

## ESTUDIO PRELIMINAR

Rubén SÁNCHEZ GIL

### I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad es una figura que paulatinamente se ha reconocido en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha empleado cada vez con mayor precisión. Nuestro país ya cuenta con un incipiente acervo doctrinal que estudia este concepto desde el punto de vista teórico y con una perspectiva dogmática que analiza diversas resoluciones del máximo tribunal.

Sin embargo, en la discusión mexicana hace falta mucho para conocer el examen de proporcionalidad con suficiente claridad y difusión, y apreciar su utilidad. El conocimiento en México de este principio generalmente se reduce a la “ponderación”, tomada por un simple “balanceo” de los bienes jurídicos que intervienen en una determinada situación, efectuado al tanteo y según el leal saber y entender del operador jurídico. En nuestro país ni siquiera hemos entrado al debate —añejo ya en otras partes— sobre los detalles de la proporcionalidad y de la “ponderación”, y menos aún a impugnar con razones atendibles la deficiente racionalidad que se atribuye a este procedimiento. No pocas veces la discusión en torno a esta figura se limita a su admisión como concepto jurídico válido.

Considerando lo anterior, me parece de suma importancia la publicación en México del estudio de los juristas alemanes Matthias Klatt y Moritz Meister al que anteceden estas líneas.

*La proporcionalidad como principio constitucional universal* no solamente explica esta figura y propone su empleo en la argumentación de derechos fundamentales. Se trata, sobre todo, de una férrea y vehemente defensa del principio de proporcionalidad y de su empleo en el juicio constitucional —inscrita además en un amplio debate mundial—, porque demuestra su justificación y su utilidad no sólo teóricamente, sino también en *términos prácticos* que interesan en especial a los *jueces* y a los *abogados*.

Para el sistema jurídico mexicano es pertinente acudir a la dogmática alemana sobre el principio de proporcionalidad, porque esta figura fue desarrollada en el referido ámbito, donde ha alcanzado la más sofisticada de sus elaboraciones y se ha sometido a una muy intensa discusión. El principio de proporcionalidad de cuño germano “migró” a diferentes jurisdicciones alrededor del mundo, que lo han adoptado con algunas adecuaciones, como la mexicana, que siguió el modelo español, el cual hizo lo propio con el alemán;<sup>1</sup> sin contar la gran influencia ejercida por la teoría de los principios de Robert Alexy en nuestro país como en toda Iberoamérica. Por tanto, como fuente “indirecta” —pero *fundamental*— del principio de proporcionalidad empleado en México, conviene atender el desarrollo doctrinal alemán de este tema (y el de muchos otros más).

Los autores del estudio presentado están afiliados a la reconocida escuela de Alexy. Matthias Klatt (Hannover, 1973) obtuvo el grado de doctorado con una tesis dirigida por el profesor de Kiel, que constituye una importante aportación a la argumentación jurídica, ya que explora a profundidad el llamado “límite del tenor literal” como parámetro interpretativo;<sup>2</sup> es profesor en la Universidad de Graz, Austria, donde mantiene un muy acti-

---

<sup>1</sup> Cfr. Alvez, Amaya, “¿*Made in Mexico?* El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LX, núm. 253, enero-junio de 2010, pp. 374, 375 y 381.

<sup>2</sup> *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004.

vo seminario dedicado a temas relativos a la teoría jurídica y a los derechos fundamentales; además, es autor de libros y ensayos dedicados a distintos aspectos de la proporcionalidad y de la ponderación. Moritz Meister (Heidelberg, 1982) es un joven jurista que se doctoró con una tesis que constituye una importante aportación dogmática, pues explica a detalle el sistema de protección de la libertad de la Ley Fundamental alemana y su estructura normativa,<sup>3</sup> trabajo a su vez dirigido por Klatt, con quien ha colaborado en distintos proyectos; este autor actualmente ejerce como abogado en Fráncfort del Meno.

Los someros datos biográficos de los autores del ensayo que estas reflexiones preludian también refieren una característica muy señalada de la Universidad germana: la formación de escuelas intelectuales, y la transmisión del conocimiento y la colaboración entre sus “generaciones académicas”. De hecho, el mencionado trabajo es una de las contribuciones a un reciente volumen colectivo sobre la indicada teoría del profesor de Kiel y la ponderación, junto con otros ensayos de académicos “identificados como teóricos principialistas desde hace muchos años” y de “los primeros representantes de la «generación de nietos» científicos de la teoría de los principios de Alexy”.<sup>4</sup>

El presente estudio busca familiarizar al lector mexicano con el marco teórico y dogmático del principio de proporcionalidad, para que comprenda mejor el destacado trabajo que anuncia. Por su especialización, éste sólo adquiere pleno sentido cuando se tiene conocimiento previo del tema y se han hecho ciertas precisiones.

Agradezco la gran amabilidad que los doctores Klatt y Meister me prodigaron para traducir, editar y presentar su relevante estudio, que es fruto de un esfuerzo conjunto que han mantenido

---

<sup>3</sup> *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011.

<sup>4</sup> Klatt, Matthias, “Vorwort”, en *idem* (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2013, p. V.

ya por cierto tiempo.<sup>5</sup> Su entusiasmo, plena disposición, invaluable ayuda, y en especial la paciencia que me tuvieron para culminar esta empresa de la manera más “proporcionada” al elevado mérito de su trabajo que me fue posible, fueron decisivos para que el lector tenga ahora este volumen en sus manos.

## II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

### 1. *Aspectos generales*

#### A. *Nociones elementales*

Contra una difundida opinión, el principio de proporcionalidad no es “hijo del constitucionalismo de nuestra época”, aunque ciertamente sus postulados teóricos —en particular los que Alexy ha sentado— forman un ambiente propicio para él y lo han explicado con máxima precisión.<sup>6</sup> La proporcionalidad ya se empleaba en la jurisprudencia administrativa alemana desde antes de la Pri-

---

<sup>5</sup> De gran importancia como fruto de su labor coautoral sobre este tema es *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>6</sup> Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 66 y 85. Una reciente crítica intenta desligar el principio de proporcionalidad de la teoría de los principios alexiana, sin tomar en cuenta que aquél no se desprende de ésta o del “neoconstitucionalismo” en general, sino que guarda con ellos el vínculo que acabo de manifestar; se trata de la réplica de Philipp Reimer a una primera versión (*infra*, nota 83) del estudio que introducen estas líneas, formulada en “... ‘Und machet zu Jüngern alle Völker?’ Von ‘universellen Verfassungsprinzipien’ und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 52, núm. 1, enero de 2013, pp. 27, 30-31 y 39 (señalando que “la ponderación de la teoría de los principios es algo completamente diferente a la clásica proporcionalidad”).

mera Guerra Mundial, pero es cierto que luego de la Segunda su uso se incrementó considerablemente.<sup>7</sup>

Esta idea es uno de los más relevantes conceptos que aprenden los *estudiantes* en Alemania por su gran importancia en la práctica profesional, y en especial constituye un *exitosísimo artículo de exportación* de la ciencia jurídica germana.<sup>8</sup> Tocante al último aspecto, ha quedado muy claro que la proporcionalidad “resulta ser un terreno fértil a nivel mundial para el florecimiento de la citación de precedentes extranjeros”,<sup>9</sup> con la cual tiene lugar un “diálogo” entre jurisdicciones constitucionales —e internacionales de derechos humanos— que construye un *ius constitutionale commune* del cual dicho principio es integrante a carta cabal.

El principio de proporcionalidad hoy se emplea casi exclusivamente para determinar los alcances de los derechos fundamentales entre sí o frente a otros principios constitucionales; por este motivo, me referiré en adelante a la vinculación entre dicho principio y tales derechos. Pero de manera mucho menos frecuente, la proporcionalidad también sirve a la aplicación de otros

---

<sup>7</sup> Hartwig, Matthias, “La ‘proporcionalidad’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, en Von Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un “ius constitutionale commune” en América Latina?*, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2010, t. I, p. 782.

<sup>8</sup> Klatt, Matthias y Meister, Moritz, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat*, Múnich, C. H. Beck, año 54, núm. 3, marzo de 2014, p. 193. Sobre la “exportación” de este principio véanse también Grimm, Dieter, “Die Karriere eines Boykottaufrufs”, *Die Zeit*, Hamburgo, núm. 40, 27 de septiembre de 2001, p. 11, § 28, <http://bit.ly/2bGHZ96>; y Häberle, Peter, “Wechselwirkungen zwischen deutschen und ausländischen Verfassungen”, en Merten, Detlef y Papier, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, vol. I, pp. 329 y 330.

<sup>9</sup> Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire, “Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future”, en *idem* (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013, p. 429.

aspectos “orgánicos” como la delimitación de las competencias entre los órganos estatales, o entre la Federación y las entidades federativas.<sup>10</sup> Es un principio de amplia aplicación, pues por su medio pueden apreciarse distintos actos jurídicos como políticas públicas, decisiones administrativas, resoluciones judiciales y, por supuesto, normas generales, especialmente leyes en el más estricto sentido.<sup>11</sup>

En Alemania este principio goza de *rango constitucional*. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal lo desprendió del principio de “Estado de derecho” (*Rechtsstaatsprinzip*) —que conlleva “corrección o justicia materiales”—,<sup>12</sup> y “ya en el fon-

---

<sup>10</sup> Hartwig, *op. cit.*, nota 7, p. 781. Salvo por BVerfGE 98, 265, que no pude revisar, a mi parecer los precedentes alemanes que este autor cita para afirmar el uso “orgánico” de la proporcionalidad no son idóneos para ello —de hecho, *idem* 81, 310 (338) va contra él—; pero sí lo es uno reciente sobre dicho principio como criterio de licitud de la exclusión de diputados minoritarios de los comités parlamentarios: BVerfG, 2 BvE 1/11, 22 de septiembre de 2015, § 98, <http://bit.ly/1RkZl81>. Dicho empleo puede suponerse por la posible existencia de principios constitucionales de esa naturaleza, diferentes a los derechos fundamentales que son de orden “dogmático”; *cf.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 74, 86 y 110. Un ejemplo mexicano ilustra esta cuestión: en las controversias constitucionales 14/2004, 13/2006 y 15/2006, el Pleno de la Suprema Corte estableció la *vinculatoriedad dialéctica* inherente a la propuesta municipal de su propia ley de ingresos, que impide la arbitrariedad del legislador al *incrementar de modo directamente proporcional* su deber de justificar sus modificaciones al proyecto municipal como más apartadas estén de él; siguiendo al Tribunal Constitucional Federal alemán pienso que ésta es una aplicación mínima de la proporcionalidad, pues con ella “[l]a pretensión de tutela jurídica del [municipio] será tanto más fuerte y tanto menos deberá retroceder, como más onerosa sea la carga a él impuesta y más irrevocables los efectos de la medida de la [legislatura]” (*cf.* BVerfGE 35, 382 [402]). *Cf.* Klatt, Matthias, *Die praktische Konkordanz von Kompetenzen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014.

<sup>11</sup> Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 6, p. 71.

<sup>12</sup> Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 84. Según jurisprudencia constante del tribunal de Karlsruhe, “[e]l principio de Estado de derecho contiene la idea de justicia como parte esencial” (BVerfG, 2 BvR 209/14 y otros, 18 de

do, de la esencia (*Wesen*) de los derechos fundamentales mismos”, manifestada en que su restricción se permite sólo en tanto sea *imprescindible* para proteger un “interés público”.<sup>13</sup> Esto último define *lato sensu* el principio de proporcionalidad.

