho fundamental. Vid. HESSE, Konrad, *interpretación constitucional*, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, pp. 41 y ss.

²⁴ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 130.

son producto de la subsunción al caso concreto bajo el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida o de una norma adscrita. Dicho de otro modo, las normas individuales son la conclusión del silogismo que constituye la fundamentación interna de la sentencia, cuya premisa mayor es una norma directamente estatuida o una norma adscrita.

5. La estructura del control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos fundamentales

El control de constitucionalidad de las leyes, como es sabido, se realiza desde el ámbito formal o material de las normas sujetas a examen. Para el estudio que nos ocupa nos centraremos en el plano material del control de constitucionalidad.

En términos generales puede afirmarse que toda ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene, si su contenido es incompatible con el contenido normativo de la disposición que tipifica el derecho. La incompatibilidad de la ley y el contenido del derecho fundamental puede ser definida a su vez como una especie de conflicto entre normas jurídicas. Los conflictos entre las normas de derecho fundamental y las normas legales deben solucionarse con la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal.

Esta solución se deriva del principio de supremacía de la Constitución y de vinculación del legislador a los derechos fundamentales, contenidos en los artículos 1 y 133 de la Constitución Federal.

El control de constitucionalidad de las leyes es un tipo específico de discurso jurídico, cuyo resultado es una decisión jurisdiccional. La fundamentación de las decisiones jurisdiccionales se proyecta en dos dimensiones: una interna y una externa.

La fundamentación interna es el razonamiento mediante el cual se infiere el fallo de las premisas que lo sustentan; por su parte, la fundamentación externa es el razonamiento en el que se determinan las premisas que

componen la fundamentación interna y de las cuales se sigue la decisión contenida en el fallo.

En otras palabras, la fundamentación interna consiste en el tránsito desde una norma general hasta una norma particular (el fallo), mediante una cadena de normas cada vez más concretas. Este tránsito reviste básicamente la estructura de un silogismo,²⁵ conformado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.²⁶

Así, en el esquema de control constitucional, la premisa mayor se compone por el derecho fundamental intervenido, mientras que la premisa menor se integra con la norma legal objeto de control, a efecto de averiguar si su contenido cumple las condiciones del supuesto de hecho de la norma iusfundamental. Estos dos elementos pertenecen a la fundamentación interna, que permite establecer si lo prescrito en la norma examinada contradice lo prescrito por la norma de derecho fundamental.

Para ejercer dicho control el tribunal constitucional debe partir de tres puntos: 1. En primer lugar debe determinar qué es aquello que prescribe la norma iusfundamental en su forma imperativa, es decir, si esta norma ordena, permite o prohíbe un comportamiento, o si atribuye una competencia; 2. En segundo lugar, debe averiguar qué prescribe la norma legal examinada o sometida a control; y 3. Por último, debe establecer si aquello que prescribe la norma legal es contradictorio con lo que prescribe la norma iusfundamental.

El principio de proporcionalidad desempeña su función en el campo de la fundamentación externa de la premisa mayor, es decir, en la concreción y fundamentación de la norma de derecho fundamental aplicable al caso.

²⁵Como se sabe, la premisa mayor es una norma general, establecida por una disposición perteneciente a una de las fuentes del Derecho. La premisa menor, consiste en un juicio que da cuenta del cumplimiento de las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma general, por parte del comportamiento examinado. Finalmente, la conclusión es una norma particular, contenida en el fallo, que se sigue de las premisas mayor y menor.

²⁶ALEXEY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 205 y ss.

6. Función del principio de proporcionalidad. Conclusión

El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor firmeza en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador. Dicho principio parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, al ser, a su vez, principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo.

El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho fundamental, cuando es interpretado de manera amplia; este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador.

Así por ejemplo, la norma directa de derecho al voto pasivo, establecida en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Federal, comprende *prima facie* el derecho de los ciudadanos a postularse como candidatos para cualquiera de los cargos de representación popular; sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo el derecho de la comunidad a contar con representantes idóneos (en el sentido amplio de la palabra), el derecho fundamental atinente puede ser restringido por el legislador, quien legítimamente puede introducir como requisito para contender como candidatos el relativo a que los aspirantes no cuenten con antecedentes penales en relación con determinados delitos, atendiendo su gravedad.

Con todo, estas restricciones legislativas tampoco son absolutas. Si bien el legislador puede imponerlas en un marco de libertad configurativa, este

poder público no puede desatender las exigencias que derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: **idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto**. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales deben cumplir.²⁷

Bajo esta tesitura, el principio de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales, cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro.

