

## EL APORTE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Martín Gustavo MOSCOSO SALAS

**SUMARIO:** I. Cuestiones introductorias; II. Los subprincipios de idoneidad o adecuación, de necesidad y de Proporcionalidad estricta o ponderación, como trilogía del principio de proporcionalidad integral; III. Su ámbito aplicativo; IV. Su función como medio de control de la constitucionalidad; V. La presencia práctica del principio de proporcionalidad; VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

### I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

En razón de que nuestras sociedades contemporáneas son cada vez más complejas, críticas, globales, informadas y pluralistas, éstas requieren de un modelo jurídico integral acorde a sus realidades, un modelo que sea capaz de resolverle sus conflictos, y es precisamente en esa búsqueda, como hemos identificado que el denominado principio de proporcionalidad se ha posicionado como una valiosa técnica de los operarios jurídicos para determinar la constitucionalidad de los actos o normas del Estado, especialmente, cuando conllevan implicaciones en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

Así las cosas, y ante la evidencia del poco, o en su caso, insuficiente conocimiento teórico del principio de proporcionalidad, que provoca su casi nula aplicación en los campos de creación, interpretación, aplicación y argumentación del derecho, hemos decidido aprovechar la invitación de nuestro querido Posgrado de Derecho de la UNAM, para plasmar en el espacio que nos ocupa dentro de esta revista, un acercamiento básico del principio de proporcionalidad, que sea el inicio motivacional para que los estudiosos del derecho se adentren al tema y parafraseando a Dworkin, tomen al principio de proporcionalidad en serio, entendiéndolo no como una técnica de lujo teórico de posgrado, sino al contrario, como una técnica con un gran potencial para encontrar racionalmente las soluciones jurídicas que nuestra realidad le

reclama a los operadores del derecho en los instancias jurisdiccionales; como una técnica con gran contribución desde la teoría de la producción normativa para lograr un sistema normativo coherente y respetuoso de los derechos humanos; en suma como una técnica necesaria de la corriente jurídica, hoy mejor posicionada, identificada desde 1988 por Susanna Pozzolo como el neoconstitucionalismo<sup>1</sup>, desde donde muchos anhelamos que se pueda lograr una sociedad más justa, libre, igualitaria, honesta y democrática.

## II. LOS SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD O ADECUACIÓN, DE NECESIDAD Y EL DE PROPORCIONALIDAD ESTRICTA O PONDERACIÓN, COMO TRILOGÍA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INTEGRAL

Quando el operario jurídico resuelve un caso a la luz de los *subprincipios de idoneidad o adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, aplica el principio de proporcionalidad en su sentido integral*, también llamado *principio general de proporcionalidad o principio de proporcionalidad en sentido amplio*, mismo que se presenta como una estructura de tres momentos o niveles que se encuentran ordenados, relacionados y condicionados, a grado tal, que la superación de los requerimientos del primer nivel (*el examen de adecuación*) se vuelve condición para poder acceder al siguiente nivel de análisis (*el examen de necesidad*), mientras que la superación de estos segundos requerimientos abre la puerta para ingresar al escenario donde se examinará si se satisface o no el test de (*proporcionalidad estricta o ponderación*). No se omite manifestar, que algunos autores consideran que más que subprincipios son principios independientes.

Alexy comenta que los subprincipios de la proporcionalidad:

*“Expresan la idea de optimización. Interpretar los Derechos Fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas”.*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. Josep Vilajosana, en *Revista Doxa*, núm. 21, 1998, pp. 339-353.

<sup>2</sup> Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, trad. René G. De la Vega, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez (Coordinadores), *Jueces y ponderación*

En cuanto al *subprincipio de idoneidad o adecuación*, mismo que responde a la optimización en el terreno posible de lo fáctico, Alexy ejemplifica que:

*“Supongamos que el Legislador introduce la norma N con la intención de mejorar la seguridad del Estado. N infringe la libertad de expresión. La seguridad del Estado puede ser concebida como materia, un principio, dirigido a un bien colectivo. A éste principio le podemos llamar a  $P_1$ . La libertad de expresión puede ser concebida como un Derecho individual fundamental que se basa en un principio. A éste principio le llamaremos  $P_2$ . Supongamos ahora que la norma N no es adecuada para promover  $P_1$ . Esto es, la seguridad del Estado, y sin embargo infringe  $P_2$ , o sea la libertad de expresión. En este caso de inadecuación, existe la posibilidad fáctica de cumplir ambos principios conjuntamente en una mayor medida, declarando inválida N, que aceptando la validez de N. Aceptar la validez de N no conlleva ninguna ganancia para  $P_1$ , sino sólo pérdidas para  $P_2$ . Tal solución no sería un óptimo de Pareto. Los Derechos como principios exigen óptimos de Pareto.”<sup>3</sup>*

En otra valiosa intervención académica, Alexy ha comentado que:

*“El principio de adecuación excluye la adopción de medios que infrinjan un Derecho constitucional sin promover ningún Derecho u objetivo para los que se adoptaron dichos medios, Si un medio M, adoptado con objeto de promover un Derecho a protección, no es adecuado para dicho objeto e infringe un Derecho de defensa, entonces será desproporcionado, y por tanto anticonstitucional”<sup>4</sup>*

Respecto al *subprincipio o regla de necesidad*, según Alexy, se deduciría de la siguiente forma: *“Supongamos que hay una alternativa  $N^*$  a N, que es suficientemente adecuada para promover  $P_1$ , y que infringe menos  $P_2$  que N. En esta situación,  $P_1$  y  $P_2$  prohíben conjuntamente N. N no es necesaria para realizar  $P_1$ , porque  $P_1$  puede ser cumplida con un costo menor. De nuevo se trata de un óptimo de Pareto”<sup>5</sup>*

Alexy también ha explicado que *“el principio de necesidad requiere que entre dos medios igualmente idóneos o adecuados en términos generales*

---

argumentativa, México, IJ-UNAM, 2006, p. 2.

<sup>3</sup> Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Revista Isonomía, núm. 1, 1994, pp. 46 y s.

<sup>4</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 57.

<sup>5</sup> Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, op.cit., p.p. 46 y s.

