

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO HERMENÉUTICO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Rogelio López Sánchez
Área de Filosofía del Derecho
Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica
Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

La presente contribución realiza un análisis crítico sobre la aplicación judicial del principio de proporcionalidad para la concretización del contenido material de los derechos fundamentales, en contraposición a las posturas divergentes, que señalan que este instrumento ha traído inseguridad al plano de la interpretación constitucional, dada la visión de los derechos fundamentales como principios y de establecer una jerarquía axiológica movediza, además de inestabilidad e imprevisibilidad a la solución del mismo conflicto en casos futuros. La visión que ofrecemos sitúa al principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

PALABRAS CLAVE.

principio de proporcionalidad, principios, derechos fundamentales, hermenéutica jurídica.

ABSTRACT.

This paper's intention is to analyze the reasonableness test as a hermeneutic criterion of constitutional justice when resolving hard cases of human rights. Therefore we study the critics against the reasonableness test as an instrument that create conditions a lack of legal certainty to the level of constitutional interpretation, because the vision of human rights as a principles turning this in a shifting axiological hierarchy, and no resolving the principal conflicts and being unpredictable the solutions of the same conflict in future cases. So, our point of view is to placed the reasonableness test model inside the neoconstitucionalism, able of providing an humanistic reasoning and legal knowledge to take into account the factors and circumstances of understand not only linguistic but cultural barriers and the distance between the text and the present day needs and realities of contemporary society.

KEY WORDS.

reasonableness test, principles, human rights, legal hermeneutic

SUMARIO:I. Introducción. II. La hermenéutica jurídica en los conflictos de derechos fundamentales. III. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. IV. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, el constitucionalismo contemporáneo ha tenido un impacto significativo en el mundo jurídico continental europeo, debido a sus innumerables propuestas, a partir de una concepción material de Constitución y las distintas formas de interpretarla, así como la revaloración de los principios contenidos en los textos fundamentales¹.

¹ CARBONELL, Miguel (Coord.): *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; CARBONELL, Miguel (coord.): *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2008; CARBONELL, Miguel (coord.): *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003; M. CRUZ, Luis: *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005; AGUILERA PORTALES, Rafael (Coord.): *Neoconstitucionalismo, democracia y*

Dicho cambio de paradigma, se originó con el nacimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y la prolija labor jurisprudencial de su Tribunal Constitucional creado en 1951². Este ejemplo fue seguido por otras naciones como la italiana con la promulgación de su Constitución en 1947, y con la creación de su Corte Constitucional en 1956³. Este proceso fue dándose paulatinamente en España y Portugal respectivamente, influenciados por la jurisprudencia germana en la estructura

derechos fundamentales, México, Porrúa, 2010; TORRES ESTRADA, Pedro (coomp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006; POZZOLO, Susanna: *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; MAZZARESE, Tecla (ed.): *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

² POLAKIEWICZ, Jörg: “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, p. 45; STERN, Klaus: “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, Septiembre-diciembre 1988; SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 7, Enero-febrero 1979, pp. 7-35.

³ BARROSO, Luís Roberto: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*, México, UNAM, IJ, 2008, pp. 2 y ss.

argumentativa de sus sentencias basadas en valores y principios contenidos en el mismo texto fundamental.

Teóricos del derecho y de la filosofía política de la talla de Paolo Comanducci⁴, Riccardo Guastini, Susanna Pozzolo⁵ y Mauro Barberis, han debatido en torno a la posibilidad del replanteamiento en la esfera de derecho constitucional ante los serios cuestionamientos que enfrentaba, ocasionados por la influencia formalista, que devino en una grave crisis de constitucionalidad. Este nuevo constitucionalismo ha propiciado el replanteamiento de muchas instituciones

⁴ Paolo Comanducci y Riccardo Guastini nos ofrecen distintas formas de plantear el neoconstitucionalismo: como método, como teoría y como ideología. COMANDUCCI, Paolo, "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico", en CARBONELL, Miguel (ed.): *Neoconstitucionalismo*, *op.cit.*, pp. 83 y ss.