Entendido ampliamente, dicho principio significa que un derecho fundamental sólo puede menoscabarse en una medida *estrictamente indispensable* a una finalidad legítima, concepto sobre el que luego abundaré. Dicho de otro modo, es aún injustificado que la restricción de un derecho se produzca solamente con base en un objetivo jurídicamente aceptable, pues *además* se requiere que la intensidad de dicha intervención se ajuste efectiva y rigurosamente al logro de tal finalidad. Como se expresó en una de las primeras reflexiones mexicanas sobre este concepto, la buena intención no basta.<sup>14</sup>

Así garantiza el principio de proporcionalidad la *plena efectividad* de los derechos fundamentales: requiriendo examinar si su afectación resulta estrictamente indispensable, y si la compensa un beneficio equivalente o superior para otro principio constitucional.

---

diciembre de 2014, § 32, <http://bit.ly/1Amsh7l>). “El principio de proporcionalidad... es un principio del derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia. Indudablemente conecta con la idea de ‘moderación’ y de ‘medida justa’ en el sentido de equilibrio”, Larenz, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 2001, p. 145.

<sup>13</sup> BVerfGE 19, 342 (348-349). Este precedente fundó una importante línea jurisprudencial en el sentido indicado. Véanse Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 92, y Hartwig, *op. cit.*, nota 7, p. 784.

<sup>14</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330. Véase “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXII, julio de 2013, t. 1, tesis 1a. CCXV/2013 (10a.), p. 557.

## B. *Teoría de los principios*

El constitucionalismo contemporáneo apuntala de distintas maneras el principio de proporcionalidad.<sup>15</sup> Por tal motivo, pese a las discusiones doctrinales a su respecto, este principio goza actualmente de un ambiente propicio.

La teoría de los principios de Robert Alexy, en especial la idea de “mandato de optimización” ubicua en ella, es fundamental para entender y justificar el principio de proporcionalidad; de ahí que no sea extraño que su desarrollo contemporáneo se deba al profesor de Kiel.<sup>16</sup> Los derechos fundamentales deben tomarse por “principios” que exigen *máxima* efectividad; o como ha dicho la Suprema Corte mexicana, deben gozarse “en los más amplios términos”.<sup>17</sup> En tal virtud, los derechos fundamentales oponen creciente resistencia a su menoscabo, y por consiguiente ésta sólo puede lograrse en la medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo, es decir, de una manera “proporcional”.

Sobre este aspecto es de gran relevancia una de las más importantes secciones del trabajo de Klatt y Meister al que introducen estos párrafos (pp. 47-53). En ella se hace una contundente defensa de la interpretación amplia de los derechos fundamentales que exigen el principio de proporcionalidad y la ponderación, y en la que éstos desembocan. Dicho alegato es muy pertinente

---

<sup>15</sup> Algunos los esboqué en *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 23-33, <http://bit.ly/1eDPk3u>.

<sup>16</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 68 y 69. Véase Sánchez Gil, Rubén, “Valores constitucionales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, vol. 2, pp. 643-644, 650-651 y 657-658, <http://bit.ly/17Q0kcc>.

<sup>17</sup> “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESCRITO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 10, p. 827.



en el contexto alemán, en el cual recientemente se han debatido las llamadas teorías amplia y estricta del “supuesto de hecho” (*Tatbestand*) de los derechos fundamentales. En el marco de esta discusión se critica la “grotesca” extensión que las teorías amplias, como la de Alexy, pueden otorgar a dichos derechos —se ha llegado a hablar de un “derecho fundamental a robar” y de otros absurdos en realidad derivados de una imprecisión conceptual—,<sup>18</sup> la cual ha ocasionado que las teorías estrictas del supuesto de hecho de los derechos fundamentales desde hace cierto tiempo sean para algunos una “nueva dirección de la dogmática iusfundamental alemana”.<sup>19</sup> En dicha sección de su estudio, Klatt y Meister aportan razones muy atendibles para preferir una interpretación amplia de los derechos fundamentales que, como propuso Alexy, optimice su eficacia y corrobore su fuerza normativa ante posibles restricciones.

Una interpretación amplia del supuesto normativo de los derechos fundamentales y de sus limitaciones —o mejor dicho “intervenciones”—,<sup>20</sup> basada en una teoría con esa calidad, es vital para su eficacia y la que mejor permite desplegar el examen de proporcionalidad para garantizarlos. Comprender de modo

---

<sup>18</sup> Meister, *op. cit.*, nota 3, pp. 150 y 151. Sobre las teorías acerca del “supuesto de hecho” y de la “intervención”, que pueden combinarse, véase *ibidem*, pp. 33-39, y Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 268 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. Reimer, *op. cit.*, nota 6, p. 44. Según este autor, la frase transcrita corresponde a Kahl, Wolfgang, “Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 43, núm. 2, 2004, p. 169.

<sup>20</sup> En tanto la medida en cuestión no sea definitivamente calificada como inconstitucional, lo que sólo puede darse luego de examinarse su proporcionalidad, la limitación a los derechos fundamentales debe llamarse “intervención”, concepto que tiene las ventajas de ser *neutro* al no tener las connotaciones negativas de términos como “vulneración” o “conculcación” —tan habitual en México—, y *genérico* para evitar confundir las “configuraciones”, “delimitaciones” y “restricciones” con que puede regularse un derecho fundamental. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 494-500 y 616-688 (sin duda, el mejor tratado en español sobre el tema).

extensivo los alcances de los derechos fundamentales es incluir en ellos *cualquier elemento mínimamente relacionado* con su hipótesis. Esto otorga a la posición jurídica correspondiente una tutela constitucional *prima facie*, es decir, en primera instancia y no definitiva, pues ésta se determinará luego de analizar la proporcionalidad de la intervención en ella. Sabemos que los conceptos que usan las disposiciones iusfundamentales pueden entenderse incluyendo o excluyendo ciertas posiciones jurídicas poco tradicionales u ortodoxas, aunque su fórmula textual no varíe;<sup>21</sup> frente a esta posibilidad es preferible una *actitud inclusiva* en la interpretación de los derechos fundamentales que *proteja y promueva* sus alcances.

Asimismo, una concepción amplia de la “intervención” considerará como tal *cualquier medida* que obstaculice, aun mínimamente, el liso y llano ejercicio del derecho fundamental con la amplia extensión que inicialmente le corresponde. Esto es particularmente importante para México, donde las autoridades —aun la jurisdiccional constitucional— han pasado por alto el estudio y control de intervenciones en los derechos fundamentales bajo el pretexto de que no los están restringiendo, sino “regulando”. También las “regulaciones”, en tanto impiden el expedito ejercicio de los derechos, son una intervención que debe estar justificada y obstaculizar el ejercicio de un derecho sólo en una medida estrictamente indispensable.<sup>22</sup>

Como demuestra el trabajo de Klatt y Meister, la teoría de los principios de Alexy y el examen de proporcionalidad hacen una estupenda mancuerna al implicarse recíprocamente,<sup>23</sup> y superan juntos muchas de las objeciones que se les han formulado.

---

<sup>21</sup> Cfr. Reimer, *op. cit.*, nota 6, p. 47.

<sup>22</sup> Meister, *op. cit.*, nota 3, pp. 33 y 34. Véase uno de los primeros precedentes de la Suprema Corte que usaron la idea de proporcionalidad, hoy jurisprudencia vinculante: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 442, p. 1491.

<sup>23</sup> Véase Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 91-95.

### C. Fases del examen

En su clásica formulación alemana establecida desde hace décadas, el examen de proporcionalidad consta de tres etapas sucesivas, que corresponden a los subprincipios que conforman su estructura en sentido lato: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.<sup>24</sup>

Sin embargo, hay quien añade uno o dos pasos previos a lo anterior: la existencia de un *conflicto constitucional* y la exigencia de que la medida restrictiva de un derecho fundamental persiga un *fin legítimo*.<sup>25</sup> Incluir estos elementos como parte del examen de proporcionalidad es una mera cuestión formal, pues no cambia su operación ni sus conceptos; ambos se hallan presentes en la fórmula tradicional, ya que pueden tenerse por presupuestos de dicho análisis, o en la expresión del Tribunal Constitucional español, por su “*prius lógico*”.<sup>26</sup> La misma irrelevancia práctica es atribuible a variaciones terminológicas en la denominación de los conceptos de este examen, aunque deben tomarse con cuidado para impedir confusiones.

---

<sup>24</sup> Alexy, *op. cit.*, nota 10, pp. 91 y 92; Hesse, *op. cit.*, nota 12, p. 142; Reimer, *op. cit.*, nota 6, p. 32; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 38; Schmitt Glaeser, Walter, *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes*, 2a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, p. 86. La jurisprudencia española usa precisamente estos mismos subprincipios; véase STC 170/2013, fundamento jurídico 5, inciso c. En lo sucesivo, véase como referencia general Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 15, pp. 36-59.

<sup>25</sup> Una muy acertada configuración por lo que adelante diré, ya que refiere la determinación de un conflicto constitucional, es la de Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Porrúa, 2012, pp. 27 y 28. Porque considera determinar la legitimidad del fin y la del medio para obtenerlo como “fases” del examen de proporcionalidad, pero como un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos, es sutilmente más precisa la relación de Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, p. 194; dada su estrecha vinculación, al referirme al “fin legítimo” a la vez aludiré en lo conducente al “medio legítimo”.

<sup>26</sup> STC 55/1996, fundamento jurídico 7. Véase Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, pp. 691 y 715.

A mi parecer, determinar que en el caso particular existe una colisión entre principios constitucionales es concomitante a establecer el fin legítimo que persigue una medida que interviene en el ámbito protegido por un derecho fundamental. Es acertada la opinión de Silva García en el sentido de considerar la existencia de dicho conflicto *constitucional* en el procedimiento del examen de proporcionalidad. Si tal oposición se diera lisa y llanamente entre un derecho fundamental y un principio jurídico ordinario, el primero habría de imponerse absolutamente por su jerarquía,<sup>27</sup> de modo que advertir dicho conflicto autoriza a iniciar este procedimiento argumentativo.<sup>28</sup> Pero precisamente a este punto se llega determinando la legitimidad del fin perseguido por la medida que interviene en el derecho fundamental.

Este último tema lleva a la cuestión de la calidad del “fin” que puede ser “legítimo” para limitar los derechos fundamentales. Su respuesta oscila entre una posición que considera como tales los no prohibidos definitivamente por la Constitución,<sup>29</sup> y otra que la atribuye sólo a los avalados por la ley fundamental, acorde a la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal alemán, y que ratifican Klatt y Meister en su estudio (pp. 14-15).<sup>30</sup> Esta oposición es sólo aparente: una debida interpretación amplia de todas las disposiciones constitucionales relevantes, tanto de la iusfundamental en cuyo ámbito se da una intervención como la que pretende fundarla, permite que la gran mayoría de los fines de dicha medida sean acogidos por el orden constitucional, y que en la práctica su ilegitimidad sea una excepción insólita.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Laporta, Francisco J. (dir.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Ministerio de la Presidencia-CEPC, 2003, pp. 232 y 233.

<sup>28</sup> Cfr. González Maldonado, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de la ponderación: un análisis crítico*, México, Novum, 2011, p. 74.