*para promover un Derecho a protección, debe escogerse al que interfiera menos con el Derecho de defensa. Lo mismo sucede cuando dos medios son igualmente idóneos para cualquier otro objetivo o bien colectivo”.*<sup>6</sup>

Ante la recurrencia de Alexy de sintetizar un importante contenido de los subprincipios de adecuación o idoneidad y necesidad, con los famosos óptimos de Pareto, a mayor reforzamiento de su explicación, acudimos a los campos de la Economía para conocer un poco de éste criterio que podría sintetizarse de la siguiente forma: *“Si se tienen dos estados sociales A y B, A es preferible a B si por lo menos una persona está mejor en A que en B sin que ninguna de las otras personas esté peor que en B. En éste caso, se dice que A es Pareto superior. Si, en cambio, la única forma de mejorar la situación de un individuo es empeorando la de otro, se dice que esa situación constituye un óptimo de Pareto (no es posible mejorar la situación de un individuo sin empeorar la de otro)”*<sup>7</sup> ó explicado de otra forma: *“Un Estado Social es “Pareto- óptimo” si y sólo si no existe ningún estado alternativo en el que al menos un individuo esté mejor y nadie esté peor. Por otra parte, un Estado social X es “Pareto-superior” a otro Estado Social si y sólo si existe al menos un individuo que está mejor en X que en Y sin que ningún otro individuo este peor en X que en Y.”*<sup>8</sup>

En otras palabras:

*“...la regla de necesidad tiene por objeto examinar si el medio que interviene en el Derecho Fundamentales de menor o, al menos de similar intensidad que el que ocasionaría otros medios hipotéticos igualmente idóneos. Se trata de una relación comparativa entre medios idóneos -el optado y el hipotético-, de una comparación medio-medio. La comparación entre medios tiene por propósito examinar si frente al medio adoptado en la intervención existen medios hipotéticos, alternativos, igualmente idóneos, con una intensidad menor a la ocasionada por aquél. Hay aquí un mandato del medio menos gravoso o de menor intensidad en la intervención que, si no es observado, la intervención será innecesaria y, por tanto inconstitucional.*

<sup>6</sup> Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, op. cit., pp. 57 y s.

<sup>7</sup> Notas docentes elaboradas por los economistas Ianina y Máximo Rossi, Universidad de Montevideo, Departamento de Economía. <http://decon.edu.uy/~mito/nota%20equilibrio%20general.pdf>. (Consultada el 16 de octubre de 2008).

<sup>8</sup> Opinión tomada de Andreas Novy, Departamento para el Desarrollo Urbano y Regional de la Universidad de Economía de Viena, <http://www.lateinamerika-studien.at/content/wirtschaft/ipoesp/ipoesp-2769.html>. (Consultada el 26 de septiembre de 2008).

*Cabe observar que tanto en la regla de idoneidad y de necesidad requiere haberse previamente determinado la intención de la intervención.*<sup>9</sup>

En cuanto al tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, mismo que para Alexy sirve para la optimización de principios contrapuestos después de que la intervención ha superado los exámenes de idoneidad y necesidad, se sintetiza en la fórmula siguiente: *“Cuanto más sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio”*.<sup>10</sup>

Bernal Pulido, abordando el tema del principio de proporcionalidad como criterio orientador y valorativo para la fundamentación correcta de las decisiones judiciales, apunta que el principio de proporcionalidad, utilizado *in genere* desde la filosofía práctica griega clásica para analizar las relaciones entre medios y fines, es ahora también visto como un concepto jurídico con creciente recurrencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional, especialmente en las sentencias de control constitucional que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los Derechos Fundamentales, esto es así, desde que el propio discurso de los Derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo es el fin último del ejercicio de todo poder político y de cualquier intervención estatal que en la órbita de su libertad debía ser proporcionada.

Además, explica que dicho principio de proporcionalidad, cuya fuente principal se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y en la doctrina germánica<sup>11</sup> *“aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los Derechos Fundamentales debe cumplir”*,<sup>12</sup> concluyéndose válidamente que éstas exigencias deben ser observadas por el Estado cuando

<sup>9</sup> Cfr. Mendoza Escalante, Mijaíl, *Conflictos entre Derechos Fundamentales* expresión, información y honor, Perú, Editorial Palestra, 2007, p. 483.

<sup>10</sup> Alexy, Robert, *Derecho y Razón práctica*, op. cit., pp. 46 y s.

<sup>11</sup> Bernal Pulido puntualiza que la primera investigación profunda sobre este tema en la Alemania de la posguerra se efectuó en 1961 por parte de P. Lerch, sólo que el principio de proporcionalidad fue llamado como *“interdicción del exceso”*, mismo que sólo aparece con dos subprincipios: el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, estando implícito en ellas el ahora conocido como subprincipio de idoneidad. Asimismo, en Prusia donde si se tomaron en cuenta los tres subprincipios mencionados, estos se agruparon en el denominado principio de la prohibición del exceso. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 41 y 47.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 41y s.

interviene en el tema de los Derechos Fundamentales, para que su actuación sea considerada constitucionalmente legítima. En *contrario sensu*, toda intervención en los Derechos Fundamentales sin arreglo a éstos subprincipios debe ser declarada ilegítima e inconstitucional.

Dichas reglas son explicadas de la siguiente forma:<sup>13</sup>

*“Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los Derechos Fundamentales debe ser adecuada para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los Derechos Fundamentales debe ser la más benigna con el Derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. En fin, conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los Derechos Fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del Derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el Derecho Fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”.*<sup>14</sup>

En este sentido, cuando el Tribunal Constitucional aplica la proporcionalidad:

*“...Indaga si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el Derecho Fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúa si las ventajas que se pretenden obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los Derechos Fundamentales afectados y para la propia sociedad.”*<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Si bien las explicaciones de Bernal Pulido se inspiran en el pensamiento de Alexy, hemos considerado incluirlas por sus valiosas aportaciones en el entendimiento del tema.

<sup>14</sup> Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., p. 42. Una explicación muy similar puede encontrarse en Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, (escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales) Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, op. cit., p. 67.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 43.

Jaime Cárdenas, explica que el subprincipio de idoneidad o adecuación, también conocido como juicio de razonabilidad, sirve para analizar la legitimidad del fin legislativo y para constatar que la norma legal *sub examine* no constituye una decisión arbitraria al estar prohibida expresa o implícitamente en la Constitución, por lo que se constituye en la etapa en donde el juzgador debe determinar los fines inmediatos y mediatos perseguidos por el Legislador de la manera más concreta posible según lo permitan las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes, también se configura como la etapa en donde el juzgador debe analizar por separado los fines principales y secundarios de la medida legislativa a fin de resolver sobre su legitimidad.