Como función conclusiva de dicho principio, Bernal Pulido afirma:

"el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes."²⁸

La función que el principio de proporcionalidad cumple en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, consiste en estructurar la fundamentación de la validez de las normas iusfundamentales adscritas, en un procedimiento de cinco pasos:²⁹

- a) La adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental;
- b) 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;
- c) El examen de idoneidad de la ley;
- d) El examen de necesidad de la ley; y
- e) El examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.

²⁷Vid. BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.* nota 4, pp. 41-42.

²⁸ BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, p. 162.

²⁹ *Ibid*, pp. 134-135.

De estos cinco pasos, los dos primeros son presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad y los tres últimos son los subprincipios que lo componen.

Estos pasos pueden ser identificados, desde el punto de vista del análisis lógico, con el contexto de descubrimiento y de justificación, que Manuel Atienza traslada de la teoría del conocimiento en general al campo de la argumentación jurídica.

Siguiendo al autor español, una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dichas premisa o conclusión.³⁰ Luego, se sostiene que los dos primeros pasos, como presupuestos del test de proporcionalidad constituyen un contexto en el que el operador jurídico otorga un valor reservado a la norma fundamental que servirá de premisa mayor, así como a la norma materia del control (premisa menor) a la que se califica como interventora de la primera, para posteriormente ser sometidas en conjunto, dentro del contexto de justificación, a los tres subprincipios que otorgaran validez definitiva a la norma o principio que se concluya avante.

IV. Componentes del principio de proporcionalidad

Tal como se adelantó, el principio de proporcionalidad se compone de los tres subprincipios siguientes:

- a) Idoneidad o adecuación;
- b) Necesidad; y
- c) Proporcionalidad en sentido estricto.

³⁰ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008, pp. 4 y 5.

Mediante la *idoneidad* se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.³¹

El subprincipio de idoneidad es un juicio previo; la idoneidad de una medida adoptada por el legislador, dependerá de que ésta guarde una relación positiva con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización.

Se trata de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada.

En cuanto a la primera exigencia, para que una medida legislativa no sea legítima debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, para que dicha medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

Como se puede observar, en este primer subprincipio se exige un mínimo y no un máximo de idoneidad. La formulación negativa de su concepto implica un mayor respeto del margen de acción del legislador, pues lo que se exige de sus medidas no es un grado óptimo de idoneidad para alcanzar la máxima protección del bien jurídico, sino tan solo que no sea abiertamente inadecuada para contribuir a proteger el bien jurídico legítimo.

Sobre el tópico, resulta relevante la distinción apuntada por Bernal Pulido,³² en relación a la existencia de una idoneidad fuerte frente a otra débil. La primera de ellas, establece que la medida de intervención deberá de ser considerada idónea solo si es aquella que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin. Paralelamente, de conformidad con la versión más débil, la idoneidad de una medida

³¹ Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado también como juicio de razonabilidad y consiste en constatar que la norma en examen no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón que no está prohibida explícita o implícitamente por la Constitución, *Vid.* CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008, pp. 142-146.

³² *Cfr.* BERNAL Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 724-729.

dependerá de que ella tenga una relación positiva de cualquier tipo con el fin legislativo, es decir, de que sencillamente facilite su realización de algún modo, con cualquier eficacia.

El jurista en consulta se inclina por el tamiz de la idoneidad en su versión débil, que según su dicho, permite observar y dar cumplimiento al principio formal de la competencia legislativa para configurar la Constitución.

En el mismo sentido, L. Clérico ha explicado que la versión fuerte del subprincipio de idoneidad conduce a que todas aquellas medidas legislativas, diversas a la más idónea para la realización del fin, sean declaradas inconstitucionales casi *ab initio*. Esta prematura declaración de inconstitucionalidad impide considerar múltiples razones atinentes también a la proporcionalidad de las medidas legislativas y que solo adquieren relevancia en los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, que tienen que ver con la comparación de la medida adoptada por el legislador con otras medidas alternativas y con la valoración de los costos y beneficios que aquélla reporta.³³

A manera de ejemplo, podríamos considerar el requisito establecido por algunas legislaciones electorales en nuestro país, para el registro de candidaturas independientes, en las que se ha exigido, con el fin de acreditar el apoyo ciudadano, además de la cédula de respaldo respectiva, la copia de la credencial para votar de los suscriptores.