<sup>29</sup> Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, pp. 692-702 y 790.

<sup>30</sup> Hesse, *op. cit.*, nota 12, p. 139; BVerfGE 83, 130 (139).

<sup>31</sup> Que así sucede siempre, o casi, es la opinión de Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, pp. 194 y 195.

De esta suerte, no es mal criterio práctico pensar en términos llanos que en principio un fin será “legítimo” cuando no se halle constitucionalmente prohibido de manera clara, en cuyo caso sería francamente inadmisibles y no habría necesidad de examinar nada más. Pero aunque este parámetro puede tener alguna utilidad, es *indispensable adscribir dicho fin a un principio constitucional*<sup>32</sup> que justifique con ese rango la intervención en el ámbito de un derecho fundamental, y con ello garantizar la primacía que inicialmente corresponde a esta especie normativa, como desde el inicio señalaron Klatt y Meister en su estudio (pp. 14-15).<sup>33</sup> Es de gran importancia identificar el principio constitucional cuya realización se opone a un derecho, y hacerlo con toda precisión,<sup>34</sup> no sólo para justificar su intervención en términos jerárquicos, pues también determina la materia que será objeto del examen de proporcionalidad y en consecuencia su resultado; no es difícil imaginar por qué la desacertada identificación de los principios constitucionales en colisión dará lugar a una solución equivocada.

Luego de la exposición anterior se advertirá con facilidad por qué son concomitantes —si no fueran lo mismo— la determinación del fin legítimo y la de la existencia de un conflicto constitucional que deberá resolverse por un análisis de proporcionalidad.

Que la intervención en un derecho fundamental esté avalada por un “fin legítimo” es insuficiente para justificarla. Hace falta

---

<sup>32</sup> El cual desde luego puede desprenderse de la Constitución formal o de cualquier otro integrante del bloque de constitucionalidad, como indica Cárdenas Gracia, *op. cit.*, nota 6, p. 73.

<sup>33</sup> BVerfGE 28, 243 (260-261): “El sistema de normas, institutos e instituciones de rango inferior a la Constitución no forman el parámetro (*Maßstab*) que sirve a la interpretación de las disposiciones constitucionales... Sólo los derechos fundamentales de tercero que entren en colisión y otros valores jurídicos dotados de rango constitucional son, considerando la unidad de la Constitución y la totalidad del orden axiológico protegido por ella, capaces de limitar en relaciones particulares *aun* los derechos fundamentales que no pueden restringirse” (cursivas añadidas).

<sup>34</sup> Cárdenas Gracia, *loc. cit.*, nota 32.

que ella sea *idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto* a dicho objetivo; para ello debe realizarse el examen clásico que impone el principio que es nuestro tema central.<sup>35</sup> Abordaré brevemente —pues no requiere aquí mayor explicación— lo relativo a los dos primeros subprincipios; trataré con mayor amplitud lo tocante al último, consistente en la fase de “ponderación”.

La *idoneidad* de la intervención en un derecho fundamental se refiere a la aptitud que ésta tenga para contribuir de algún modo a realizar el fin legítimo que busca esa medida. Si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a ello, alegarlo es simplemente un pretexto para restringir el derecho fundamental, y de esta manera resulta gratuita, inmotivada y, por tanto, carente de justificación. Es pertinente subrayar que la idoneidad no se refiere a que la restricción del derecho fundamental sea un medio directo o aislado para lograr el fin legítimo; basta que contribuya en algún grado a ello para que supere esta fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

El criterio de *necesidad* exige que la intervención en el derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible, y en este sentido puede decirse que se trata del punto central

---

<sup>35</sup> No obstante, como hicieron ver nuestros autores (*cf.* p. 64), *debe establecerse y apreciarse con toda sutileza el subprincipio que se analiza*, porque no es difícil confundirlo, máxime cuando no se usan *categorías jurídicas suficientemente precisas*. Por ejemplo, en su reciente decisión sobre el velo islámico (*Kopftuch*), el Tribunal Constitucional alemán pretendió analizar la “proporcionalidad en sentido estricto” de una norma general prohibitiva de “expresiones (*äußere Bekundung*) políticas, religiosas, ideológicas o semejantes” que pudieran ser conflictivas en el contexto escolar, y establecer su “interpretación conforme reductora” para excluir de su aplicación el uso de esa prenda (BVerfG, 1BvR 471/10 y otro, 27 de enero de 2015, § 101 y 116, <http://bit.ly/1EgPUOB>); cuando a mi juicio, obviando la “idoneidad”, realmente analizó su “necesidad” (por lo que sí había “desproporción”, pero en sentido lato; *cf. ibidem*, § 97) y determinó una “invalidez parcial sin reducción textual” (sobre las mencionadas resoluciones véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso Ley de Medios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 55-60, <http://bit.ly/Nrz3DD>).

del examen de proporcionalidad con cuya esencia coincide a la perfección.<sup>36</sup> Lo anterior puede darse en dos vertientes: ya sea porque dicha medida es la única disponible para lograr el fin legítimo que la justifica, o bien porque entre varias que cumplen este objetivo con la misma intensidad resulta la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en menor grado.<sup>37</sup> En el análisis de esta fase, atendiendo al principio de división de poderes se reconoce a las autoridades un gran margen de apreciación, y sus estimaciones han de obtener una importante deferencia, especialmente si se trata de las que efectúa el legislador a cuyo favor también juega el principio democrático.<sup>38</sup>

Finalmente, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como “ponderación”, o *balancing* en inglés. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Se trata de un “punto central” en un sentido más “topográfico” que ontológico. Klatt y Meister (*op. cit.*, nota 8, p. 196) consideran que la ponderación es el “núcleo (*Herzstück*)” del principio de proporcionalidad, pero la relación entre ambos conceptos es mucho más compleja. Véase lo dicho adelante sobre la relación entre la ponderación y el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

<sup>37</sup> Cfr. BVerfG, 1 BvR 2926/13, 24 de junio de 2014, § 16, <http://bit.ly/2be87yb>.

<sup>38</sup> Cfr. Hartwig, *op. cit.*, nota 7, p. 788; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 790, y “ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LAZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES”, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 319, p. 3992.

<sup>39</sup> Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 8 y 9. Sin embargo, la relación entre “ponderación” y “proporcionalidad” es semánticamente problemática, pues por ejemplo: desde cierto punto de vista aun los exámenes de idoneidad y necesidad podrían verse como un ejercicio de “ponderación”; respecto de algunos de estos problemas conceptuales véase Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, 2011, pp. 100-102.

En la dogmática alemana son *sinónimas* y *alternativas* las fórmulas “proporcionalidad en sentido estricto”, “ponderación” y “adecuación” (*Angemessenheit*).<sup>40</sup> La segunda es preferida en el uso común; se emplea con menor frecuencia la última, como en su versión original hicieron Klatt y Meister —con cuya aquiescencia cambié dicha voz al traducirla, por lo indicado en el siguiente párrafo—. <sup>41</sup> Pero como señalé, estas diferencias son meramente formales y en nada cambian la esencia del concepto que dichos términos refieren.

Usaré en lo sucesivo el término *ponderación* para referir esta última etapa del examen de proporcionalidad *lato sensu*. Pienso que es acertado este término por su amplia difusión en el ámbito hispanoparlante y por su sencillez; pero sobre todo porque evita confundir los sentidos amplio y estricto de la proporcionalidad, y la idoneidad con la “adecuación”.

La ponderación tiene lugar cuando es ineludible el conflicto entre la realización en el caso particular de los principios constitucionales, a diferencia de las etapas previas del examen de proporcionalidad que han depurado el problema.<sup>42</sup> Consiste en la valoración de la importancia de las posiciones jurídicas relevantes en el caso particular, la del derecho fundamental y su opuesta, para determinar a la vista de todas las circunstancias del caso cuál de ellos amerita mayor protección.<sup>43</sup> Lejos de obtenerse por intuición o tanteo, el resultado de esta valoración se determina por una “ley de la ponderación” de carácter abstracto e ideal, que expresa la relación objetiva que formalmente guardan ambas posiciones entre sí, y que Alexy formuló de esta

---

<sup>40</sup> Cfr. Michael, Lothar y Morlok, Martin, *Grundrechte*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 297. Véase también Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 760.

<sup>41</sup> Los mismos autores emplearon el término “ponderación” (*Abwägung*) en *op. cit.*, nota 8, pp. 195 y ss. La publicación en que apareció el trabajo citado en esta nota se dirige a estudiantes y profesionales, lo que ilustra esta diferencia terminológica.

<sup>42</sup> Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 39, p. 8; Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 40, p. 291.

<sup>43</sup> Cfr. BVerfGE 7, 198 (210-211) —el célebre caso *Lüth*—.



manera: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>44</sup>

#### D. Ponderación y “fórmula del peso” alexiana

Al entrarse en contacto con ella, la ponderación aparenta ser un procedimiento azaroso, por no decir arbitrario, que se halla en manos del operador jurídico; da la impresión de ser una simple prestidigitación con la cual especialmente el juzgador trata de convencernos de la supuesta racionalidad de una decisión tomada *ad libitum*.<sup>45</sup> Si bien la ponderación en algún momento y en determinadas latitudes llevaba a esa conclusión, ello no debe ser así en la actualidad.

La ponderación consiste en sopesar la importancia de las posiciones jurídicas en conflicto para “establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto”, y elaborar una “regla de precedencia condicionada”, es decir, una norma que indique las circunstancias en que ha de preferirse una posición sobre otra.<sup>46</sup> Este procedimiento se encuentra hoy muy bien estructurado gracias a Robert Alexy, quien lo ha perfeccionado en diversos trabajos,<sup>47</sup> básicamente en su afamada *Teoría de los derechos fundamentales*,<sup>48</sup> pero sobre todo en el ensayo que expone su “fórmula del peso”.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 138.

<sup>45</sup> Véase *ibidem*, p. 135.

<sup>46</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 72 y 73 (cursivas del original suprimidas). Véase Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 15, pp. 48-59.

<sup>47</sup> Por ejemplo, el referido en la nota 39 anterior, que por su sencillez constituye una estupenda introducción a la teoría ponderativa.

<sup>48</sup> Véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, p. 196. De manera muy similar, con este procedimiento explica la ponderación el manual universitario de Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 40, pp. 297-302.

<sup>49</sup> “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim, Peter Kreuzt y Dieter Reuter (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, Walter de Gruyter, 2003,

Desde mi punto de vista, el último es la máxima expresión del pensamiento del profesor de Kiel sobre la ponderación; explica y justifica de manera pormenorizada los pasos en que hace consistir ese procedimiento, imponiéndole una estructura formal muy determinada que pone de relieve los aspectos que deben considerarse en dicho examen. Seguidamente intentaré explicar de manera sencilla, conforme mi leal entender, en qué consiste la “fórmula del peso” alexiana.

