

CAPÍTULO CUARTO

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS

La prueba de daño es la herramienta interpretativa para realizar la ponderación de principios colisionantes en materia de acceso a la información, cuya finalidad es validar que la reserva de información y la preferencia por uno de éstos —seguridad nacional, orden público, relaciones internacionales, etcétera— es idónea, necesaria y proporcional.

Para entender los fundamentos y la racionalidad de las herramientas interpretativas de este tipo en un sistema jurídico, a través de las cuales se ponderan principios y que van más allá de interpretaciones subsuntivas de reglas aplicadas a casos en concreto, es necesario entender la naturaleza y comportamiento de los principios.¹⁸⁰

La afinación que Robert Alexy propone a través del principio de proporcionalidad para entender la naturaleza de los principios y resolver racionalmente sus colisiones ayuda a entender en su justa dimensión a la prueba de daño.

Uno de los problemas que enfrenta la prueba de daño en la realidad es que es aplicada de manera restrictiva y limitada, a

¹⁸⁰ La teoría principialista afirma que el derecho está compuesto por dos tipos de normas: reglas y principios. Como su nombre lo expresa, el objeto de estudio de esta teoría son los segundos, en cuanto a identificar su estructura y comportamiento dentro de un sistema jurídico. Sobre la evolución de la teoría principialista, se abordó en la siguiente tesis de grado, Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, *La prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del principio de proporcionalidad*, México, UNAM, 2019.

través de interpretaciones subsuntivas, como se detalló en el capítulo anterior. Es decir, en los casos en que se estudia la posible reserva de información, el ejercicio que normalmente se realiza para validarla es la subsunción a la causal aplicable, y no una ponderación de principios.

La importancia de entender, someramente, los postulados de la teoría principialista y el principio de proporcionalidad ayuda a conocer el verdadero propósito de la prueba de daño: ponderar principios. Para una reserva de información, no basta con que se interprete de manera literal la norma, es necesario hacer un balance entre los principios en conflicto; en este caso, el interés general de difundir cierta información que resguarda el derecho de acceso a la información, frente a la protección de intereses también generales que tutela el principio de seguridad nacional.

En otras palabras, mientras no se atienda el verdadero espíritu de la prueba de daño, y se sigan realizando interpretaciones y restricciones subjetivas del derecho de acceso a la información y de los principios que convergen en el mismo, estos últimos se seguirán desnaturalizando y debilitando.

Por lo tanto, la importancia de aplicar de manera correcta una prueba de daño favorece al respeto e integridad de la naturaleza de los principios que convergen en el derecho fundamental de acceso a la información. En caso contrario, interpretaciones restrictivas inhiben un desarrollo adecuado de los derechos fundamentales y una consolidación de sociedades racionales y democráticas.

I. LOS PRINCIPIOS SEGÚN ROBERT ALEXY

Para Robert Alexy, la diferencia que realiza Dworkin entre reglas y principios constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella no podría existir una teoría adecuada de los límites ni una teoría satisfactoria de la col-

sión, y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.¹⁸¹

Alexy precisa que las reglas y los principios pueden categorizarse como normas, ya que ambos son formulaciones deónticas que mandatan un deber ser (mandato, permisión o prohibición), son razones para ello, aunque las razones que contienen son de un tipo muy diferente. De esta manera, la distinción entre reglas y principios es, en principio, la distinción entre dos tipos de normas.

Con la anterior afirmación se comparte la concepción de que la naturaleza del derecho se compone de reglas y principios, y de esta manera se reafirma la separación con los postulados del positivismo, que concebía al derecho compuesto de un solo tipo de normas.¹⁸²

Los criterios correctos para distinguir atinadamente entre reglas y principios, según Robert Alexy, se presentan a continuación.

1. *Los principios como mandatos a optimizar*

Este primer criterio de diferenciación se fundamenta en la validez de las normas. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.¹⁸³

Lo anterior implica que los principios son mandatos, ya que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento de-

¹⁸¹ Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, p. 894.

¹⁸² Sobre la evolución de la teoría principialista, véase Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro, *La prueba de daño en materia de acceso a la información a la luz del principio de proporcionalidad*, cit., pp. 70-103.