⁵ Se atribuye el uso del término a Susanna Pozzolo durante el desarrollo del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. POZZOLO, Susanna: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho), no. 21-II, Alicante, 1998, pp. 339-353.

del derecho, como lo son los derechos fundamentales.

El constitucionalismo contemporáneo y su concepción de derechos fundamentales como valores y principios, han traído enormes desafíos a los intérpretes constitucionales al momento de concretizar el contenido material de los derechos fundamentales. La vaguedad e indeterminación de las normas de derecho constitucional y su derrotabilidad en el plano de la jurisdicción constitucional en los casos difíciles, exige un ejercicio hermenéutico complejo de individualización, a partir de las limitaciones externas a los principios que se encuentran en conflicto⁶. Por

⁶ Respecto a los casos difíciles a los que nos referimos, coincidimos con la tesis del Profesor Alberto del Real, en torno a la indeterminación del derecho que convierte la labor de los jueces en un deber impreciso, pues la decisión del juez "no se encuentra configurada de forma precisa ni delimitada de forma nítida", así como las consecuencias significativas de la vaguedad e indeterminación en el sistema jurídico; lo anterior, en contraposición a la concepción del sistema jurídico como sistema completo, capaz de brindar todas las respuestas a los jueces en su labor jurisdiccional. DEL REAL, ALCALÁ, Alberto: "Deber judicial de resolución y casos difíciles", en *Panóptica*, Brasil, Año 3, Num. 18, Marzo-Junio 2010, p. 21; Del mismo autor: "¿'Paradoja' de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?" en

tanto, nuestra propuesta se basa en el empleo del principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional para la concretización de los derechos fundamentales.

II. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN LOS CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

La interpretación constitucional ha sufrido severas transformaciones que han modificado la visión formalista que los operadores del derecho tienen cuando resuelven casos difíciles. La crisis del positivismo jurídico relacionada con la negativa de aceptar una posible conexión entre el derecho y la moral, fue uno de

Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Revista de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, n.º 15, Madrid, 2007; *¿Certeza del Derecho vs. Indeterminación jurídica? El debate entre Positivistas y Antipositivistas*”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, ARSP Beiheft Nr. 106, volume I (Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analysis, Moreso, J.J., ed.), Franz Steiner Verlag, Stuttgart, 1st Edition 2007, pp. 94-106. ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Editorial Dykinson, 2007.

los debates sostenidos durante la crisis del positivismo jurídico en el siglo pasado⁷. Dicha discusión se centró básicamente en determinar la fundamentación ética del derecho, es decir, la influencia que tenían los principios morales en el derecho positivo vigente. Este replanteamiento del positivismo jurídico ha permitido una visión más amplia y flexible del derecho así como los problemas relativos a los derechos fundamentales, en donde se encuentran involucrados principios éticos.

Desde ese entonces, la reconexión entre el derecho y la moral ha sido parte de un sinnúmero de intentos conceptuales y metodológicos en la teoría del derecho⁸. Esto lo podemos observar también en autores como Hart o Ross, quienes

⁷ Algunos filósofos del derecho que aceptan una conexión entre el derecho y la moral se encuentran: Garzón Valdés, Neil MacCormick, Theodor Viehweg, Santiago Nino, Joseph Raz, Robert Alexy, Pérez Luño, por otra parte, entre quienes sostienen que tal nexo no existe están: Roberto Vernego, Eugenio Bulygin, Diego Farrell, Eduardo Rabossi. *Vid.* VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.): *Derecho y Moral*, Barcelona, Gedisa, 1998.