Comenta a su vez, que *“la idoneidad de una medida adoptada por el Legislador dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud, etc. Bastará en ocasiones la realización parcial del fin legislativo como argumento a favor de la idoneidad de la medida adoptada”*.<sup>16</sup>

En lo que respecta al subprincipio de necesidad, expresa que sirve para analizar si la medida de intervención en los Derechos Fundamentales es la más benigna con el Derecho intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Asimismo, considera que la elección de medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al Derecho Fundamental, son los aspectos determinantes en la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad.<sup>17</sup>

Para Cárdenas, las reglas por las que debe de transitar el subprincipio de necesidad, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- *Los medios alternativos que no pueden llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deben ser tomados en cuenta en el examen de necesidad;*
- *La comparación entre medios alternativos no sólo es fáctica, sino también normativa;*
- *Un medio alternativo será más benigno desde el punto empírico si afecta negativamente con menor eficacia, de modo menos duradero*

<sup>16</sup> Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho, México, IJ-UNAM, 2007, Serie Doctrina Jurídica Núm. 20*, p. 142.

<sup>17</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 143.

*y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental, y si afecta menos aspectos relativos al bien que ésta norma o ésta posición protege;*

- *Un medio alternativo se revela como un medio más benigno, desde el punto de vista normativo y analítico, si la norma o posición que habría afectado, de haber sido adoptado por el Legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del Derecho Fundamental que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla;*
- *En caso de duda en el análisis de los medios alternativos, el juzgador debe esperar la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto;*
- *El examen del medio más benigno se lleva en abstracto cuando se trata de control de constitucionalidad abstracta de la Ley; se desarrolla en concreto, tomando en cuenta el caso, cuando se trata de control de constitucionalidad de aplicación de la Ley;*
- *Además de los medios alternativos de afectación a un Derecho iusfundamental, deben tomarse en consideración otros intereses de la comunidad o la posible afectación del principio de igualdad;*
- *La perspectiva del examen de necesidad debe realizarse ex ante, es decir, a partir de los datos y conocimientos que el Legislador tenía en la época en que la Ley fue adoptada por el parlamento;*
- *Cuanto más intensa sea la intervención legislativa, más intenso debe ser el control del Juez constitucional;*
- *Una medida legislativa debe ser declarada constitucional por carecer de necesidad sólo cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el Derecho Fundamental.<sup>18</sup>*

En referencia al subprincipio de proporcionalidad comenta Cárdenas que éste se estructura argumentativamente en tres pasos:

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 143 y s.



*1) El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el Derecho Fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa; 2) El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de 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; 3) El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el Derecho Fundamental y el fin legislativo, de conformidad al segundo paso.<sup>19</sup>*

Estableciendo como reglas del primer paso las siguientes:

*a) Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación (regla del peso abstracto); b) Cuanto más intensa sea la intervención en el Derecho Fundamental mayor será el peso del Derecho en la ponderación; correlativamente, cuando más intensa sea la realización del principio que fundamente la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación (peso concreto); c) La intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental depende del significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado Social, que tenga la posición prima facie afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del Derecho respectivo; d) La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la función que el fin inmediato desempeñe para la satisfacción los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza; e) La intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición iusfundamental prima facie; f) La intensidad de la realización del fin mediato del Legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin inmediato.<sup>20</sup>*

Prieto Sanchís, aduce que la proporcionalidad es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes, tiene una importancia capital porque es

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 144 y s.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 145 y s.

la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un Derecho Constitucional, y comenta que:

*“...la prueba de proporcionalidad se descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los Derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. Segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin, esto es la Ley o medida restrictiva, ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. Tercero, la necesidad de la intervención o lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del Derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. Y finalmente, la llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del Derecho; aquí es donde rige propiamente la Ley de la ponderación, en el sentido de que cuando mayor sea la afectación del Derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto.”<sup>21</sup>*

Sánchez Gil, estima que:

*“...el principio de idoneidad se refiere a que la medida examinada sirva a un fin constitucionalmente legítimo y a que contribuya de algún modo a la realización de éste; el de necesidad, a que no exista alguna alternativa que con menor sacrificio del Derecho Fundamental intervenido logre el mismo beneficio para la promoción del fin que persigue la medida legislativa de que se trata; finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, exige que el Derecho Fundamental no sea menoscabado en una intensidad mayor a la del beneficio que el fin legislativo obtiene con ello...”<sup>22</sup>*

<sup>21</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Los Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Pa-lestra, Perú, 2007, Serie Derechos y Garantías, núm. 5, p.66.

<sup>22</sup> Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM-IIJ, 2007, p. 122.

También observa la importancia que cuando se analice la constitucionalidad de una Ley o acto, sus emisores puedan aportar argumentos y pruebas de los hechos que demuestren su licitud constitucional.<sup>23</sup>

Gil Domínguez reconoce que el principio de proporcionalidad se estructura por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, explica que estos subprincipios se aplican de forma sucesiva y escalonada:

*“...así, el Tribunal actuante verifica la idoneidad de la norma legal mediante la cuál interviene el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo. En caso de no serlo, debe ser declarada inconstitucional. Si supera el test, debe ser sometida al análisis de la necesidad; si sale airosa, al escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto...El subprincipio de idoneidad establece que toda intervención debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Con lo cual impone dos exigencias: a) que tenga un fin constitucionalmente legítimo (lo es cuando no está constitucionalmente prohibido expresa o implícitamente) y b) que sea idónea para favorecer su obtención. Configura un juicio acerca de la capacidad que tiene el medio escogido para fomentar su finalidad. Este subprincipio se relaciona directamente con el clásico principio de razonabilidad. El subprincipio de necesidad enuncia que la intervención legislativa debe ser la más benigna entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad, implica la comparación entre la medida adoptada por el Legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir con dos exigencias: a) si reviste el mismo grado de idoneidad que la medida adoptada para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de ésta última; b) si afecta negativamente al sistema de Derechos y a la organización institucional en un grado menor... El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto requiere que las ventajas obtenidas mediante la intervención legislativa compensen los sacrificios que ésta implica para los titulares de los Derechos y para la sociedad en general.”<sup>24</sup>*

Martín Borowski enfatiza que al ser los Derechos Fundamentales restringibles, necesitan del principio de proporcionalidad, lo explica a la luz de los Derechos de defensa, de igualdad y de prestación. En el caso de los Dere-

<sup>23</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 123.

<sup>24</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 71.

chos de defensa, el *subprincipio de idoneidad*, considera que una medida es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado, de manera que un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente, siendo los fines ilegítimos aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución.