¹⁸³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86 y 87.

pende de las posibilidades reales y jurídicas. En cambio, si una regla es válida, entonces debe hacerse lo que ella exige, ni más ni menos, lo que provocaría, *contrario sensu*, la invalidez de aquellas reglas contrarias a la aplicable al caso en concreto, diferencia que abajo se desarrollará.¹⁸⁴

Esta primera diferencia que puntualiza Robert Alexy ayuda a entender que ésta es cualitativa y no de grado; es decir, un principio no es superior a una regla o viceversa, sino que su comportamiento en la interpretación y aplicación del derecho hace la diferencia entre ambos. Asimismo, introduce las posibilidades fácticas como factores importantes para la aplicación de los principios en los casos en concreto.

Este razonamiento echaría por tierra la pretensión de encontrar una “única respuesta correcta”, pues sería contradictorio con la naturaleza de los principios. Alexy sugiere que la aplicación de los principios en los casos difíciles dependerá de los factores reales y jurídicos.

2. *La derrotabilidad de las reglas y los principios*

La colisión es el hecho de que dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles. La forma en que se soluciona esta colisión refleja otras diferencias entre el comportamiento de las reglas y los principios.¹⁸⁵ Por ejemplo, en los conflictos de reglas la solución reside en introducir cláusulas de excepción que declaren la no vigencia de una de las reglas, o que una prevalezca sobre la otra de manera absoluta.¹⁸⁶

El caso que usa Robert Alexy para ilustrar este conflicto es el que se da entre la prohibición de abandonar el salón antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarlo en caso de alarma de incendio; es decir, estas reglas conducen a juicios

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 178.

contradictorios entre sí. Este conflicto se soluciona si la segunda regla se configura como una excepción a la primera: no se puede abandonar el salón hasta que suene el timbre de salida, excepto cuando se active la alarma de incendio.¹⁸⁷

Las excepciones a las reglas no pueden ser enunciadas de manera conclusiva debido a que las circunstancias que darán origen a casos futuros no pueden ser previstas del todo, es por esto que la naturaleza de las reglas siempre admitirá la recepción de excepciones a la misma. En otras palabras, las reglas son derrotables.¹⁸⁸

No obstante, si no es posible solucionar este conflicto a través de la excepcionalidad, entonces una de las reglas debe ser declarada inválida y expulsada del ordenamiento jurídico. Esta consecuencia deriva de la validez jurídica de las reglas: una regla vale o no vale jurídicamente, no es posible mantener dos juicios contradictorios vigentes.

En el caso de las colisiones de principios, la solución es diferente. Cuando dos principios colisionan, uno de los dos debe ceder ante el otro, sin que por ello pierda vigencia definitiva, de manera casuística y atendiendo a las características del caso.¹⁸⁹

Lo que sucede con los principios es que, conforme a las circunstancias del caso en concreto, uno de ellos precede al otro. Es decir, cuando los principios colisionados tienen diferente peso en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas para la solución del conflicto, debe prevalecer el que tenga mayor peso, sin que esto implique que el principio no elegido pierda vigencia, ni se expulse del sistema jurídico, y, aún más, tampoco implica que la solución debe ser la misma, pues deberán atenderse a las posibilidades reales y jurídicas concretas.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 88.

¹⁸⁸ Carsten Bäker, “Reglas, principios y derrotabilidad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 37, 2014, p. 33.

¹⁸⁹ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁰ La relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede

A esta solución Alexy la denomina “ley de colisión”, en la cual se reafirma que entre los principios no existe una relación de precedencia absoluta, sino una precedencia condicionada con ocasión al caso en concreto. La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta.¹⁹¹

Recordemos que los principios para Robert Alexy son mandatos a optimizar. La optimización de los principios se encuentra directamente relacionada con las circunstancias dadas; por lo tanto, los principios son aplicados en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas, no aceptan excepciones y, derivado de ello, no son derrotables.¹⁹²

Por lo tanto, la diferencia entre ambas normas es que los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la vigencia, mientras que las colisiones de principios tienen lugar más allá de la dimensión de la vigencia, en la dimensión del peso.¹⁹³

Lo anterior arroja un entendimiento de la naturaleza de los principios, pues aunque los principios no pierden su vigencia en ningún momento, sí se puede afirmar que su contenido no es absoluto, y esto demuestra que, en la colisión de principios, uno debe ceder ante el otro, mediante un ejercicio de ponderación.¹⁹⁴

De esta manera es que Alexy llega a la certeza de que el principio de ponderación o proporcionalidad es el que ayuda a resol-

al otro. Esta relación, ilustrada bajo “la ley de colisión” de Robert Alexy, refleja el carácter de los principios como mandatos a optimizar, entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia, y que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 89-95.