⁸ BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1998, p. 33.

sostienen una corrección del derecho positivo, a partir de la separación conceptual entre el derecho y la moral o aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad⁹. Tradicionalmente, se reconocían la interpretación gramatical, lógica e histórica. Savigny afirmaba por una parte, que la interpretación lógica consistía en “la presentación del contenido de la ley en su origen y presentaba la relación de las partes entre sí”, lo que actualmente conocemos como coherencia de las normas. Por otro lado, la interpretación gramatical era una condición necesaria de la lógica y se

⁹ El debate sobre la moral interna del derecho positivo resulta bastante extensa. Remitimos en este espacio a algunos autores que hemos considerado principales para comprender el fenómeno del positivismo jurídico y la separación conceptual entre el derecho y la moral. ESCUDERO ALDAY, Rafael: *Positivismo y moral interna del derecho*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; ESCUDERO ALDAY, Rafael: *Los calificativos del positivismo jurídico (El debate sobre la incorporación de la moral)*, Madrid, Civitas, 2004; HOERSTER, Norbert: *En defensa del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Barcelona, Gedisa, 2000; MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina: *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, México, Fontamara, 2002; JIMÉNEZ CANO, Roberto M.: *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Madrid, Marcial Pons, 2008.

requiere porque las normas debían ser expresadas, y en adición a ello, era necesario conocer las condiciones históricas para capturar el pensamiento de la ley¹⁰.

Se piensa comúnmente que las teorías abstractas o que proporcionan herramientas lógico-formales de argumentos, son mejores o proporcionan mayor seguridad al momento de resolver o motivar una sentencia. Sin embargo, la movilidad y el desplazamiento constante en el tiempo entre norma y realidad han superado las añejas teorías sostenidas por el formalismo jurídico, que anclaban al juez al texto de la norma. Así las cosas, la hermenéutica pretende constituirse como una nueva teoría jurídica, no solamente como “un parche para completar los huecos dejados por la dogmática jurídica”¹¹. Es decir, no es una novedad o genialidad dispuesta a parchar

¹⁰ SAVIGNY, Friedrich Karl von: *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1994, pp. 12-14.

¹¹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna: *La hermenéutica jurídica de Hans George Gadamer*, Salamanca, Universidad de Valladolid, 1993, p. 106.

la grave y deficiente falta de metodología en el planteamiento de casos difíciles que son resueltos a diario por la justicia constitucional.

Nuestra propuesta se centra en concebir a la hermenéutica jurídica dentro del paradigma neoconstitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea. Aunado a lo anterior, coincido en que la razonabilidad de una interpretación “depende de la visión global del sistema desde la que se lleva a cabo, que el acuerdo para considerar razonable una interpretación depende del consenso previo que las

teorías de la interpretación no pueden generar por sí mismas”¹².

Asimismo, la hermenéutica jurídica auxilia en la concretización de la ley en cada caso. Dicho proceso se produce por medio de la complementación productiva del derecho, en donde tiene su función el juez. Es decir, frente a una estática jurídica perteneciente a un ámbito de lógica jurídica formal debe anteponerse una dinámica jurídica que supere los obstáculos del positivismo receloso de la denominada “subjetividad” en la interpretación. La tarea de la hermenéutica jurídica entonces, creemos que es mejor que deba insertarse dentro de la razón práctica, en lugar de una teoría abstracta formalista, estática, que no permita la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión. Incluso, desde la perspectiva de Gadamer, la hermenéutica se basa en la experiencia

¹² SANZ BURGOS, Raúl: “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales” en MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (Coord.), *Derechos Humanos: temas y problemas*, México, UNAM-IIJ, 2010, pp. 351-390.

humana desde el esquema de la comprensión¹³, identificando la fenomenología de la comprensión con la fenomenología de la existencia humana. Asimismo, destaca que para la correcta comprensión es necesario recurrir a los prejuicios, o precedentes, dada la condición histórica a la que está sujeta la misma interpretación. Lo que pretende la hermenéutica en sí, es la correcta comprensión de los textos, a partir de una dimensión individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quien se encuentra dirigida esa interpretación.