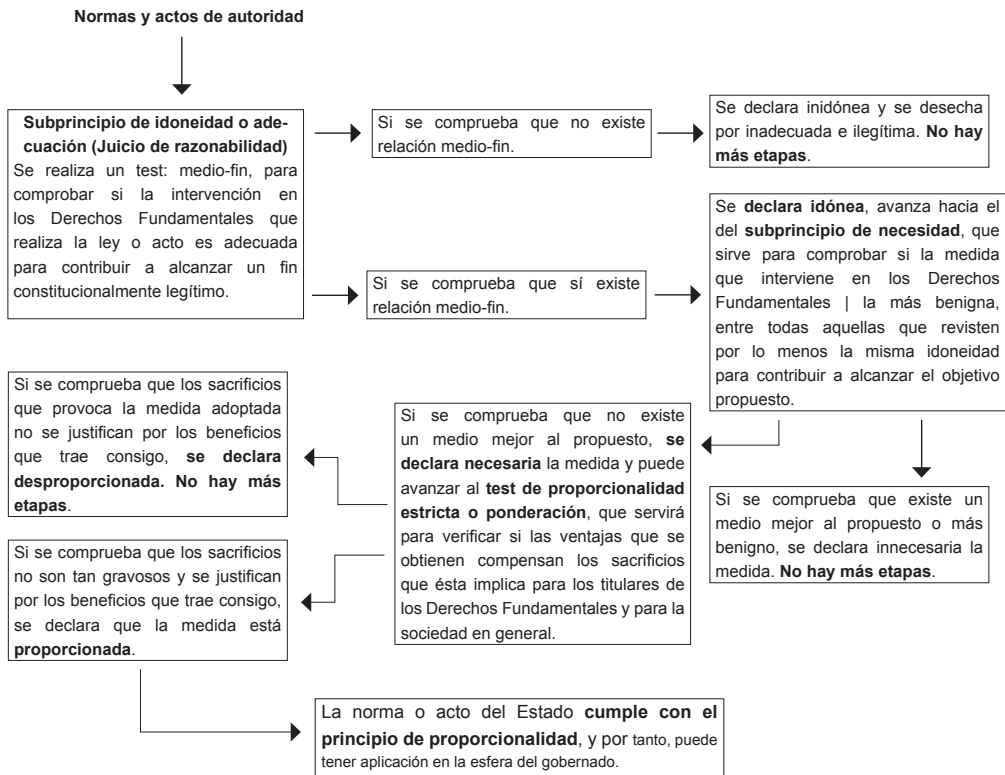
El *subprincipio de necesidad*, como el que establece que una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no limite el Derecho Fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor, debiéndose aclarar que no podrán considerarse como medios alternativos todos aquellos que cumplan los presupuestos de ésta definición, pero que a la vez afecten a otras posiciones constitucionales.

En cuanto al *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, es el que exige llevar a cabo una ponderación de bienes ante la gravedad o la intensidad de la intervención en el Derecho Fundamental, y, por otra, el peso de las razones que la justifican.<sup>25</sup>

En síntesis el ciclo del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios, bien podría esquematizarse de la siguiente forma:

---

<sup>25</sup> Cfr. Borowski, Martín, *La estructura de los Derechos Fundamentales*; trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 25, pp. 129-131.



### III. SU ÁMBITO APLICATIVO

¿Cuál es el ámbito aplicativo del principio de proporcionalidad?, parece ser una pregunta recurrente en la teoría jurídica especializada en este tema. Nosotros intentaremos responderla desde la diferenciación entre casos fáciles y difíciles.<sup>26</sup>

Se presenta un caso fácil de Derechos Fundamentales en los siguientes supuestos:

<sup>26</sup> A juicio de Rodolfo Vigo, no existen los casos fáciles, puesto que todos en un momento se vuelven difíciles para el operador jurídico. Comentario realizado en el taller de argumentación jurídica, organizado en enero de 2008, por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

*1. Cuando la norma legal regula una hipótesis absolutamente extraña a la referencia semántica de la norma directamente estatuida y, por esta razón, existe consenso en la comunidad de intérpretes sobre la constitucionalidad de la Ley; 2. Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuadra claramente en el supuesto de hecho de una norma directamente estatuida, pero también en el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva estatuida directamente por la Constitución o sobre cuya Constitucionalidad no existe ninguna duda; 3. Cuando la norma legislativa contiene una contradicción flagrante de una norma iusfundamental directamente estatuida; y 4. Cuando la Ley no contradice absolutamente y en toda su extensión a la norma directamente estatuida, sino sólo regula de manera contradictoria un caso previsto por dicha norma.*<sup>27</sup>

Es importante notar que en los casos fáciles, las normas directamente estatuidas actúan como premisa mayor de la fundamentación interna del control de constitucionalidad, sin que exista controversia o incertidumbre, y por tanto, no requieren grandes fundamentaciones, o en otras palabras, en casos fáciles, la norma directamente estatuida actúa como premisa mayor de la fundamentación interna, y dado que está estatuida directamente por la Constitución, no necesita ser a su vez objeto de una fundamentación externa, ya que ella se presupone.

Por el contrario, son representativos de los casos difíciles de Derechos Fundamentales, los siguientes supuestos:

*1. Cuando la norma legislativa examinada regula un caso, que suscita la incertidumbre, existen argumentos a favor y en contra, de si está tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida; 2. Cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuadra claramente dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero da pie a la incertidumbre -existen argumentos a favor y en contra- de si también está tipificado por el supuesto de hecho de una cláusula restrictiva constitucionalmente legítima; 3. Cuando la norma legislativa regula un caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y de una cláusula restrictiva, pero existen dudas -entran a escenas argumentos a favor y en contra- acerca de la constitucionalidad de dicha cláusula restrictiva; y 4.*

<sup>27</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 143 y s.

*Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero a la vez, existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de las declaraciones de inconstitucionalidad de la Ley.*<sup>28</sup>

Como podrá deducirse, la característica común de los casos difíciles es que presentan conflictos argumentativos constitucionales que juegan a favor y en contra de la inconstitucionalidad de la norma.