Es evidente que el requisito aludido, es puesto por el legislador con el fin de que la autoridad comicial administrativa cuente con elementos para comprobar que los nombres, firmas y demás datos contenidos en las cédulas de respaldo, verdaderamente corresponden a los ciudadanos reseñados en ellas, en otras palabras, para garantizar, entre otros, el principio de certeza. Puede adelantarse que la finalidad buscada es legítima constitucionalmente, pues no es contrario a la ley reproducir en copia las credenciales de elector por cada poseedor de las mismas. Paralelamente, la medida se aprecia idónea para comprobar la veracidad del contenido

³³ Citado por BERNAL Pulido, Carlos. *Ibidem*, pp. 728-729.

de las cédulas con la identidad de las personas que la suscriben, sin necesidad de entrar en una calificación sobre su grado de eficacia, pues al referirnos a una copia simple, su valor probatorio puede verse superado frente a otros instrumentos de convicción.

Lo importante en el punto, es ilustrar que la idoneidad de la medida puede tener distintos grados de eficacia, sin que ello sea motivo para que el juzgador declare inconstitucional la norma, cuando se advierta una posibilidad mínima de conseguir el fin que se busca.

En lo que toca a la *necesidad*, se dirige a analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna, entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto.

Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles; acto en la cual se analiza: 1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y 2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

A fin de respetar el margen de acción legislativa, en esta comparación se utilizan definiciones negativas. En efecto, para que una medida de intervención no sea necesaria debe existir un medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad y que sea menos restrictivo de la libertad o los demás derechos fundamentales que resulten afectados.

Esto no implica que el legislador deba adoptar siempre la medida restrictiva óptima, sino solo la prohibición de restringir vanamente la libertad, es decir, la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante, y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido.

Finalmente, el subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto* (que consiste en el examen de ponderación de Alexy) afirma que una intervención a los derechos fundamentales es constitucional o legítima, siempre que el grado de realización del objetivo de la intervención (es

decir, de protección del bien jurídico) sea por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención del derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.³⁴

Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Mediante esta comparación, se prohíbe que una afectación intensa de un derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico.

A manera de ejemplo, podemos imaginar que el legislador incluyera como restricción al derecho de ser votado, en la vertiente o requisito de no contar con antecedentes penales a las infracciones administrativas (como pudieran ser las de tránsito), caso en el que la protección de este aspecto intermedio del derecho comunitario a contar con representantes idóneos no justificaría la intensa restricción de la negativa que acarrearía a múltiples aspirantes para el posible acceso a un cargo público la medida adoptada.

Como sugiere Alexy, para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala triádica, en la que las dos variables a comparar: la intervención en el derecho y la protección del bien jurídico, pueden verse afectados -restringiendo el primero y realizado el segundo- en una medida leve, media o intensa. De este modo sería ilegítimo -siguiendo el ejemplo- que el derecho al acceso de un cargo público fuera restringido en una medida intensa, y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o medio

³⁴ Sobre la formulación de estos subprincipios el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 66/1995 declaró: "Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto -La garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la medida era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

del derecho de protección. Tampoco sería justificada una restricción media que fuera correlativa a una protección leve.

La ponderación que deriva de este subprincipio se estructura argumentativamente en tres pasos:³⁵

1. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas: la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. Comparar dichas magnitudes: para determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental (ley de ponderación).
3. Construir una regla de precedencia condicionada: el elemento normativo que adquiere no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico; solo determina la solución para el caso concreto y para futuros casos idénticos o análogos.

1. El principio de proporcionalidad en México. Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁶

El principio de proporcionalidad se utilizó por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por primera vez, en el amparo en revisión 988/2004, resuelto por su Primera Sala el 29 de septiembre de 2004.³⁷ En el asunto se planteó la inconstitucionalidad de los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal debido a que permitían el otorgamiento de la libertad bajo caución tomando como parámetro el número de años fijado en la condena en lugar de atender

³⁵ *Vid.* CÁRDENAS Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 31, p. 145.

³⁶ Sobre este punto, se sigue el análisis efectuado por Díez Gargari, Rodrigo, en el ensayo "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte," en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, enero-junio 2012, pp.79 y ss.

³⁷ El ministro ponente fue José Ramón Cossío. La sentencia fue aprobada por unanimidad de votos.

a la diferencia entre delito grave y delito no grave; de tal regulación surgía en óptica del quejoso una violación al derecho de igualdad.