Otra de las teorías de la argumentación que nos resultan de gran relevancia para una mejor justificación de las decisiones relacionadas con los derechos fundamentales es la teoría de la argumentación de Robert Alexy. El principal postulado de este filósofo del derecho, en relación con las decisiones

judiciales, es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto¹⁴.

La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales:¹⁵ a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales. Este mismo camino es el que refiere Karl

¹³ GADAMER, Hans George: *Verdad y método II*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005, p. 68.

¹⁴ SOBREVILLA, David: "La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy" en *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe)*, México, Fontamara, 2008, p. 28.

¹⁵ ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

Larenz, cuando afirma que los límites a los derechos no tienen fijados sus límites, por lo que en cierta medida, su abertura y movilidad, propician o colisionan entre sí, dado que su amplitud no se encuentra fijada de antemano¹⁶.

La teoría de la argumentación jurídica del iusfilósofo alemán, se sitúa en torno a la idea de un Derecho justo, razonable y motivado hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental¹⁷. De esta manera, el discurso jurídico queda enmarcado dentro del discurso práctico general, ya que continuamente en ellos lo que se busca es la corrección y porque los discursos jurídicos se llevan a cabo bajo condiciones limitantes (sujeción a la ley, precedentes, dogmática, plazos

¹⁶ LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del derecho*, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400.

¹⁷ PINTO FONTANILLO, José Antonio: *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 389.

procesales). El núcleo de su argumentación jurídica reside en la pretensión de corrección de las proposiciones normativas únicamente puede ser fundamentado en el marco del ordenamiento jurídico vigente. A partir de esto, el jurista alemán identifica dos características principales en la fundamentación de las resoluciones judiciales:¹⁸

- La fundamentación o justificación interna: decide sencillamente si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación, en este caso el objeto de justificación es la corrección de estas premisas.
- La fundamentación o justificación externa: esta se produce a partir de los distintos métodos de fundamentación: las reglas del derecho positivo, las premisas empíricas y la argumentación jurídica.

¹⁸ ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1997, p. 213.

A pesar de que la teoría del filósofo alemán se basa principalmente en una teoría discursiva y procedimental del derecho, éste busca la seguridad a través de la racionalidad, tomando en cuenta los aspectos de la realidad e institucionales, lo cual es una combinación entre los niveles filosófico, político y jurídico. En este sentido, consiente en que existe una relación entre el derecho y la moral, adoptando de esta forma una postura positivista corregida. Igualmente, Alexy realiza una distinción entre los derechos fundamentales como principios y como reglas. Por una parte, las “reglas son *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”¹⁹.

Este modelo es “sostenido por quien considera que las normas de derecho

¹⁹ ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 87.

fundamental son normas que posiblemente requieren complementación pero son siempre aplicables sin ponderación y, en este sentido, son libres de ponderación”²⁰. Del otro lado se encuentran los principios. Éstos cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder²¹. De esta manera “se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad [...] nos permiten entender el derecho no como un conjunto simple de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido”²².

Alexy retoma la idea de principios de Ronald Dworkin y elabora a partir de ese postulado, toda una teoría de los derechos fundamentales, con la finalidad de construir un esquema argumentativo en base a cuatro elementos

²⁰ *Ibid.*, p. 118.

²¹ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., p. 19.

²² *Ibid.*, p. 20.

fundamentales: la regla, el valor, el principio y la ponderación. Las reglas para Alexy son aquéllas que deben cumplirse o no, es decir, no admiten otra interpretación. Los principios por otra parte, son mandatos de optimización dentro de lo fáctica y jurídicamente posible. En este sentido, el autor de Teoría de los derechos fundamentales, manifiesta la imposibilidad de dotar de un peso en específico a cada derecho en abstracto, por lo que es necesario su peso concreto a través de la técnica de la ponderación.