Después de realizada esta diferenciación entre casos fáciles y difíciles, estamos en aptitud de comprender que en los casos fáciles no se requiere concretar y fundamentar las normas adscritas para su resolución, y por lo tanto, no se requiere la función que realiza el principio de proporcionalidad. En *contrario sensu*, los conflictos argumentativos que presentan los casos difíciles o trágicos sí necesitan de la concreción y fundamentación de una norma adscrita de Derecho Fundamental,<sup>29</sup> y por tanto, la función de la proporcionalidad se posiciona trascendental. Además, si partimos de que los Principios Jurídicos se integran en nuestras constituciones generalmente en términos vagos e indeterminados, o por decirlo en términos de Alexy, con una textura abierta por ser mandatos de optimización, se colige que cuando se aplica la Constitución, existe un gran índice de que se trate de un caso difícil que requiera de la proporcionalidad, o dicho en términos de Bernal Pulido: “*este principio se proyecta como un criterio estructural para la fundamentación correcta de las normas adscritas en los casos difíciles*”.<sup>30</sup>

#### IV. SU FUNCIÓN COMO MEDIO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La teoría y la práctica jurídica demuestran que el principio de proporcionalidad integral con sus tres subprincipios se utiliza preponderantemente para interpretar y resolver casos en los que el Estado, vía norma o acto, interviene

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 148 y s.

<sup>29</sup> Las normas adscritas precisan o concretan el alcance de las normas directamente estatuidas en los más variables ámbitos de aplicación. Por su parte, las normas directamente estatuidas constituyen el fundamento jurídico para la concreción de las normas adscritas, las primeras traducen en los casos concretos aquello ordenado por las estatuidas.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 152.

en la esfera de Derechos Fundamentales de los gobernados. No se omite manifestar, que autores llaman la atención respecto a que la proporcionalidad también puede ser usada para resolver conflictos entre particulares.<sup>31</sup>

Pero volviendo a la función que por ahora nos interesa, como mecanismo de control del poder del Estado, para Alexy la proporcionalidad en éste terreno:

*“...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 la constitucionalidad de las leyes. De este modo, éste principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al Legislador las disposiciones de los Derechos Fundamentales tipificadas en la Constitución. El significado de ésta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los Derechos Fundamentales y de la estructura del control de la constitucionalidad de las leyes.”<sup>32</sup>*

En complemento de lo anterior, se estatuye como:

*“...un esquema que permite estructurar el examen de constitucionalidad de las leyes a manera de una controversia entre argumentos y réplicas. Este principio no contiene en sí mismo los criterios para precisar cuándo se cumplen o no las exigencias impuestas por sus subprincipios. El cumplimiento de estas exigencias se establece en un proceso argumentativo en donde se consideran razones de índole interpretativa, fáctica y valorativa. Estas razones se integran en la estructura del principio de proporcionalidad.”<sup>33</sup>*

También es importante destacar que cuando los tribunales funcionan determinando el contenido de los Derechos Fundamentales,<sup>34</sup> actúan únicamen-

<sup>31</sup> En una opinión parecida Gil Domínguez, comenta partiendo de la posición de Bernal Pulido, que si bien, el principio de proporcionalidad se aplica preferentemente en el campo de las relaciones entre el Estado y la persona, éste también es extensible a las relaciones entre órganos de Derecho público (relaciones entre las instituciones del Derecho comunitario o entre particulares. Opiniones en éste sentido pueden leerse en Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.*, p. 566 y Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismos, op. cit.*, p. 73.

<sup>32</sup> Bernal, Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad, op. cit.*, p. 81.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 74 y s.

<sup>34</sup> Lo anterior, también es conocido como concreción de los Derechos Fundamentales y consta de una



te con un carácter interpretativo, mismo que no comprende una habilitación para la toma de decisiones políticas en contra de las leyes, por lo que sus interpretaciones no deben imponerse al Legislativo sólo por razones de autoridad, sino sobre todo, en razón de provenir de una fundamentación correcta.

En razón de lo anterior, está probado que nuestras constituciones no prevén de manera expresa una norma de Derecho Fundamental para cada situación hipotética, sino un catálogo de disposiciones marcadamente indeterminadas. Es fácil entender, que cada vez que los Derechos Fundamentales vía principios deben ser aplicados, se hace imprescindible recurrir a diversos criterios metodológicos para reducir la indeterminación normativa de las disposiciones que los tipifican, siendo el más eficaz de todos estos métodos a nuestro juicio, el principio de proporcionalidad.

De Asís, explica que el criterio de proporcionalidad se utiliza normalmente dentro de la cuestión genérica del control de la constitucionalidad, y en este sentido, en el examen de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los Derechos Fundamentales, y que en el ámbito de la teoría del Derecho, éste principio se engloba en el tema genérico de los límites, más en concreto, dentro del tema de los límites del Derecho, contemplando que los límites a los derechos son restricciones establecidos al contenido de un Derecho apelando a otros valores, bienes o derechos, límites a los límites que pueden ser establecidos bien desde el propio significado del derecho en cuestión, o bien de nuevo desde la apelación a otros valores, bienes o derechos. Concluyendo que sea como fuere, la operatividad del principio de proporcionalidad, implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de ser extraídos de las normas constitucionales.<sup>35</sup>

En complemento, si bien en el Estado Constitucional los ciudadanos gozan de Derechos Fundamentales, no puede haber un ejercicio absoluto de ellos, ó como Bernal Pulido mencionaría:

*“...en el Estado Constitucional, no puede valer cualquier restricción a los Derechos Fundamentales, sino sólo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de un fin legítimo; necesarias, es decir,*

---

pretensión de corrección de tres pasos: 1. que dicha actuación se considera así misma como una decisión correcta. 2. que pretende ser reconocida y considerada por la práctica constitucional como una decisión correcta; y finalmente que se pretende a sí misma como una decisión susceptible de ser fundamentada. Vid. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 64 y s.

<sup>35</sup> Cfr. De Asís Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, Universidad Carlos III, Dikynson, 2005, Colección de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, pp. 109-112.

*las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce. De esta manera el principio de proporcionalidad es la restricción de la restricción, es el límite de los límites a los Derechos Fundamentales, el criterio que condiciona la validez de los límites que el Estado impone a los Derechos Fundamentales...<sup>36</sup>*

En este tema Pérez Tramps, ha sostenido que:

*“...la interpretación de los límites de los Derechos Fundamentales debe superar un juicio de congruencia y proporcionalidad. Se trata en efecto, de asegurar que cualquier límite a un Derecho Fundamental no sólo tenga base constitucional, sino que además, responda a una relación de correspondencia entre la medida restrictiva, el bien a proteger y el derecho que se pretende limitar (juicio o test de congruencia); pero, además, supuesta esa congruencia de la restricción del Derecho, ésta ha de ser proporcional precisamente por el carácter limitado de la restricción y por la fuerza expansiva del Derecho (juicio o test de proporcionalidad).<sup>37</sup>*

Gil Domínguez, expresa en este tema de control de la constitucionalidad de normas y actos del Estado que:

*“...el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: a) estructura el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y b) fundamenta el contenido de los Derechos Fundamentales en las decisiones de control constitucional... Con la aplicación de dicho principio, se intenta precisar el máximo grado de racionalidad y de respeto hacia la competencia legislativa para configurar la Constitución y encauzar la vida política.<sup>38</sup>*

Por lo expuesto, se deduce que el principio de proporcionalidad se erige como un instrumento eficaz para fijar los límites de los Derechos Fundamentales, y en consecuencia se vuelve un interesante mecanismo que permite

<sup>36</sup> Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, op. cit., p. 82.