Con vista en la ejecutoria en mención, se advierte que la Primera Sala de la Corte identificó ciertos subprincipios del esquema de proporcionalidad:

- a) finalidad objetiva y constitucionalmente válida;
- b) racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador:
"Es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar; es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido," y
- c) proporcionalidad:
"El legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales."

De lo anterior se puede observar que la Primera Sala no habla del subprincipio de "necesidad". Asimismo se advierte la referencia únicamente a los subprincipios de "idoneidad" (al que designa como "de racionalidad" o "de adecuación") y de "proporcionalidad". Por otra parte, siguiendo el modelo de escrutinio que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos,³⁸ se estableció en el fallo que cuando una distinción afecte a derechos fundamentales o se refiera a una clasificación de las consideradas "sospechosas" por la propia Corte (origen étnico, nacional, edad,

³⁸ El modelo norteamericano se basa en distintos tipos de escrutinio para resolver conflictos relacionados con la cláusula de *equal protection* prevista en la décimo cuarta enmienda. El escrutinio estricto se usa para resolver casos en los que se hace una clasificación a partir de criterios "sospechosos" como la raza; el escrutinio leve se usa en casos en los que el legislador tiene una amplia libertad para establecer clasificaciones, como es el caso de asuntos "económicos"; el escrutinio ordinario se coloca entre los dos anteriores y se ha utilizado, por ejemplo, para tratar con clasificaciones que no sean de las "sospechosas" pero sobre las cuales el legislador no tiene un amplio poder de decisión, por ejemplo, clasificaciones con base en el sexo de las personas.

discapacidades, condición social, religión, estado civil, preferencias o cualquier otra que menoscabe la dignidad humana) se aplicaría un escrutinio estricto; en caso contrario se aplicaría un escrutinio ordinario. Los subprincipios del principio de proporcionalidad se modularon dependiendo del tipo de escrutinio; tal y como se ilustra a continuación, con base en los argumentos de la sentencia.

Subprincipios	Escrutinio estricto	Escrutinio ordinario
Finalidad objetiva y constitucionalmente válida	Deberá tratarse de un "objetivo constitucionalmente importante".	Basta con una finalidad constitucionalmente admisible, "...esto es, una finalidad no abiertamente contradictoria con las disposiciones constitucionales..."
Adecuación	La medida legislativa deberá estar "...directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales..."	Será suficiente con que la medida esté "...potencialmente conectada con la consecución de tales objetivos".
Proporcionalidad en sentido estricto	Será necesario que "...la diferencia de trato refleje un balance cuidadoso de las distintas exigencias normativas en juego, y que no se detecten alternativas menos gravosas para los derechos capaces de conducir a ese fin".	"...basta que no exista un desbalance grosero entre el objetivo al servicio del cual está la medida clasificadora".

Siguiendo con el análisis elaborado por Rodrigo Díez Gargari, se tiene que lo que la Corte designa como "proporcionalidad" se identifica con el concepto de "necesidad" de Alexy; esto es así porque el análisis de las "*alternativas menos gravosas*" se lleva a cabo en la etapa de la "necesidad". En opinión del mismo autor, el principio de proporcionalidad inició en el Alto Tribunal como herramienta discursiva más que como método riguroso de solución de conflictos.³⁹ Finalmente refiere, que en el caso estudiado la Corte utilizó el principio de proporcionalidad como si fuera un método inherente al sistema, sin mayor explicación o justificación,⁴⁰ en otras palabras, sin razonar o informar sobre su base legal.

2. Principio de proporcionalidad en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aplicó el principio de proporcionalidad, en forma expresa y (al parecer) por vez primera, en la sentencia del 7 de mayo de 2002, recaída al recurso de apelación de clave SUP-RAP-050/2001,⁴¹ con el fin de delinear los contornos debidos en la facultad investigadora de la autoridad administrativa electoral federal, específicamente en relación con las diligencias para la obtención de pruebas.

Al respecto, la máxima autoridad electoral jurisdiccional del país, derivó del "principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales" (como en el caso lo fue la función investigadora) diversos criterios básicos tendentes a asegurar una correspondencia entre las determinaciones que puede adoptar la autoridad administrativa electoral en la investigación de los hechos denunciados, y los bienes jurídicos o derechos fundamentales que, con motivo de ellas, pudieran resultar restringidos o afectados.

³⁹ Cfr. Díez Gargari, Rodrigo, *op. cit.*, nota 36, p. 82.