El “peso” del derecho fundamental y el de los principios que se le oponen a efecto de la ponderación son obviamente una metáfora;<sup>50</sup> simbolizan el grado de importancia que en el caso particular tiene cada una de estas posiciones o el de la satisfacción que reciben los distintos aspectos que deben considerarse en este procedimiento. Para medir dichos “pesos”, Alexy propone una *escala triádica*: leve, medio y grave;<sup>51</sup> a estos grados corresponderá un número (1, 2 y 3, respectivamente) que los cuantificará. El peso concreto de cada principio que participa en esta colisión, con el cual competirá con su opuesto, se obtiene asignando la cantidad correspondiente a la afectación o realización de los siguientes aspectos: *intensidad o importancia* con que el principio

---

pp. 771-792. Carlos Bernal Pulido tradujo este ensayo al español, su versión se editó con el título “La fórmula del peso” como apéndice de Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 349-374. Hay, entre otras, una publicación mexicana de la misma traducción: Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-CEDHA, 2008, pp. 11-37; y una ecuatoriana bajo la misma coordinación: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42, <http://bit.ly/2c5bsKx>. Citaré esta obra por la última versión.

<sup>50</sup> Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 10, p. 74. La referencia al “peso” (*weight*) es también una reminiscencia de la concepción de los principios, que sirvió de base a dicho jurista alemán, de Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, 19a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 26 y 27.

<sup>51</sup> Los grados de esta escala podrían extenderse según la precisión necesaria. A mi juicio, una de cinco estratos convendría a la gran mayoría de los casos. Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 49, pp. 34 y 35.

es incumplido o satisfecho; el *peso abstracto* que cada cual tenga dentro del sistema constitucional; y la *certeza* con que dicha afectación y realización se produzca.<sup>52</sup> Para cada principio en colisión se otorga un valor numérico a estos aspectos, los cuales son adicionados o *multiplicados*,<sup>53</sup> y cuya suma o producto final se confronta con el de su opuesto, señalando la superioridad numérica resultante al que deba preferirse. Así de sencillo.

La *intensidad* se refiere al grado de insatisfacción o perjuicio que resiente el derecho fundamental al realizarse el principio que se le opone, y correlativamente al mismo concepto respecto de este último principio y su incumplimiento que le ocasionaría el respeto a aquel derecho. En este rubro no se mide la relevancia de cada principio ni la probabilidad de su menoscabo, lo que será materia de otras fases; se valoran las distintas circunstancias en que su afectación se produciría: su calidad permanente o transitoria, si la afectación es total o parcial, y en este último caso, en qué proporción, etcétera. Por ejemplo, a grandes rasgos: la prisión por meses o años sería una afectación grave a la libertad de una persona, mientras que la detención por algunas horas o días tendría una calidad media, y la orden de comparecer ante una autoridad podría calificarse como leve.

El *peso abstracto* de cada principio se determina a través de la interpretación constitucional que establezca la relevancia que tiene *dentro del sistema jurídico en que se opera*, a partir de la específica formulación —siempre variable— de las disposiciones de la ley

---

<sup>52</sup> El profesor de Kiel sugiere analizar estos aspectos en el orden indicado; sin embargo, también es posible invertir el orden de los dos primeros. *Cf.* Alexy, *op. cit.*, nota 49, p. 39; Klatt, Matthias y Schmidt Johannes, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2010, p. 11; Bernal Pulido, *op. cit.*, nota 20, p. 784.

<sup>53</sup> Aunque la relación aritmética no varía con estas operaciones, puesto que el principio que obtenga una suma mayor también multiplicándose mantendrá su superioridad frente al otro, esta última operación vuelve “geométrica” la escala triádica, potenciando el valor de cada principio, y reflejando así con mayor fidelidad su “resistencia” frente a las afectaciones más intensas. *Cf.* Alexy, *op. cit.*, nota 49, pp. 32 y 35.

fundamental y, en su caso, las de los demás integrantes del bloque de constitucionalidad, como podrían ser las relativas a derechos humanos previstas en tratados internacionales.<sup>54</sup> La posibilidad de estimar la importancia de los distintos principios para el orden constitucional radica en la misma posibilidad de efectuar una interpretación válida de la Constitución; pensar que no puede concluirse nada para aquélla, supone que no podemos adjudicar significados a las disposiciones de la ley fundamental ni comparar las posiciones que guardan los bienes que tutela; el texto constitucional es un “punto de vista común” para los intérpretes, a partir del cual puede construirse una argumentación que valore las distintas posiciones que salvaguarda.<sup>55</sup>

En todos los ámbitos jurídicos, el tenor literal de las disposiciones tiene un papel fundamental y muy altamente valorado en la metodología, entre otros, como punto de partida de la interpretación y como criterio de legitimidad y objetividad de la decisión, especialmente frente a los principios constitucionales democrático, de división de poderes y de Estado de derecho (seguridad jurídica).<sup>56</sup> Para la ponderación en especial, la literalidad dispositiva contiene *claves muy importantes* para establecer el peso abstracto de los principios en colisión. Que la ley explícitamente indique

---

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, nota 32. Sobre la importancia para la ponderación en Alemania del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo véase Michael y Morlok, *op. cit.*, nota 40, pp. 86, 87, 297, 298 y 344-346. En cuanto a la interpretación constitucional afable a la convencionalidad (*konventionsfreundliche Auslegung*), comprendiendo la jurisprudencia internacional, y señalando que “el ‘recurso a auxilios interpretativos’ puede... significar que también se incluyan en el examen de proporcionalidad *constitucional* aspectos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en su ponderación”, véase BVerfGE 128, 326 (371 y 372; cursivas añadidas).

<sup>55</sup> Cfr. Alexy, *op. cit.*, nota 49, pp. 27 y 28. Para profundizar en el texto de la ley suprema como elemento fijo que imprime objetividad a su interpretación, véase Aragón, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 11-59.

<sup>56</sup> Klatt, *op. cit.*, nota 2, pp. 19, 20 y 22.

algo preciso es signo inequívoco de que su autor le otorgó una relevancia especial, que debe contar en la ponderación sumando al peso abstracto del principio respectivo; una importancia de la que carecería en otro sistema jurídico que no contenga esa expresión palmaria. Klatt y Meister advirtieron muy bien este “punto de vista constitucional” y su función en el estudio protagonista de este volumen (p. 36; cursivas añadidas): “si un determinado principio es relevante desde el punto de vista de la Constitución, entonces *hay que considerarlo en la ponderación; no puede ser ignorado*. Si ha de ser considerado, entonces tendría precisamente el papel que le corresponde al peso que se le atribuya”.

Por último, la *certeza* equivale a “seguridad epistémica”, es decir, a la convicción efectiva que se tenga sobre la realización de la afectación determinada sobre los principios constitucionales opuestos. Para este rubro, los conceptos de la escala triádica varían a los siguientes en orden ascendente de certidumbre: 1) no evidentemente falso; 2) plausible, y 3) cierto o seguro. Este aspecto obedece a una “ley epistémica de la ponderación” que Alexy formuló con estos términos: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.<sup>57</sup>

Para la fórmula del peso tiene “decisiva importancia” este factor, que no consiste en una “probabilidad”, sino en la “fiabilidad” de orden epistemológico sobre la valoración del perjuicio a los principios constitucionales en juego; y así puede comprender la estimación de riesgos o atender a las consecuencias de la salvaguarda de cada posición, y no basarse únicamente en premisas empíricas.<sup>58</sup> En ocasiones, cuando los valores de los demás rubros presentan un empate o son muy próximos, la certeza determina el resultado de la ponderación; ello se traduce en términos coloquiales y a grandes rasgos en que resulta injustificado afectar de modo seguro un derecho fundamental a cambio de un beneficio

---

<sup>57</sup> Alexy, *op. cit.*, nota 49, p. 38.

<sup>58</sup> Klatt y Schmidt, *op. cit.*, nota 52, pp. 12 y 13.

que con poca probabilidad obtendría el principio con que colisiona, y viceversa.

Desde luego, en la práctica jurídica es innecesario usar la fórmula del peso como si se tratara de un problema de física o de matemáticas. Dicha fórmula indica en realidad factores que tomar en cuenta al ponderar, y les brinda una estructura que les permite operar con la máxima racionalidad posible, para encauzar todos los posibles argumentos que puedan esgrimirse en esta actividad. Así lo explican sus autores a todo lo largo del ensayo que presentan estas líneas.

Al argumentar, los jueces y los abogados no requieren utilizar sacramentalmente la fórmula del peso alexiana como conceden Klatt y Meister (*cf.* pp. 46-47) —ni se sugiere que lo hagan, a fin de que su exposición sea comprensible para todos—; aunque sin duda es recomendable que la apliquen por su cuenta al efectuar su razonamiento, y que la implementen con sumo cuidado, porque a todos los operadores jurídicos la ponderación exige algo muy difícil de alcanzar: “gran competencia argumentativa”.<sup>59</sup> Para justificar el resultado de su ponderación, basta que el discurso judicial o forense establezca claramente la relación entre los dos principios constitucionales en contradicción, expresando de manera sencilla pero precisa su valoración sobre cada rubro que compone la fórmula y los argumentos por los cuales la determine.<sup>60</sup>

Un ejemplo reciente de una buena argumentación ponderativa puede verse en el caso *Mollath* del Tribunal Constitucional Federal alemán.<sup>61</sup> En esta decisión, dicha magistratura revocó una resolución penal que disponía que continuara la reclusión del quejoso en un hospital psiquiátrico sin haber valorado su

---

<sup>59</sup> Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 8, p. 196.

<sup>60</sup> Aquí es relevante la diferencia entre los llamados contextos de “descubrimiento” y de “justificación”. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 111 y 114-116.

<sup>61</sup> 2 BvR 371/12, 26 de agosto de 2013, <http://bit.ly/16BTvuF>. Véase el análisis de Klatt y Meister sobre la ponderación efectuada en este caso, en *op. cit.*, nota 8, pp. 197 y 198.

peligrosidad; o sea, la certeza en la protección de la sociedad, opuesta a la libertad personal, que al cabo y en opinión del tribunal de Karlsruhe produjo un “desempate”. Esta sentencia ordenó devolver el asunto a la jurisdicción ordinaria para que realizara una nueva ponderación en el marco de ciertas condiciones que determinó.

## 2. *La proporcionalidad en México*

### A. *La cuestión del “fundamento textual”*

Aunque el principio de proporcionalidad *carece en México de fundamento explícito en la Constitución formal*,<sup>62</sup> pues como en la mayoría de los sistemas jurídicos se trata de un producto jurisprudencial, puede derivarse inmediatamente de las disposiciones convencionales que condicionan la restricción de los derechos a los casos de “necesidad en una sociedad democrática”,<sup>63</sup> en especial del artículo 30 del Pacto de San José, que dispone la restricción de los derechos conforme al propósito para el cual haya sido establecida.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Como ejemplarmente lo tiene en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Cualquier limitación del ejercicio 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. Sólo se podrán introducir limitaciones, 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” (cursivas añadidas).

<sup>63</sup> Por ejemplo: los artículos 12.3, 14.1, 19.3, 21 y 22.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.5, 12.3, 13.2, 15, 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cfr. TEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 49; y CIDH, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 2 de julio de 2004, § 120-123.

<sup>64</sup> Véase Rodríguez, Gabriela, “Artículo 30. Alcance de las restricciones”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Dere-*

No obstante, y precisamente por los problemas que en nuestro país tiene la relación entre la Constitución y las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales,<sup>65</sup> sería conveniente fundar el uso de dicho principio con argumentos estrictamente constitucionales. Como en Alemania, esta justificación sólo puede darse a partir de una determinada concepción constitucional, específicamente de los derechos fundamentales, que exija y explique el uso de la proporcionalidad.