Otra de las cuestiones fundamentales en la comprensión de la teoría del profesor Robert Alexy, reside en su propuesta de reconexión conceptual entre el derecho y la moral, a partir de un positivismo corregido o moderado. En este sentido, queremos resaltar que la teoría del maestro no pretende quedarse en la mera elaboración lógico-formal de esquemas para la mejor resolución de

conflictos a las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales, sino que va más allá. Es decir, a partir de su postura reconciliadora, trata de buscar un argumento que justifique la corrección en su teoría argumentativa. Dicho argumento lo define de la siguiente forma: “el núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto”.

Entonces, la cuestión de la pretensión depende entonces de la corrección formulada por el derecho, así como una pretensión de corrección moral, de ahí la conexión necesaria entre el derecho y la moral. De esta forma, la institucionalización de la moral y la corrección implica la institucionalización de la justicia, y esto a su vez, la institucionalización de los derechos

fundamentales, los cuales constituirán el mínimo moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho. En consecuencia, se considerará extremadamente injusto, aquello que atente contra el núcleo de los derechos humanos²³.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO HERMENÉUTICO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

El principio de proporcionalidad como lo hemos señalado en líneas anteriores, se ha vuelto un instrumento indispensable para justificar las decisiones judiciales relacionadas con la limitación o

²³ ALEXY, Robert: “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez), Granada, Comares, 2005, p. 45. *Vid.* del mismo autor: “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho” en *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72. *Vid.* también: RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio: *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido), Barcelona, Marcial Pons, 2007.

restricción a los derechos fundamentales. Es decir, con este mecanismo estamos tratando de descifrar el nivel de intensidad en las restricciones de un derecho fundamental. Para Alexy, un principio es un mandato de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para el maestro alemán, la ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad, el cual a su vez se descompone en otros subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. De esta manera, en cada caso particular donde se aplique la ponderación se requiere “acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto que la actuación afecte a un principio o derecho constitucional²⁴”.

²⁴ ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008, (1ª reimp. de la 2ª ed.), p. 200.

De esta forma, “el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control”²⁵. En este contexto, el principio de proporcionalidad es empleado para extraer el contenido esencial del derecho fundamental cuya fórmula o cláusula aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2²⁶, seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1²⁷. Conforme a criterios doctrinales, dicha cláusula se ha definido

²⁵ MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento: *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 117.

²⁶ *Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.*

²⁷ *Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),*

como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas²⁸. En la misma sintonía se encuentra la concepción que realizó el Tribunal Constitucional Español. Dicho órgano señaló en el famoso caso del “Decreto-Ley de Huelga”, que el contenido esencial del derecho subjetivo, puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido entonces por: “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias

²⁸ DE ASÍS, Rafael: *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 103-107. HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Madrid, Dykinson, 2003.

para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”²⁹.

Finalmente no deseamos pasar inadvertidas las críticas lanzadas a este modelo de proporcionalidad, acerca de la posible irracionalidad del mismo como criterio objetivo para la justificación en las resoluciones de los Tribunales Constitucionales cuando se trata de explicar los límites o restricciones a un derecho fundamental. Por ejemplo, la crítica que habla acerca de que dos personas pueden llegar a diferentes resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto. Al respecto, GUASTINI ha señalado que aparte de establecer una jerarquía axiológica movедiza, ya que es variable en la solución de casos, no quedando en conflicto resuelto de manera estable y siendo imprevisible la

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

solución del mismo conflicto en casos futuros³⁰.

Otros incluso, han criticado que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto. Aunado a ello, manifiestan que existe un acuerdo pleno sobre el resultado. Acusan también a los Tribunales Constitucionales de sólo dar una apariencia de fundamentación a sus decisiones y brindar apariencia de legitimidad a un activismo judicial que resulta violatorio de las competencias del legislador y de la jurisdicción ordinaria, entre otras cuestiones también relevantes³¹.

³⁰ Citado en: MARTÍNEZ ZORRILLA, David: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 161.