<sup>37</sup> Pérez Tramps, Pablo, “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, p.910.

<sup>38</sup> Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, op. cit., p. 71.

realizar un control de la constitucionalidad (*de manera más específica, de los contenidos de los Derechos Fundamentales de la Constitución*) en las normas y actos que provienen de la actividad estatal. Como podrá deducirse, a partir del consenso doctrinario mayoritario del carácter restringible y no absoluto de los Derechos Fundamentales, éstos se vuelven limitables, pero no discrecionalmente si no sólo cuando superan el test de proporcionalidad en su sentido *lato*, de ahí que éste se convierte en una obligada herramienta para cualquier intervención estatal en los Derechos Fundamentales.

## V. LA PRESENCIA PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

### 1. En instrumentos jurídicos.

Resulta ser cada vez más común en nuestra realidad encontrarnos con materiales jurídicos que explícitamente se refieren al principio de proporcionalidad. Así tenemos por ejemplo, que el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone en relación a las limitaciones de los Derechos Fundamentales que *“sólo se podrá introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de protección de los Derechos y libertades de los demás.”*

De igual forma la Constitución europea dice a la letra en su numeral II.109.3 que: *“La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”* y en su numeral II.112.1 que: *“Cualquier limitación de los Derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás.”*

En este tenor, la referencia temporal de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las decisiones judiciales, tiene como origen los tribunales alemanes,<sup>39</sup> y ahora se ha extendido en todos los tribunales

<sup>39</sup> Muchos convienen en que el afamado caso de un sujeto que impugnó mediante amparo una decisión de gobierno que le impedía abrir una farmacia, es el primer caso donde se aplica el principio de propor-

Europeos, consolidándose especialmente por el importante uso que se hace del mismo dentro del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Inclusive se dice que el propio sistema británico ha sido inducido en esta inercia, aclarando que a veces lo matizan de manera más conservadora a través principio de la *manifest unreasonableness*, mismo que contempla que los jueces sólo pueden anular las decisiones discrecionales dictadas por los poderes públicos, cuando superen cierto umbral de irracionalidad, que haga incomprensibles sus finalidades y sentido.<sup>40</sup>

En lo que refiere a España, la conocida sentencia de 1959 del Tribunal Supremo fue pionera de esta corriente,<sup>41</sup> misma que después influiría en decisiones judiciales posteriores, situación que se fortaleció con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y actualmente se ha configurado como una pieza clave por el Tribunal Constitucional a grado tal de considerarse en las sentencias SSTC 170/94 y 176/95 como una operación lógica jurídica, que en principio forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar.<sup>42</sup>

Como podrá apreciarse, el principio de proporcionalidad ha extendido su presencia lo mismo en Italia, Alemania, Suiza, España, Inglaterra, Francia, Estados Unidos de Norteamérica y también de manera más lenta ha llegado a países latinoamericanos como Colombia, Argentina y México, por citar algunos. Al respecto es importante señalar que instrumentos como el Código Iberoamericano de Ética Judicial y el Estatuto del Juez Iberoamericano, mismos que han sido firmados por las Cortes de Iberoamérica, contienen sendos mandamientos sobre el tratamiento proporcional de los Derechos Fundamentales.

---

cionalidad. En este asunto el Tribunal analizó la libertad de elección y ejercicio profesional y la constitucionalidad de la medida que restringía este principio por ir en detrimento de los intereses de las farmacias establecidas, concluyendo que "*cuanto mayor sea la afectación en la órbita de la libertad del individuo mayor debe ser el interés público que la justifique*". Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., p. 54.

<sup>40</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 52-54.

<sup>41</sup> Dicha sentencia declaró nula una orden del Ministerio de Educación por transgredir el subprincipio de necesidad, puesto que la medida buscada pudo encararse con otros medios más adecuados que no entrañasen para las afectadas, sanciones de tanta gravedad (se había establecido que los profesores de enseñanza media que no realizaran cargas adicionales de docencia en otra materias no propias de su profesorado, no recibirían una compensación adicional). Cfr. Bernal Pulido, *Ibidem*, p. 58.

<sup>42</sup> Cfr. Sánchez González, Santiago, "Lección II, los límites a los Derechos", en *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 61.

Lo anterior comprueba que, si bien dicho principio puede ser objeto de críticas en torno a que no está en capacidad de garantizar la objetividad o racionalidad jurídica absoluta, lo cierto es que, se ha convertido en el principal actor del escenario aplicativo de los Derechos Fundamentales.

## *2. En la actividad jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación.*

Si bien se manifestó que el principio de proporcionalidad en nuestro país es poco conocido y consecuentemente, usado en las resoluciones de conflictos entre derechos fundamentales, es de reconocerse que nuestros juzgadores, especialmente los del Poder Judicial de la Federación, han empezado a aplicarlo, como se demostrará en la evidencia jurisprudencial que mostraremos enseguida, y que se vuelve en sí misma, un argumento real y prescriptivo de su uso en las instancias jurisdiccionales.

### *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

***Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del Legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.*** De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del Legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el Legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Tesis P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Extranjeros. Los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como los numerales 106 y 139 de su reglamento, no violan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo.