En un afán por persuadir al uso del principio de proporcionalidad,<sup>66</sup> y no sin observaciones,<sup>67</sup> en México se ha intentado doctrinal y jurisprudencialmente apoyar el principio de proporcionalidad en disposiciones constitucionales explícitas o en principios “tradicionales”, más familiares para nuestro uso jurídico. Con dicha intención se le ha querido dotar de origen constitucional, radicándolo en la garantía de *motivación material* que prevé el artículo 16 constitucional,<sup>68</sup> más específicamente en la prohibición de exceso que implica.<sup>69</sup> Me parece evidente que al introducirlo en su jurisprudencia, ese mismo propósito condujo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a justificar el principio de proporcionalidad con base en precedentes de distintas épocas, algunos muy añejos.<sup>70</sup>

---

*chos Humanos comentada*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 718 (véase la edición boliviana de esta obra en <http://bit.ly/1ChG7bY>).

<sup>65</sup> Resultantes como sabemos de la doctrina de las “restricciones expresas” de la Suprema Corte. Véase Sánchez Gil, Rubén, “Notas sobre la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 21, enero-junio de 2014, pp. 333 y 344.

<sup>66</sup> *Cfr.* Silva García, *op. cit.*, nota 25, p. 33.

<sup>67</sup> Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 83 y 92.

<sup>68</sup> Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 15, pp. 63-74; Villaseñor Goyzueta, *op. cit.*, nota 39, pp. 181 y 182.

<sup>69</sup> Silva García, *op. cit.*, nota 25, p. 34.

<sup>70</sup> Véase Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de De-*



Aunque sin seguir claramente su fórmula alemana clásica en ese momento, el Pleno de la Suprema Corte reconoció aquella disposición constitucional como sede del principio de proporcionalidad cuando lo introdujo a nuestro ordenamiento. El máximo tribunal señaló entonces que restringir los derechos fundamentales sólo en medida rigurosamente necesaria para un fin legítimo —la idea esencial de la proporcionalidad *lato sensu*— resulta “conforme al *principio de legalidad* [previsto por el artículo 16 constitucional y del cual la garantía de motivación material es una vertiente], de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados”.<sup>71</sup>

### B. Bases jurisprudenciales

La jurisprudencia introdujo el principio de proporcionalidad al sistema jurídico mexicano. Hay diversos precedentes anteriores a la ocasión en que el Pleno de la Suprema Corte asimiló este principio en un criterio vinculante.<sup>72</sup>

Con la jurisprudencia 130/2007 del Pleno de la Suprema Corte se arraigó en México el principio de proporcionalidad esencialmente considerado. Aunque este criterio no definió con precisión las fases que comprende el examen respectivo, sí indicó que los derechos fundamentales sólo deben restringirse en medida rigurosamente necesaria para un fin legítimo, con lo que

---

*recho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, pp. 482 y 483. También publicado en *idem*, *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012.

<sup>71</sup> “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”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 321, p. 1310 (cursivas añadidas).

<sup>72</sup> Recuentos de dichos precedentes se hallan en Díez Gargari, *op. cit.*, nota 67, pp. 78-101; y en Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 70, pp. 477-481.

expresó el concepto básico de la proporcionalidad en sentido amplio.<sup>73</sup>

La jurisprudencia interamericana también apoya el principio de proporcionalidad. En un principio la Corte Interamericana relacionó la “necesidad” que mencionan diversas disposiciones del Pacto de San José con la idea de “proporcionalidad”.<sup>74</sup> Algunos años más tarde, este tribunal internacional estableció el criterio de que la restricción a los derechos que reconoce ese instrumento deben satisfacer los criterios de *idoneidad*, *necesidad* y *estricta proporcionalidad*, entendiendo esta última como una *ponderación* en términos que de inmediato recuerdan a Alexy.<sup>75</sup> Por último, aunque sin la precisión de la anterior, en una sentencia condenatoria para el Estado mexicano la Corte Interamericana afirmó que la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser “necesaria en una sociedad democrática”, debiéndose entender por ello que ha de “ajusta[rse] estrechamente” a lograr un “interés público imperativo”;<sup>76</sup> lo que, según he dicho, es la expresión esencial del principio de proporcionalidad en sentido lato.

---

<sup>73</sup> *Supra*, nota 71. Comentando este criterio y las ejecutorias relacionadas con él, véanse Alvez, *op. cit.*, nota 1, pp. 380-385; Sánchez Gil, *op. cit.*, nota 70, pp. 481-485; Silva García, *op. cit.*, nota 25, pp. 64-70.

<sup>74</sup> *Supra*, nota 63; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, § 96 y 129.

<sup>75</sup> *Kümel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 58, 70, 74 y 83-84. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos”, en Steiner y Uribe (coords.), *op. cit.*, nota 64, pp. 732 y 733.

<sup>76</sup> *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186. Véanse en general “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. III, diciembre de 2011, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556; y CIDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, § 61, 68, 74 y 81.

Luego de establecerse la jurisprudencia P./J. 130/2007, en distintas ocasiones la Suprema Corte ha empleado la proporcionalidad o sus subprincipios. En los últimos años, aunque no siempre con rigor, se ha visto un uso más sólido y preciso del principio de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>77</sup>

El máximo tribunal sostuvo que dicho principio “irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos”,<sup>78</sup> y lo ha hecho consistir en los siguientes elementos: fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, con lo que adoptó la fórmula clásica alemana, designándolo como *uno de los “parámetros de control de la regularidad constitucional”* que el legislador debe considerar al establecer “las bases, los límites y los procedimientos que regulen o limiten indirectamente [un] derecho constitucional”.<sup>79</sup> Pero en realidad, para decirlo con la mayor exactitud, pese a su rango constitucional y su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad estrictamente no forma parte del referido parámetro, sino que constituye una herramienta interpretativa para formular dicho “criterio o canon de enjuiciamiento” con el que se analizará la regularidad constitucional.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Véase Sánchez Gil, Rubén, “Nuevos apuntes sobre el principio de proporcionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, SCJN, año I, núm. 1, julio-diciembre de 2015, pp. 157-164. <http://bit.ly/2hSOGTE>.

<sup>78</sup> “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXV, octubre de 2013, t. 2, tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), p. 1052.

<sup>79</sup> “DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES QUE SE EMITAN CONFORME A LA CLÁUSULA DE RESERVA CONTENIDA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL”, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 5, abril de 2014, t. I, tesis 1a. CLXIII/2014 (10a.), p. 798.

<sup>80</sup> *Cfr.* Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, 2014, pp. 38, 44 y 45.

### C. Acción de inconstitucionalidad 2/2014

De la máxima importancia para el arraigo del principio de proporcionalidad en México es la acción de inconstitucionalidad 2/2014.<sup>81</sup> En una decisión adoptada por mayoría calificada de ocho votos y por ende *vinculante*, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó dicho principio con suficiente claridad como la *técnica taxativamente indicada* para resolver la colisión de principios constitucionales, particularmente cuando versan sobre los alcances de los derechos fundamentales frente a su afectación legislativa.

Aunque el caso versó acerca de la proporcionalidad de las penas que dispone el artículo 22 de la ley fundamental, fueron *generales y amplios* los términos de la *ratio decidendi* del máximo tribunal que expresó el principio constitucional en función del cual resolvió la cuestión que le fue planteada. Sentados por la Corte los perfiles del principio de proporcionalidad como “límite de los límites” a los derechos fundamentales, subsumió el caso en este concepto general que abarca muchas más especies que la tratada en esa ocasión.

En esta resolución la Suprema Corte afirmó distintas posiciones que consolidan el principio de proporcionalidad, así como sus postulados teóricos y dogmáticos. Señaló que: 1) “cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad constitucional”, para impedir “que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución federal”; 2) toda restricción a los derechos fundamentales debe basarse en una “relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar [el legislador] a través de la medida de intervención respectiva”; 3) la jurisprudencia P./J. 130/2007 es el ancla del principio de “razonabilidad” o “propor-

---

<sup>81</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 23 de marzo de 2015, 5a. sección, con. V, § III, pp. 73-75 (ejecutoria publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 10 de abril de 2015).

cionalidad jurídica” en nuestro sistema jurídico; 4) “el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad, de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar en exceso de poder o de manera arbitraria” (sujetando así al Poder Legislativo a la garantía de motivación material); y 5) debe emplearse su fórmula clásica alemana: fin legítimo, idoneidad, necesidad y “razonabilidad” (concepto que usó en vez de “ponderación” o “proporcionalidad en sentido estricto”, pero con indudable alusión a ésta y en términos muy apegados a la doctrina de Alexy).<sup>82</sup>

Lamentablemente, al momento de escribir estas líneas no se ha publicado en el *Semanario* alguna tesis relativa a la decisión anterior. Sin duda, considerando la práctica jurídica mexicana, dicho sumario y su difusión contribuirían a afianzar el principio de proporcionalidad en nuestro país, lo que otorgaría mayor vigor a los derechos fundamentales.

### III. UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL UNIVERSAL

#### 1. *El texto original*

El ensayo al que introducen estas líneas se publicó originalmente en una importante revista alemana de teoría constitucional y ciencia política, con el mismo título y en una versión breve, particularmente por lo que toca al estudio de caso con que concluye.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 74: “...la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una *finalidad constitucionalmente legítima*; b) debe ser adecuada, *idónea*, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser *necesaria*, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo, y d) debe ser *razonable*, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención” (cursivas añadidas).

<sup>83</sup> “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, *Der Staat*, Berlín, Duncker & Humblot, vol. 51, núm. 2, febrero de 2012, pp. 159-188.

En Alemania hay una sólida tradición de publicaciones periódicas jurídicas; éstas son numerosas y poseen un rango extenso de categorías. Existen publicaciones científicas serias y de vanguardia, con estudios especializados meticulosos, que con frecuencia son palestra de debates doctrinales relevantes;<sup>84</sup> y <sup>85</sup> también hay otras de índole pedagógica y aun divulgativa, dirigidas a estudiantes y practicantes.<sup>86</sup> Figura una especie peculiar: revistas de muy frecuente aparición y de carácter general, no especializado, que contienen estudios serios y relevantes —algunos se han vuelto doctrina clásica—, primordial mas no únicamente sobre temas de actualidad, así como comentarios legislativos y jurisprudenciales, escritos con gran calidad, principalmente por académicos pero también por otros profesionales.<sup>87</sup>

La abundancia de publicaciones jurídicas alemanas indica un par de cosas. En primer lugar, un *gran interés por el conocimiento jurídico y la discusión de sus temas* entre los profesionales del derecho; aunque hay distintos rangos, obviamente, estas publicaciones no son precisamente económicas, su formato no es visualmente llamativo —por lo general, en ellas no abundan los colores—, y habitualmente no recurren a técnicas de mercadotecnia editorial “agresiva” para atraer la atención. En segundo lugar, la existencia de un vigoroso *capital intelectual*, que no sólo se integra por quienes se dedican a la academia, sino también por quienes laboran en otros ámbitos, y que como gremio participan muy activa-

---

<sup>84</sup> Con alcance general, en el ámbito del derecho público destacan la señalada en la nota anterior y el *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR), que se edita desde 1886. Otras publicaciones tienden a la especialización, como la *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGZ), *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) y el *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl).

<sup>85</sup> De hecho, la publicación original de este ensayo suscitó la reacción de Philip Reimer, quien publicó en el mismo medio la réplica citada en la nota 6 anterior.