⁴⁰ Otros asuntos en los que la Suprema Corte aplicó el examen de proporcionalidad, que resulta relevantes como precursores de dicho principio en nuestro país, son: Amparo en revisión 1629/2004; Acción de inconstitucionalidad 27/2005; Amparo en revisión 307/2007; Acción de inconstitucionalidad 11/2005; y Amparo en revisión 2044/2008.

⁴¹ Caso "Amigos de Fox".

Dichos criterios, se dice en la sentencia, atañen a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas encaminadas a la obtención de elementos de prueba.

Para analizar el subprincipio de idoneidad, en el fallo se argumenta:⁴²

"La autoridad investigadora, deberá considerar que las diligencias estimadas necesarias para esclarecer los hechos sean idóneas, es decir, calcular racionalmente si conducen o no a resultados previsiblemente objetivos y ciertos, indicando si con ello se logrará un fin probatorio. Esto es, por la idoneidad se impone que las medidas no sólo sean aptas para conseguir un fin determinado, sino además, deben tener ciertas probabilidades de ser eficaces en el caso concreto.

Con ello, se impide aplicar sobre terceros (respecto de quienes no se tiene indicio o principio de prueba alguno en relación con lo hechos denunciados), medidas de considerable afectación, en tanto que no existen motivos racionalmente suficientes para tener una mínima convicción sobre su participación en los hechos, aunque resulte legítimo requerir de su colaboración para el esclarecimiento de la verdad, siempre que sea adecuadamente ponderado el éxito previsible de la medida en la consecución del fin probatorio que se pretende, y que las molestias que se les infieran sean las mínimas posibles."

Por lo que toca al criterio de necesidad, se identifica con el denominado en la doctrina como "intervención mínima", en el sentido siguiente:

"Ante la posibilidad de llevar a cabo varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, que afectaran en alguna medida los derechos fundamentales de las personas, se elija la medida que los afecte en menor grado, con lo cual se disminuye

⁴² Fojas 154-157 de la sentencia.

la molestia originada por la intromisión de la autoridad investigadora en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos."

Finalmente, respecto a la proporcionalidad en sentido estricto se dice:

"Llega a ser indispensable que por el criterio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo, la autoridad pondere los valores e intereses constitucionalmente protegidos, según las circunstancias del caso concreto, conforme a los cuales dilucide si el sacrificio de los intereses individuales de una persona, guarda una relación razonable con la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos, de tal suerte que si una actuación determinada comporta una excesiva afectación, pudiera considerarse inadmisibile.

Para llevar a cabo la ponderación señalada, la autoridad investigadora estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los derechos enfrentados, así como el carácter del titular del derecho, para lo cual es menester que de manera explícita se precisen las consideraciones al tenor de las cuales se inclina por molestar a alguien en su derecho, en aras de la preservación de otro valor."

Al estudiar la idoneidad o adecuación de las mediadas probatorias, la Sala Superior se inclinó por una versión fuerte del subprincipio, pues asevera que las mediadas de intervención deben conducir a resultados objetivos y ciertos, con probabilidades de eficacia probatoria. En lo personal, considero que dicho criterio pudiera reducir la atribución investigadora de la autoridad comicial, pues a fin de calcular, en algunas hipótesis, el alcance probatorio de un medio de convicción es menester contar con su desahogo, para ser lo mayormente objetivos en su tasación, tal como lo exige la sentencia en análisis.

En el similar sentido, siguiendo el criterio de Bernal Pulido, el argumento dirigido a exigir que las medidas probatorias ordenadas por la autoridad sean eficaces, guarda una estructura de relación medio-fin en la que habrá

que valorar si los beneficios obtenidos con la medida decretada resultan mayores al sacrificio del derecho a la libertad y privacidad (no molestia) de los ciudadanos involucrados en la labor investigadora, por lo que existe coincidencia con los puntos a analizar dentro de la proporcionalidad en sentido estricto.

Se advierte así, que la Sala Superior abordó el examen de proporcionalidad bajo el esquema de Alexy, es decir, de la escuela alemana, contrario a la Suprema Corte, que en los inicios de adopción de dicho método se inclinó por el sistema norteamericano.⁴³

V. Fuentes de consulta

Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008.

BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª Ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

CÁRDENAS Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Autónoma de México, 2008.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2006.

HESSE, Konrad, *Interpretación constitucional*, en *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

⁴³ Para una mayor amplitud del tema se recomienda acudir a las sentencias emitidas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los expedientes: SUP-RAP-09/2004; SUP-JDC-393/2005, y SUP-RAP-31/2006.

OSUNA, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Hemerográfica

DÍEZ Gargari, Rodrigo, "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte", en Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 26, enero-junio 2012.