*...para determinar si una diferencia de trato introducida por el Legislador o cualquier autoridad normativa es o no legítima, es necesario: 1) analizar si la distinción obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; 2) examinar la racionalidad o adecuación de la diferencia; y, 3) determinar su proporcionalidad. En congruencia con lo anterior y tomando en cuenta que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece provisiones específicas que diferencian la situación de los extranjeros y la de los mexicanos, se concluye que los artículos 37 y 60 de la Ley General de Población, así como los numerales 106 y 139 de su Reglamento, al otorgar un trato diferenciado para los extranjeros respecto de los nacionales, las autoridades migratorias por requerir sólo a aquéllos la autorización de la Secretaría de Gobernación para poder laborar y para que se les otorgue cierta situación migratoria respecto a su estancia en el país, no violan el principio de igualdad ante la Ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo. Ello es así en tanto que, por un lado, las medidas gubernamentales encaminadas a controlar la entrada, salida y condiciones de permanencia de los extranjeros en el país genéricamente tienen sustento constitucional y, por el otro, los artículos indicados tienen relación con los fines legítimos de la política migratoria del país; además de que en esta materia es preciso reconocer al Legislador un margen relativamente amplio. Sin embargo, se advierte que la idoneidad y proporcionalidad de los preceptos citados está estrictamente condicionada al modo en que se apliquen por las autoridades administrativas y judiciales competentes. Por ello, las autoridades migratorias deben fundamentar y motivar cuidadosamente las resoluciones por las cuales niegan a un extranjero el cambio de característica migratoria en un sentido que le permitiría desempeñar actividades remuneradas en el país, pues sólo así podrá determinarse -cuando se interpongan los recursos existentes- si aquéllas están ejerciendo legítimamente el margen de apreciación concedido por la Ley*

y el Reglamento mencionados o si están obrando en forma arbitraria y abusiva.<sup>44</sup>

### Tribunales Colegiados de Circuito.

**Suspensión en el Amparo. Conforme a la Teoría de Ponderación de Principios, debe negarse contra los requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, pues el interés de la sociedad prevalece y es preferente al Derecho de la quejosa a la confidencialidad de sus datos.** De acuerdo con la teoría de ponderación de principios, cuando dos Derechos Fundamentales entran en colisión debe resolverse el problema atendiendo a las características y naturaleza del caso concreto, conforme al criterio de proporcionalidad, ponderando los elementos o subprincipios siguientes: a) idoneidad, b) necesidad y c) proporcionalidad. El primero se traduce en la legitimidad del principio adoptado como preferente, es decir, que sea el adecuado para lograr el fin constitucionalmente válido o pretendido; el segundo consiste en que no exista otro medio menos oneroso para alcanzar el fin deseado o que afecte en menor grado los Derechos Fundamentales de los implicados; y, el tercero implica equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del bien público, lo que significa que no se sacrifiquen principios o valores constitucionalmente más importantes o de mayor peso al que se desea satisfacer. En ese contexto, cuando en un juicio de amparo se solicita la suspensión contra la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica en cuanto a requerimientos de información y documentación formulados por la Comisión Federal de Competencia en el procedimiento de investigación de prácticas monopólicas, debe considerarse, por una parte, que de concederse la medida cautelar se afectaría gravemente el interés de la sociedad, pues al permitirse a la quejosa no proporcionar la información y documentación requerida, se paralizaría tal procedimiento –que es de interés social y orden público– impidiendo que se determinara si se realizan o no esas prácticas, lo que haría nugatoria la facultad de investigación de la mencionada comisión, y además, se dejaría de proteger el proceso competitivo, consecuencia de la libre concurrencia económica,

<sup>44</sup> Tesis 1a. XLVI/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 6.

que tiene como resultado menores costos, mayor eficiencia, mejores y nuevos productos y mayores servicios para los usuarios y consumidores, que es una finalidad que se encuentra tutelada como Derecho Fundamental y garantía en el artículo 28 constitucional; y, por la otra, que al negarse la medida no se afectan los Derechos de la quejosa, pues la información y documentación requerida no es imposible de rendir o radicalmente arbitraria por inconducente y tampoco se violan sus Derechos sustantivos, protegidos por la Constitución, al no verse afectados irreversible o irremediamente, de manera que se le pudiesen causar daños de difícil reparación, desproporcionalmente mayores a los que pudiese resentir la sociedad, dado que conforme al artículo 31 bis de la Ley Federal de Competencia Económica, la información y documentación que maneja la referida comisión durante la etapa de investigación es estrictamente confidencial y se puede solicitar, e inclusive exigir, que se trate como tal en las posteriores etapas del procedimiento, de modo que se impida su divulgación a los agentes económicos investigados, a terceros extraños o al público en general, salvaguardándose así su confidencialidad y secrecía. Por consiguiente, es claro que debe negarse la suspensión, puesto que el interés de la sociedad prevalece sobre el interés particular de la quejosa, pues el principio que debe primar es aquel que causa menor daño y, por ende, el que resulta indispensable privilegiar, porque evidentemente conlleva un mayor beneficio.<sup>45</sup>

**Suspensión en el Amparo. Debe negarse conforme a la Teoría de los Principios, cuando el interés social constitucionalmente tutelado, es preferente al de la quejosa.** Conforme a la teoría de los principios, cuando dos Derechos Fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad; y, III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación

<sup>45</sup> Tesis I.4o.A.582 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 2717.



*de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Por tanto, cuando, por ejemplo, una empresa farmacéutica solicita la suspensión de la aplicación de una Ley en tanto se resuelve el juicio en lo principal, y se encuentran en conflicto, por una parte, el Derecho a la salud de las personas y, por la otra, el Derecho adquirido de la quejosa de mantener indeterminadamente los registros sanitarios de sus medicamentos y equipos médicos, los tres elementos de la ponderación referidos tienen plena aplicación, ya que los intereses de la sociedad que con la aplicación de la Ley impugnada se busca tutelar y consolidar, derrotan y prevalecen sobre los particulares del quejoso. Por tanto, el Derecho o principio que debe prevalecer es el que cause un menor daño, el que resulte indispensable y deba privilegiarse, es decir, el que evidentemente conlleve a un mayor beneficio. Todo esto se obtiene, en la especie, negando la suspensión solicitada a fin de permitir la plena eficacia de las consecuencias de la Ley reclamada en beneficio de los intereses sociales de los consumidores de los productos médicos, constitucionalmente tutelados, con prioridad a los estrictamente individuales, de contenido patrimonial, como son los de la titularidad de la quejosa.<sup>46</sup>*

### Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

**Procedimiento Administrativo Sancionador Electoral. Debe realizarse conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.** Las disposiciones contenidas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encaminadas a salvaguardar a los gobernados de los actos arbitrarios de molestia y privación de cualquier autoridad, ponen de relieve el principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales, como en el caso de la función investigadora en la fiscalización del origen, monto y destino de los recursos de los partidos políticos. Este principio genera ciertos criterios básicos que deben ser observados por la autoridad administrativa en las diligencias encaminadas a la obtención de elementos de prueba, que atañen a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La idoneidad se refiere a que sea apta para conseguir el fin pretendido y tener ciertas probabilidades de eficacia en el caso con-

<sup>46</sup> Tesis I.40.A.61 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2508.