³¹ Al respecto puede consultarse el interesante debate entre Juan Antonio García Amado, Prieto Sanchís y los

Incluso, posturas como la del maestro Böckenförde, afirman que el contenido esencial de un derecho fundamental, se encuentra determinado previamente, sin tomar en cuenta los posibles choques o colisiones entre derechos³². Por ello, creemos que el empleo de una o más teorías de los derechos fundamentales (Liberal, Democrático-funcional, Institucional, Estado Social)³³, deben

aportes de Carlos Bernal Pulido en el volumen siguiente: GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en CARBONELL, Miguel, (ed.): *Teoría del neoconstitucionalismo, op. cit.*, pp. 237-264; *Vid.* además: GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "La interpretación constitucional", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero de 2004, pp. 37-74; "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163; GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica" en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

³² BOROSWKI, Martin: *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 66-69.

³³ BÖCKENFÖRDE, E. W.: "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales" en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida) (Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 45.

conjugarse con el empleo del principio de proporcionalidad. De lo contrario, si pretendiéramos separar la forma en que se llega a la concretización de cada contenido esencial de un derecho, nos llevaría a vaciar la correcta utilización del principio de proporcionalidad (idoneidad, adecuación y proporcionalidad) como herramienta de la hermenéutica constitucional. Ejemplo paradigmático de esta clase de conjunción es la doctrina jurisprudencial germana, y la incorporación a ésta de la teoría axiológica o teoría del orden de valores³⁴, en el fallo Lüth dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 15 de Enero de 1958, donde se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo.

³⁴ SMEND, Rudolf: *Constitución y derecho Constitucional*, (trad. de José Ma. Beneyto Pérez), Madrid, CEC, 1985, pp. 62-106. (Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen* en 1968).

IV. CONCLUSIONES.

La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta dentro del proceso de interpretación de normas constitucionales, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia. Por tanto, proponemos una hermenéutica jurídica, inserta dentro del paradigma neoconstitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época

actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

La propuesta de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permite llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. Coincidimos en la necesaria distinción entre las reglas, los valores y los principios en el marco de la interpretación constitucional, con la finalidad de resolver colisiones o conflictos entre principios constitucionales. De igual forma, resulta indispensable la conceptualización de los derechos fundamentales como principios, lo cual ayuda a la fácil esquematización y la correcta solución de casos a partir de la técnica del juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, respectivamente, teniendo presente que cada una de estas técnicas ayudarán a la maximización u optimización de los derechos fundamentales.

El empleo del principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico para la restricción o limitación de los derechos fundamentales ha sido reconocido por la jurisdicción constitucional mexicana. A pesar de ello, su empleo ha sido escasamente utilizado por la misma, muestra de ello son las sentencias más recientes que ha emitido este órgano constitucional en materia de matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, despenalización del aborto dentro de los primeros tres meses de gestación, límites al fuero militar, crímenes de lesa humanidad, entre otros.

Las principales debilidades de los proyectos siguen residiendo en el inexplicable respeto que guarda siempre la Suprema Corte ante el Poder Legislativo, temerosa de no generar tensión (que si bien es propia de una jurisdicción constitucional), acabando por ser una mera expresión de la boca del legislador, deslegitimando su labor de

Tribunal Constitucional y la gran labor realizada previamente en otros precedentes donde si tiene aplicación dicho principio. Mostrando en algunas ocasiones un temor infundado en la elaboración de ponderaciones, siguiendo un poco la idea de que la coherencia del texto fundamental llegue a perderse.

En este sentido, creemos que es necesario superar el modelo de las Garantías Individuales que sigue sosteniendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dado que éste sostiene una visión formalista, reducida y poco práctica de la Constitución, alejándose de una concepción material y de una visión objetiva de valores coherente con las necesidades de la época. Este miedo o culto al principio democrático, propio de un modelo estatista y de miedo a la judicatura y a la resolución de fondo de los problemas éticos que conciernen a la justicia constitucional no podrá ser vigente hasta no modificar la visión reductora y formalista que subyace tras

cada argumento legalista que se niega o
es omiso en la aplicación del principio de
proporcionalidad