<sup>86</sup> Entre éstas sobresalen *Juristische Schulung* (JuS) y *Juristische Ausbildung* (JURA).

<sup>87</sup> Esta gama se reduce a dos publicaciones: la semanal (!) *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), que antes de la Segunda Guerra Mundial se publicaba sin el adjetivo en su título que indica su “novedad”, y la quincenal *Juristenzeitung* (JZ), que en diciembre de 2015 celebró su 70o. aniversario.

mente en un verdadero “mercado de ideas jurídicas”, para usar la conocida metáfora del *justice* Oliver Wendell Holmes.

También es importante observar el significado y el contexto de la publicación de la versión posterior en la que se basa la traducción que aquí presento. Como señalé, este documento se incluye en un volumen colectivo, editado por Matthias Klatt, cuyo título en español es *Teoría de los principios y teoría de la ponderación*. La intención de esta obra, en palabras de su editor, fue “conjuntar aportaciones acerca de los más novedosos desarrollos de la [corriente] que fundó Robert Alexy”.<sup>88</sup>

Puede afirmarse que la de este jurista es una escuela doctrinal en el más estricto sentido de la palabra. Se trata de un sistema complejo de concepciones sobre la naturaleza y funcionamiento de los derechos fundamentales —complementado por otros esfuerzos teóricos, filosóficos y argumentativos— que no sólo ha ejercido influencia sobre los discípulos directos del profesor de Kiel, sino sobre muchos otros que carecemos de la fortuna de haber abrevado personalmente de su conocimiento; y que ha traspasado fronteras territoriales, y sobre todo *lingüísticas*, ejerciendo por su traducción al español una poderosa influencia en Latinoamérica.<sup>89</sup> Un reconocimiento formal a la existencia de esta escuela es el volumen colectivo publicado hace prácticamente una década, que discutió la situación de la teoría de los principios y su conveniencia como explicación de los derechos fundamentales no sólo para el sistema jurídico alemán —al que originalmente se enfocó Alexy—, sino como teoría general con pretensiones de validez universal.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> *Supra*, nota 4.

<sup>89</sup> El principal traductor y divulgador de Alexy en lengua española es Carlos Bernal Pulido por lo que respecta al terreno iusfundamental. De esta labor, y aparte de sus trabajos aquí citados, véase en especial Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

<sup>90</sup> Sieckmann, Jan-R. (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grund-rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2007. Véase la presentación de esta obra en <http://bit.ly/22QnlDC>.

El referido volumen editado por Matthias Klatt y publicado por la prestigiada editorial germana Mohr Siebeck, al que pertenece el original del texto aquí presentado, consolida la escuela de Alexy. Aunque éste no se ha sentado en sus laureles y para beneplácito de la reflexión iusfundamental continúa desarrollando su doctrina,<sup>91</sup> sus postulados han adquirido vida propia y ya pertenecen a una amplia comunidad que los discute, los asimila, los complementa y los hace evolucionar. Esto es lo que constituye una verdadera escuela del pensamiento.

Este esfuerzo conjunto profundiza en los pormenores Jurídicos del punto culminante de la teoría de los principios: la ponderación. Todos los conceptos con que el profesor de Kiel elaboró su posición (“principio”, “mandato de optimización”, etcétera) carecen de significado de no ser útiles para la praxis de los derechos fundamentales, la cual obtiene su máxima complejidad en la colisión de esta clase de normas que resuelve en última instancia la ponderación.

Los estudios de dicho volumen son una valiosa profundización en los intrincados conceptos y problemas de esta operación jurídica. Fueron realizados por un grupo variopinto de juristas que refleja los alcances de la teoría de los principios; entre éstos se cuentan discípulos directos alemanes del profesor Alexy (Klatt y Martin Borowski)<sup>92</sup> y dos latinoamericanos (el destacado brasileño Virgílio Afonso da Silva y el peruano Jorge Alexander Portocarrero Quispe), así como “nietos académicos” del fundador de esta escuela (Meister, Johannes Schmidt y otros).

El volumen al que me refiero es muy relevante para afirmar teóricamente el principio de proporcionalidad y la ponderación

---

<sup>91</sup> Uno de sus más recientes trabajos, del que ojalá pronto tengamos una versión española, es “Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit” (Dignidad humana y proporcionalidad), *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, vol. 140, núm. 4, 2015, pp. 497-513.

<sup>92</sup> Véase su estupenda monografía *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.



en particular. Todos los trabajos que lo componen se ocupan de un aspecto importante para robustecer estos conceptos en el paradigma de los derechos fundamentales; pero el trabajo de Klatt y Meister al que anteceden estas líneas es de vital importancia. No es sólo una *explicación integral y muy detallada* de la proporcionalidad y sobre todo de la ponderación, sino también un *vehemente y contundente alegato* contra las objeciones que se les han opuesto. Su difusión en nuestro país debe ayudar a comprender estas figuras que, cuando no son ignoradas, a veces son aplicadas sin precisión, e incluso vistas con recelo, pese a que han sido ya establecidas por la jurisprudencia de la Suprema Corte y la de la Corte Interamericana como criterio determinante de los alcances de los derechos fundamentales.

## 2. *Un alegato contundente*

No ha faltado oposición al principio de proporcionalidad. Voces tan prestigiadas como las de Jürgen Habermas o Bernhard Schlink se han manifestado contra él, fundamentalmente por la subjetividad que le atribuyen y la arbitrariedad judicial que parece propiciar.<sup>93</sup> Klatt y Meister se ocuparon de las principales objeciones a la proporcionalidad, no sólo respecto de Alemania, sino en el marco de una muy amplia discusión de alcances transnacionales que ha tenido lugar desde 2009 en las páginas del muy reconocido *International Journal of Constitutional Law* (“I·CON”), iniciado por un artículo de Stavros Tsakyrakis (*cf.* p. 8),<sup>94</sup> a quien nuestros autores replican constantemente en su trabajo.

---

<sup>93</sup> Un resumen de la disputa alemana, concluyendo también contra la ponderación y Alexy, puede verse en Tschentscher, Axel, “Interpreting Fundamental Rights – Freedom versus Optimization”, en Pünder, Hermann y Waldhoff, Christian (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, Hart, 2014, pp. 43-56.

<sup>94</sup> “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press-Universidad de Nueva York, Escuela de Derecho, vol. 7, núm. 3, julio de 2009, pp. 468-493.

Sus autores expresaron que el objetivo del trabajo que aquí se presenta fue “indaga[r] la medida en que podría justificarse el principio de proporcionalidad como elemento de un constitucionalismo global, es decir, como principio constitucional universal” (p. 8), en el contexto del referido debate internacional. En otras palabras, su propósito fue determinar si la proporcionalidad puede ser una *elaboración teórica generalmente aplicable* para determinar los alcances de los derechos fundamentales y los límites de su restricción, porque resulta conveniente a su naturaleza, y favorece su fuerza normativa y la racionalidad de su operación, con independencia de cómo se formulen constitucional y convencionalmente.

Cinco temas relativos a dicho principio en general, y en particular a la ponderación, constituyen el objeto específico del examen de nuestros autores: 1) la supuesta primacía absoluta de los derechos fundamentales; 2) la injerencia de las valoraciones morales; 3) la pretendida inconmensurabilidad de los principios constitucionales; 4) el mecanicismo que se atribuye al examen relativo, y 5) la interpretación amplia, exorbitante, que se otorga a los derechos fundamentales. Todos convergen en un problema fundamental: la *supuesta falta de racionalidad* del examen de proporcionalidad que alentaría la arbitrariedad de los jueces, un reproche del que nuestros autores tampoco dejan de dar cuenta, y cuya refutación es el fin último de su estudio.

Es cierto que sobre todo en sus etapas incipientes de elaboración o en las primeras experiencias con este principio y su fase de ponderación, su realización ha sido azarosa y polémica; pero contra esta práctica rudimentaria, Klatt y Meister proponen un antídoto: *una vigorosa argumentación*. La “desbocada” discrecionalidad judicial no es una recriminación limitada al principio de proporcionalidad, sino que se extiende a la misma concepción neoconstitucional que tiene de trasfondo, y esa misma solución cimienta toda esta posición jurídica. Los amplios poderes que esta concepción “expansiva” de la Constitución otorga al juzgador encuentran legitimidad mientras su ejercicio se base en “un

depurado razonamiento práctico” que compense su amplitud.<sup>95</sup> Y hacia un refinado rigor argumentativo nos conducen nuestros autores, mostrando —y demostrando— que el examen de proporcionalidad y la ponderación son los instrumentos que brindan las mejores respuestas sobre los alcances y el significado de los derechos fundamentales.

El trabajo al que introducen estas líneas constituye, por tanto, un alegato contundente a favor del principio de proporcionalidad. Metódicamente, una por una, se ocuparon de estas críticas y aportaron argumentos minuciosos para rebatirlas, demostrando al final de su estudio, mediante el análisis de un caso particular, la superioridad técnica de dicho principio para resolver los difíciles conflictos iusfundamentales de modo preciso y racional, e incluso predecible en aceptable medida. Es ejemplar la manera en que Klatt y Meister analizaron los temas que componen su trabajo: su examen fue detenido y estudiaron las premisas de esos tópicos, sus implicaciones y, halladas sus deficiencias, rebatieron las objeciones formuladas al principio de proporcionalidad con una argumentación directa y basada en el paradigma de la teoría de los principios. Simple y sencillamente no dejaron títere con cabeza.

### 3. *La discusión transnacional*

El debate sobre el principio de proporcionalidad ya no se limita a un particular sistema jurídico. Ahora tiene alcances globales, como manifiesta el estudio presentado en estas líneas.

Desde su mismo título, Klatt y Meister no pretendieron que su estudio tuviera significado sólo para Alemania, sino también para otros ordenamientos nacionales y para el derecho internacional de los derechos humanos. Buscaron fundar la aplicación *universal* del principio de proporcionalidad, demostrando que forma parte de un constitucionalismo global.

---

<sup>95</sup> Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 47 y 48.

La formación de un constitucionalismo globalizado deriva de un procedimiento muy complejo en el que han formado parte muchos actores de la más diversa índole. Es producto de la convergencia de las transformaciones que ha sufrido en las últimas décadas el poder del Estado y sus alcances frente a una “sociedad internacional compleja” que requiere la apertura de lo nacional a opciones políticas, jurídicas y económicas sobre las que el ámbito nacional tiene poco o nulo control. Este fenómeno presenta diversas facetas: la exigencia de la confrontación de paradigmas, la internacionalización de materias que eran típicamente pertenecientes al terreno constitucional —como los derechos humanos—, la “constitucionalización” del ámbito jurídico internacional, y el “diálogo” o “intercambio” entre operadores jurídicos, entre otros.<sup>96</sup>

El “constitucionalismo global” es “transnacional”, pues “trasciende las naciones... va más allá de lo nacional, pero no es propiamente internacional”.<sup>97</sup> Más que fórmulas normativas precisas, lo que este desarrollo supone es un conjunto de *valores fundamentales* que comparte un grupo amplio de ordenamientos —no limitado a los domésticos, sino que también incluye los internacionales— que se cifran en los conceptos de *derechos humanos*, *democracia* y *garantía jurisdiccional*,<sup>98</sup> y la convergencia en concep-

---

<sup>96</sup> Cfr. Serna de la Garza, José María, “Globalización y derecho constitucional comparado”, en Von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor y Morales Antoniazzi (coords.), *op. cit.*, nota 7, t. II, pp. 764 y ss.