*creto, por lo que bajo este criterio, se debe limitar a lo objetivamente necesario. Conforme al criterio de necesidad o de intervención mínima, al existir la posibilidad de realizar varias diligencias razonablemente aptas para la obtención de elementos de prueba, deben elegirse las medidas que afecten en menor grado los Derechos Fundamentales de las personas relacionadas con los hechos denunciados. De acuerdo al criterio de proporcionalidad, la autoridad debe ponderar si el sacrificio de los intereses individuales de un particular guarda una relación razonable con la fiscalización de los recursos de los partidos políticos para lo cual se estimará la gravedad de los hechos denunciados, la naturaleza de los Derechos enfrentados, así como el carácter del titular del Derecho, debiendo precisarse las razones por las que se inclina por molestar a alguien en un Derecho, en aras de preservar otro valor.<sup>47</sup>*

## VI. CONCLUSIONES

El Estado Constitucional contemporáneamente se ha posicionado como el mejor escenario para asimilar un modelo garantista, que permite maximizar el disfrute de los Derechos Fundamentales, y a su vez, limitar las acciones del Estado que sin motivos racionales tratan de restringirlos, pudiendo hacer valer el postulado de nada ni nadie sobre los Derechos Fundamentales, con ello, la validez de una norma o acto no sólo debe soportarse en un sentido formal, sino también sustancial, la que reside en la congruencia del contenido de cualquier norma o acto con los derechos fundamentales y los principios con los que se expresan, lo que en buena medida se puede logra con la aplicación del principio de proporcionalidad, al grado tal de que bien puede ser considerado, como un valioso indicador para medir el grado de evolución de los Estados Constitucionales.

En razón de lo anterior, resulta importante que los operadores jurídicos del país en sus tres niveles, especialmente los encargados de dictar normas jurídicas o resolver conflictos, se capaciten o continúen capacitándose en los temas neoconstitucionalistas, de entre los cuales el principio de proporcionalidad ocupa un exclusivo sitio, sólo así se podrá estar preparado para resolver los presentes y futuros conflictos de nuestras sociedades complejas y heterogéneas, donde frecuentemente coexistirán dos o más derechos fundamentales oponibles a la vez.

<sup>47</sup> Tesis S3ELJ 62/2002", Sala Superior, *Revista Justicia Electoral* 2003, suplemento 6, pp. 51 y s.

No obstante de que los críticos del principio de proporcionalidad respecto a su objetividad y racionalidad no proponen alternativas más confiables y exentas de los males que denuncian, es necesario seguir estudiándolo y perfeccionándolo, tal es el caso de Bernal Pulido quien propone una serie de tesis y reglas, que de cumplirse por los operadores jurídicos, lograrían aumentar los grados de racionalidad del principio de proporcionalidad y de las resoluciones judiciales que de su uso emanan, al respecto comenta que:

*“...con estas tesis y reglas argumentativas consideramos poder fundamentar la idea de que, aunque la aplicación del principio de proporcionalidad no constituya un procedimiento objetivo para la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales vinculante para el Legislador, sí cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos, las exigencias de racionalidad y de respeto de las competencias del Parlamento”.*<sup>48</sup>

Finalmente, con las recientes reformas constitucionales (6 de junio 2011), donde se reconoce a los derechos humanos en su justa dimensión dentro del sistema jurídico y se indica que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; sin lugar a dudas el principio de proporcionalidad adquiere mayor relevancia y se potencializa, ya que insistimos, mucho del éxito del control de la constitucionalidad y su inherente influjo en garantizar la efectividad de los Derechos Humanos, actualmente depende de la dimensión metodológica del Derecho, y la proporcionalidad parece ser hasta ahora una de sus mejores estrategias. En un escenario jurídico donde todo se fundamenta y se fundamentará en los derechos humanos, y en consecuencia, no habrá un acto o norma que escape del análisis jurisdiccional, respecto de si su contenido es conforme a ellos, no podemos seguir aplicando métodos jurídicos creativos, interpretativos, aplicativos y argumentativos que no le son acordes, ni al derecho ni a su circunstancia contemporánea, debemos por el contrario, utilizar las herramientas propias del Estado Constitucional, y una de ellas es el principio

<sup>48</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad*, op cit., p. 813. Asimismo, estas 51 tesis y 87 reglas pueden estudiarse a lo largo de la obra citada.

de proporcionalidad, sólo así podremos hablar realmente de la consolidación del Estado Constitucional Mexicano.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", trad. René G. De la Vega, en Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez y Jesús Orozco Henríquez (Coordinadores), *Jueces y ponderación argumentativa*, México, IJ-UNAM, 2006.
- Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, Revista Isonomía, núm. 1, 1994.
- Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- Andreas Novy, Departamento para el Desarrollo Urbano y Regional de la Universidad de Economía de Viena, <http://www.lateinamerika-studien.at/content/wirtschaft/ipoesp/ipoesp-2769.html>. (Consultada el 26 de septiembre de 2008).
- Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Borowski, Martín, *La estructura de los Derechos Fundamentales*; trad. Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 25.
- Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como Derecho*, México, IJ-UNAM, 2007, Serie Doctrina Jurídica Núm. 20.
- De Asís Rafael, *El Juez y la motivación en el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, Universidad Carlos III, Dikynson, 2005, Colección de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho.
- Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

- Lanina y Máximo Rossi, Universidad de Montevideo, Departamento de Economía. <http://decon.edu.uy/~mito/nota%20equilibrio%20general.pdf>. (Consultada el 16 de octubre de 2008).
- Mendoza Escalante, Mijaíl, Conflictos entre Derechos Fundamentales expresión, información y honor, Perú, Editorial Palestra, 2007.
- Pérez Tramps, Pablo, "La interpretación de los Derechos Fundamentales", en Ferrer Mac-Gregor Eduardo (Coord.), Interpretación constitucional, México, Porrúa, 2005.
- Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", trad. Josep Vilajosana, en Revista Doxa, núm. 21, 1998.
- Prieto Sanchís, Luis, Los Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra, Perú, 2007, Serie Derechos y Garantías, núm. 5,
- Sánchez Gil, Rubén, El principio de proporcionalidad, México, UNAM-IIJ, 2007.
- Sánchez González, Santiago, "Lección II, los límites a los Derechos", en Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Tesis 1a. XLVI/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008.
- Tesis I.4o.A.582 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007.
- Tesis I.4o.A.61 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, octubre de 2005.
- Tesis P./J. 130/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007.
- Tesis S3ELJ 62/2002", Sala Superior, Revista Justicia Electoral 2003, suplemento 6.