<sup>97</sup> Distinguiendo los conceptos a los que, en su opinión que comparto casi plenamente, aluden los términos “transnacional” —cuya definición adopté aquí—, “supranacional” e “internacional”, véase Gómez Pérez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa-PUDH-IMDPC, 2016, pp. 44-50. Cfr. Rivero Evia, Jorge, *Sistemas supranacionales de impartición de justicia: su impacto jurisprudencial*, Mérida, Universidad Autónoma de Yucatán, 2015, pp. III y 61.

<sup>98</sup> Cfr. Arango, Rodolfo, “Fundamentos del ‘*ius constitutionale commune*’ en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”, en Von Bogdandy, Armin, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *“Ius constitutionale commune” en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, 2014, p. 26.

nes e interpretaciones a su respecto.<sup>99</sup> La existencia de este conjunto permite el auge del derecho constitucional comparado,<sup>100</sup> el cual a su vez propicia un enfoque jurídico verdaderamente científico, porque no restringe el conocimiento del derecho a la mera explicación de los sistemas nacionales, sino que ve este fenómeno con una perspectiva más amplia, incluso con pretensión de universalidad.<sup>101</sup> Este *ius constitutionale commune* es un ambiente propicio para el principio de proporcionalidad.

Pero, a su vez, dicho principio y la discusión a su respecto quizá sea el elemento que hace evidente aquella comunidad de ideas constitucionales. En la pluralidad de ordenamientos que la integran puede haber diferencias culturales que ocasionen diferentes aplicaciones de los postulados que tienen como denominador común; piénsese en la diversa percepción que puede haber respecto de derechos fundamentales en particular, como la libertad de expresión o las precisas reglas del debido proceso. Ello no se da con relación al examen de proporcionalidad: los problemas a que éste da lugar son abstractos y generalizados en todos los ordenamientos, y pueden cifrarse en la cuestión de su racionalidad.

Klatt y Meister se ocuparon de las especies fundamentales de estos problemas, y lo hicieron en el marco de una discusión transnacional en torno a los referidos problemas generales. Los participantes en esta polémica global ya no son sólo alemanes, sino que les corresponden muy diversas nacionalidades; no obstante, una cosa los caracteriza: sus reflexiones no sólo aplican a sus propios ordenamientos —cuando efectivamente los toman como objeto y no adoptan un enfoque comparativo—, sino también a otros.

---

<sup>99</sup> Cfr. Häberle, Peter, “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 18-21.

<sup>100</sup> Véase *ibidem*, pp. 11-16.

<sup>101</sup> Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado. Metodologías de investigación*, trad. de César Astudillo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 30.

En Alemania, en México o en el ámbito internacional europeo, la proporcionalidad suscita las mismas dudas y dificultades. ¿Cómo controlar la discrecionalidad de los operadores que la realizan, los judiciales en particular?, ¿menoscaba la eficacia de los derechos fundamentales?, ¿es un procedimiento que permite soluciones racionales a los problemas jurídicos?, son preguntas que en torno a este principio comparten los juristas de los ordenamientos que lo han adoptado. Sin importar el sentido en que se resuelva esta polémica, su mera existencia revela que la proporcionalidad es por lo menos un problema universal para el derecho constitucional.

#### 4. El caso “*Otto-Preminger-Institut*”

Por su abstracción, es muy difícil exponer el principio de proporcionalidad. Resulta preciso referir ejemplos prácticos que ilustren los huidizos postulados en que se basa y los difusos conceptos que utiliza. Por tanto, es muy acertado que Klatt y Meister culminaran su alegato mostrando la aplicación de sus conceptos y posiciones con el examen pormenorizado de una resolución judicial.

Para ilustrar las ventajas y el poder de la proporcionalidad, de la ponderación y de la fórmula del peso de Alexy, nuestros autores eligieron el caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es significativo que lo hicieran porque se trata, como señalaron, de una resolución frecuentemente aludida para criticar la proporcionalidad; así que su análisis combate a los enemigos de este principio con sus propias armas. Aparte de lo anterior, tal elección es importante por otro motivo.

En mi experiencia, Estrasburgo no emplea adecuadamente el principio de proporcionalidad,<sup>102</sup> pese a que lo ha invocado

---

<sup>102</sup> “El Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] frecuentemente ha usado la metáfora de la ponderación (*balance metaphor*) de una manera que poco apaci-

—al menos en esencia— desde sus primeras decisiones<sup>103</sup> y lo estableció como criterio determinante de su célebre concepto de “margen de apreciación nacional”.<sup>104</sup> Este tribunal ni siquiera, según mi conocimiento, ha establecido las etapas del examen de proporcionalidad con el rigor técnico con que lo hizo la Corte Interamericana en *Kimel*, siguiendo la fórmula clásica alemana con los matices de Alexy,<sup>105</sup> pese a la directa influencia que sobre él ejerció el modelo germano.<sup>106</sup> La relevancia de estas deficiencias estriba en la enorme influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los sistemas nacionales de su región y otras jurisdicciones, como la interamericana.

El caso *Fabris*<sup>107</sup> es buen ejemplo del burdo empleo de la proporcionalidad por parte de Estrasburgo. A riesgo de simplificar demasiado, este asunto versó acerca del conflicto entre el derecho a la igualdad de un hijo ilegítimo al que por ese motivo se le negaron sus derechos sucesorios y la seguridad jurídica de sus medios hermanos legítimos basada en la firmeza del reparto he-

---

guaría los peores temores de Habermas”. Greer, Steven, “‘Balancing’ and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate”, *Cambridge Law Journal*, Cambridge, R.U., Universidad de Cambridge, vol. 63, núm. 2, 18 de junio de 2004, p. 416.

<sup>103</sup> Por ejemplo: *Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique” c. Belgique*, núms. 1474/62 *et al.*, fondo, 23 de julio de 1968, cons. jurs., § B.10 y B.32 (sobre la exigida “relación [razonable] de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido” [cursivas añadidas]).

<sup>104</sup> *Handyside c. Royaume-Uni*, núm. 5493/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 49. Véanse Sudre, Frédéric, “Le contrôle de la marge nationale d’appréciation”, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 6a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2011, p. 81; Sánchez Gil, Rubén Antonio, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, pp. 194 y 195, <http://bit.ly/1jeqGWK>.

<sup>105</sup> *Supra*, nota 75.

<sup>106</sup> Véase Bernal Pulido, Carlos, “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *op. cit.*, nota 16, t. IV, vol. 1, pp. 252-259.

<sup>107</sup> *Fabris c. France*, núm. 16574/08, fondo, 7 de febrero de 2013, § 56, 66, 70-73.

reditario de años atrás. El Tribunal Europeo pretendió aplicar el principio que analizamos; así lo indica que usara expresiones como “proporcionalidad” y “fin legítimo” para revisar si hubo trato discriminatorio. Al final concluyó que la seguridad jurídica de los medios hermanos “no era de un peso tal que l[a] h[icier]a prevalecer sobre la pretensión [de igualdad] del demandante”, ofreciendo motivos que en realidad sólo afirmaban la igualdad entre los hijos legítimos e ilegítimos con base en una “clara tendencia” comparada, punto que no estaba a discusión, sino la relación de este innegable derecho frente a la firmeza de una situación sucesoria previa. Pienso que el resultado de este caso habría sido muy diferente si en él Estrasburgo hubiera empleado con rigor la fórmula del peso alexiana, y comparado el peso abstracto de ambos derechos en conflicto, la intensidad y la certeza con que recíprocamente se afectaban,<sup>108</sup> como nuestros autores mostraron en su estudio.

La deficiente práctica del principio de proporcionalidad —en particular de la ponderación— no es privativa del Tribunal de Estrasburgo, sino que es habitual en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, salvo por lo ya dicho respecto de la Corte Interamericana. General y esencialmente se mantiene una terminología que corresponde a la estructura clásica de la proporcionalidad *lato sensu*, y se emplean nuestros ya conocidos conceptos de “fin legítimo”, “idoneidad” y “necesidad”; pero usualmente, ya que parece negar el margen de apreciación nacional, se dice que en su última fase se lleva a cabo una “ponderación”, que se realiza de un modo “vago, *ad hoc*” y “extendidamente vacío”. Al no advertirse “reglas o principios que guíen el mismo acto de la ponderación”, o que éstos se hagan explícitos, se le percibe en el terreno internacional como un procedimiento

---

<sup>108</sup> El caso no era fácil, porque el peso concreto de las posiciones jurídicas en conflicto podía estimarse en grados idénticos, pero entraba en juego el “margen de apreciación nacional” para favorecer al Estado, de modo similar a como lo harían los principios democrático y de división de poderes en el ámbito doméstico. *Cfr. supra*, nota 38.



caprichoso que no garantiza los derechos. Y en este ámbito también se formulan al principio de proporcionalidad y a la ponderación las mismas objeciones que se le han dirigido en el ámbito constitucional, a las cuales Klatt y Meister replican en el estudio que sigue a estos párrafos.<sup>109</sup>

## 5. *El estilo alemán*

En el aspecto formal, el trabajo que aquí se presenta tiene una configuración típicamente alemana. No sólo es un estudio puntual de su tema, sino que también son profusas las citas de otros autores que contiene. Esta última es una de las más señaladas características de los trabajos académicos germanos; a ella se refirió Fernando Savater —por la imaginaria pluma de Voltaire— con un tono de reproche que no hace justicia a su importancia actual.<sup>110</sup> El usualmente abultado número de referencias en el aparato crítico de los estudios jurídicos alemanes es signo de la alta calidad de su actividad científica.

La auténtica ciencia se caracteriza por su claridad, precisión y comunicabilidad.<sup>111</sup> En particular, en el ámbito de las humanidades, la referencia exacta a las fuentes de una investigación (entendida por tal cualquier elemento que pretende extender el

---

<sup>109</sup> Cfr. De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, R. U., Cambridge University Press, 2014, pp. 368, 378-380 y 511.

<sup>110</sup> “El [filósofo] alemán escribe para un público de profesores y de estudiantes, para catedráticos, para doctores en teología, para eruditos... es decir, para gente que tiene la obligación de leerle y que por rivalidad académica buscará con lupa la menor de sus inexactitudes. No quiere interesar al hombre de la calle, al simple particular: por el contrario, quiere mantenerle a distancia respetuosa mediante todos los trucos de una palabrería más abstrusa que culta”, *El jardín de las dudas*, Barcelona, Planeta (Booket), 2006, p. 60. Cfr. Grafton, Anthony, *Los orígenes trágicos de la erudición. Breve tratado sobre la nota a pie de página*, trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 132.

<sup>111</sup> Véase Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, México, Nueva Imagen, 2002, pp. 20-23.

conocimiento), es un instrumento para reportar la información tomada en cuenta por su autor y la manera en que la utiliza. El aparato crítico de la comunicación de un trabajo verdaderamente científico sirve para que su auditorio pueda controlar y verificar las posiciones afirmadas, dándole la posibilidad de acudir a su origen y constatar la manera en que el autor manejó los datos que obtuvo y la interpretación que les dio, pero también para proporcionar información adicional para el análisis que efectúa.<sup>112</sup>

Lo anterior es de la mayor importancia para el cultivo del derecho. Si aceptamos que la argumentación jurídica es un “caso especial” de la argumentación práctica general porque busca las razones que sostengan una decisión que se pretende sea la aplicación “correcta” de las normas jurídicas válidas en un tiempo y lugar determinados,<sup>113</sup> el correspondiente discurso debe demostrar la existencia de éstas en el seno de un determinado paradigma del conocimiento jurídico,<sup>114</sup> y que el procedimiento con que se despliegan sus consecuencias se apega a determinados postulados del mismo *corpus* epistemológico. Esto no significa que otras clases de discursos carezcan de validez; puede ser muy atendible la opinión expresada, por ejemplo: desde una luenga experiencia profesional, pero no será más ni menos que eso, una opinión, y no una actividad científica en sentido estricto.<sup>115</sup>

El estudio de Klatt y Meister es un referente muy ilustrativo de lo anterior. Por respetable y válido que pudiera ser, sus posi-

---

<sup>112</sup> Cfr. Grafton, *op. cit.*, nota 110, pp. 135 y 136.

<sup>113</sup> Véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 206-213.

<sup>114</sup> Sobre el concepto de “paradigma científico” y sus cambios, véase Kuhn, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 4a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica (Breviarios, núm. 213), 2015.

<sup>115</sup> Bobbio, Norberto, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma, Laterza, 2011, p. 6: “[L] ideale del rigore, senza il quale non c'è scienza, nel senso tradizionale della parola, ma solo opinione”.

ciones no habrían de ser más que un simple parecer, de no apoyarse en las numerosas fuentes que usaron críticamente para elaborarlo; justamente la referencia precisa a éstas permite afirmar la categoría científica de su estudio. A todo lo largo de su trabajo, nuestros autores indican *con toda precisión* el origen de las ideas que emplearon para construir sus argumentos, las afirmaciones de quienes mantienen posiciones opuestas, las fuentes jurídicas que cimentan su discurso, y aportan información que ayuda a comprender mejor su pensamiento o profundizar en sus conceptos. Quien desee verificar sus aseveraciones no tiene más que acudir a las obras que aluden para confirmar sus asertos o advertir sus errores, y en su caso señalarlos.

La minuciosa puntualidad con que nuestros autores refieren los datos que utilizaron para arribar a sus conclusiones, tan habitual en la academia jurídica alemana, permite reconocer legitimidad científica —por ser claro, preciso y comunicable— al reporte del curso heurístico de su actividad, aunque resultara equivocada, pues la falibilidad también es un atributo de la ciencia.<sup>116</sup> La actividad científica humanista es más amiga de la reflexión disciplinada que de la inspiración o de la ocurrencia, y la primera sólo puede mostrarse mediante una ardua labor que dé cuenta de ella con la mayor exactitud posible. Tal rigor en ocasiones se echa de menos en nuestro país, incluso en trabajos que intentan pasar como una labor de investigación científica jurídica.

## 6. Traducción y edición

Al traducir el estudio de Klatt y Meister intenté “dar al lector la ilusión de que tiene acceso directo al original”.<sup>117</sup> Lo hice, entre otras maneras, conservando los textos en inglés que contiene su trabajo para transmitir la naturalidad en su manejo que pre-

---

<sup>116</sup> Bunge, *op. cit.*, nota 111, p. 9.

<sup>117</sup> Leys, Simon, “La experiencia de la traducción literaria”, trad. de José Manuel Álvarez-Florez, *Letras Libres*, México, año XVIII, febrero de 2016, p. 8.

sentan los autores, mismos que al cabo son relativamente accesibles al público hispanohablante al que se dirige esta publicación. Sin embargo, no logré hacerme imperceptible, y prefiero que así haya sido.

En mi versión hay buen número de “notas del traductor” que tienen distintos fines: aportar información que aclare algún concepto empleado en el texto o en su traducción, brindar algún dato que facilite la comprensión, proporcionar fuentes de información adicionales, entre otros. Atrás señalé que este estudio tiene importancia vital para la defensa de los derechos fundamentales en México; en un ejercicio de “ponderación” concluí que esta finalidad última, a la que sirve proporcionar información relevante y conveniente para entender las ideas expuestas, es de mayor importancia que cumplir con rigor exacerbado los principios que rigen el verter un texto a otro idioma. O quizá se trate de una peculiaridad que distingue la traducción de textos académicos de otras especies.<sup>118</sup>

Mi edición consistió primeramente en adaptar el formato de los epígrafes del texto de Klatt y Meister a las especificaciones para libros que señalan los criterios editoriales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Siendo en su origen un capítulo de obra colectiva, el original se presenta en forma de ensayo, por lo que era necesaria esta modificación formal para ajustarlo a la presente publicación. Aparte de variar el sistema de numeración de sus encabezados y acomodar éstos, pero siempre manteniendo su jerarquía y la integridad del texto, designé sus secciones principales como “capítulos” y les di el trato que se observa en esta publicación. Sin variar su contenido, añadí algunos epígrafes para introducir algunas porciones del texto que carecían de ellos, con la intención de que dichos títulos mejoren su lectura.

---

<sup>118</sup> Para iniciarse en las dificultades de esta labor véase Frost, Elsa Cecilia (comp.), *El arte de la traición o los problemas de la traducción*, 2a. ed., México, UNAM, 2000.

Otros cambios tienen la misma índole formal que el anterior. Modifiqué la forma en que los autores presentaban las conclusiones de su estudio, únicamente introduciendo los ordinales que distinguen cada una de ellas, para darles un estilo parecido al que en nuestro medio tienen esos elementos en una tesis de grado. Y, por último, incluí y anoté la lista final de fuentes bibliográficas y hemerográficas que nuestros autores citaron en su estudio, de la cual carece el original.

El segundo aspecto de mi edición es más sustantivo. Consistió en uno de mis empeños por brindar un texto más “directo” al lector en el sentido apuntado párrafos atrás. Con cuidado sustituí las referencias a la versión inglesa de las principales obras de Robert Alexy, que con frecuencia citaron nuestros autores, por las correspondientes a su traducción al español.<sup>119</sup> El fin resulta obvio: es más probable que el lector hispanohablante tenga acceso a la edición en castellano de dichas obras, y tener la referencia a ella le permitirá consultar la cita precisa. Asimismo, mantuve o incluí las referencias a las versiones alemanas de esas obras para remitir al pensamiento original del profesor de Kiel, fuente que en lo posible debe preferirse.

Estas modificaciones fueron acordadas con los autores. Agradezco su esfuerzo para examinarlas e intercambiar conmigo puntos de vista a su respecto, y así presentar una digna y legítima versión en español de su importante trabajo. Mi gratitud también a Héctor Morales Zúñiga por su atinada revisión de esta labor.

#### IV. COMENTARIOS FINALES

Klatt y Meister contribuyen a demostrar que no hay más solución que el examen de proporcionalidad para resolver los conflictos entre principios constitucionales de manera objetiva, racional y comprensible, o que logre estas calidades en mayor grado. Otras opciones parecerán más fáciles, pero su sencillez no asegura su

---

<sup>119</sup> *Op. cit.*, notas 10, 49 y 113.

corrección ni la plena eficacia de las disposiciones constitucionales relevantes en cada caso. A mi juicio, corrobora el valor del principio de proporcionalidad *lato sensu* la persistencia de su fórmula clásica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.<sup>120</sup>

La recepción y el desarrollo del principio de proporcionalidad en México no ha sido fácil. Aun en este momento hay juristas mexicanos que ignoran su misma existencia o que lo aplican rudimentariamente —alegar un fin legítimo para avalar cualquier restricción a los derechos fundamentales no es “ponderar”—. Pero nuestros tribunales, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han mejorado su aplicación en los últimos años,<sup>121</sup> y con una fórmula teóricamente correcta hoy se encuentra establecido mediante *jurisprudencia vinculante del Pleno del máximo tribunal* como el criterio para delimitar los derechos fundamentales y resolver los conflictos normativos en que intervienen.<sup>122</sup>

El siguiente paso es profundizar en el conocimiento de la estructura del principio de proporcionalidad y precisar su aplicación. A este propósito nos será de singular utilidad el estudio de Matthias Klatt y Moritz Meister al que introducen estas líneas.

---

<sup>120</sup> Por ejemplo: 1 BvR 931/12, 14 de enero de 2015, § 54, <http://bit.ly/1AkQyLM>; 1 BvR 3102/13, 12 de enero de 2016, § 53, <http://bit.ly/1REybuC>; 1 BvL 6/13, 12 de enero de 2016, § 53, <http://bit.ly/1ocqLRE>; y 2 BvR 2748/14, 14 de julio de 2016, § 17, <http://bit.ly/2bDnOX5>.

<sup>121</sup> Una de las más sofisticadas aplicaciones del principio de proporcionalidad por la Suprema Corte es el caso *Mariguana* (Primera Sala, amparo en revisión 237/2014, 4 de noviembre de 2015). Como se sabe, el máximo tribunal resolvió en él que diversas personas tienen derecho a esa sustancia para efectos lúdicos, contrastando su libertad genérica de acción —que en Alemania sentó el caso *Elfes* (BVerfGE 6, 32), citado por la Corte en la referida ejecutoria— con los fines que persigue la prohibición de dicho consumo. Las tesis relativas a este asunto aparecieron en el *Semanario Judicial de la Federación* el 25 de noviembre de 2016; véase en particular “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL” (tesis 1a. CCLXIII/2016).

<sup>122</sup> En virtud de lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 2/2014, como expone *supra*, § II.2.C.

Dicho ensayo contesta las principales objeciones que se le han formulado, y lo hace con un rigor científico que las supera. Ello abonará el camino para la mayor aceptación en México de dicho principio y su mejor implementación.

El principio de proporcionalidad muestra también que aplicar los derechos no es cosa de discursos, sino objeto de una *técnica muy elaborada*, reacia a soluciones fáciles. El respectivo examen evade respuestas abstractas o superficiales. En cambio, exige un análisis minucioso del caso concreto,<sup>123</sup> cuya dificultad compensa la obtención de la mejor respuesta jurídica para la situación particular. Conocer esta técnica es imperativo para cualquier jurista, porque sólo con ella puede darse una solución exacta a los problemas de los derechos fundamentales, que de otra forma no hallarían respuesta satisfactoria.

Hay todavía mucho que explorar y debatir en México respecto del principio de proporcionalidad, pero eso es justamente lo que necesitamos.<sup>124</sup> Y ello debe hacerse con base en vigorosas posiciones teóricas y dogmáticas, elaboradas precisamente para los retos de nuestro ordenamiento. Sirva el magnífico estudio que presentan estas líneas como herramienta e inspiración para ello.

---

<sup>123</sup> Una fórmula reiterada en la jurisprudencia alemana con el sentido apuntado puede verse en 2 BvL 1/12, 15 de diciembre de 2015, § 93, disponible en <http://bit.ly/1LO9zNI>.

<sup>124</sup> Así lo muestra la ejecutoria de un reciente precedente —afortunadamente hoy aún aislado— en exceso condescendiente con el legislador, dogmático y que implementó sin cuidado el examen de proporcionalidad: “VIOLACIONES PROCESALES. EL ARTÍCULO 174 DE LA LEY DE AMPARO, AL ESTABLECER QUE EL QUEJOSO DEBE PRECISAR LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON EN SU PERJUICIO AL RESULTADO DEL FALLO, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS”, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 29, abril de 2016, t. II, tesis 2a. X/2016 (10a.), p. 1371.