¹⁹¹ Véase Alexy, Robert, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, en *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, Perú, Universidad Externado de Colombia, núm. 28, 2003, p. 100.

¹⁹² Carsten Bäker, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ Aunque este ejercicio de ponderación nos resulta la más acertada para solucionar conflictos de principios, existen autores que siguen sosteniendo un orden lexicográfico de prevalencia de principios sobre otros. Véase Nava Tovar, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

ver adecuadamente los conflictos entre principios, pues responde al tratamiento que deben tener como mandatos a optimizar de acuerdo con las posibilidades normativas y fácticas.¹⁹⁵

Alejandro Nava Tovar lo ejemplifica de mejor manera:

Con frecuencia enfrentamos dilemas morales en los que hay que ponderar algo. Piénsese, por ejemplo, en una situación en la que un sujeto debe escoger entre dos opciones que poseen argumentos de peso, sin embargo, el sujeto debe decidirse por una de las dos. En este caso, el sujeto no puede intentar satisfacer a ambas, sino sólo escoger una opción, tomando en consideración la interferencia en ambas opciones derivada de satisfacer a la otra, el valor absoluto de ambas opciones y otros aspectos relativos a la fiabilidad de sus premisas empíricas y normativas. En este caso la decisión no será fácil de tomar, ya que no se trata de que una alternativa sea correcta y otra incorrecta, sino que, desde el punto de vista moral, una opción tendrá mayor peso. En este caso es deseable que el sujeto escoja una opción lo más racional posible.¹⁹⁶

De la anterior cita debemos resaltar los siguientes aspectos. Cuando nos encontramos ante un dilema de conflicto de principios, es necesario partir del hecho de que ambas opciones poseen argumentos de peso para poderse inclinar en favor de cualquiera; es decir, si nos enfrentamos ante un dilema de apertura o reserva, cada caso presentará razones válidas para elegir cualquier opción. Lo importante es elegir la opción lo más racionalmente posible, demostrando que es la que interfiere lo menos posible con ambos principios, y que las premisas empíricas y normativas fortalecen la fiabilidad de esa opción, además de que es más adecuada que la otra.

Esta racionalidad que busca Alexy mediante la propuesta del principio de proporcionalidad es lo que lo aleja de otras concepciones del derecho.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 176.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 178.

La legitimidad de la solución del conflicto de principios mediante la proporcionalidad depende de la racionalidad de ésta, y la racionalidad se sustenta en la estructura que se establezca para el examen de ponderación. Es decir: estructura es igual a racionalidad; racionalidad es igual a legitimidad.¹⁹⁷

3. *El carácter prima facie de los principios y las reglas*

El carácter *prima facie* de los principios ya había sido anotado por W. D. Ross, quien concebía a los deberes morales como un deber en “primera apariencia”, en tanto otro deber moral no tuviera que ser más favorecido a aquel que, en principio, se consideraba aplicable. Es decir, un deber *prima facie* es aquel que contiene las características para que, en condiciones de normalidad, haría que fuese nuestro deber cumplirlo; no obstante, al presentarse otras características moralmente relevantes consideradas de mayor importancia y que constituyen el fundamento de otro deber incompatible con el primero, éste dejaría de serlo.¹⁹⁸

Carlos Bernal Pulido lo explica de la siguiente manera:

El carácter *prima facie* expresa que una norma jurídica tendrá una validez definitiva a menos que exista una razón de mayor peso que le otorgue validez definitiva a una norma contraria... Una norma jurídica ostenta validez *prima facie* cuando al ser considerada aisladamente —es decir, cuando aún no se han considerado todas las premisas normativas y empíricas relevantes en la situación que debe ser aplicada— resulta claro que se trata de una norma vinculante, que debe ser seguida por sus destinatarios, pero no así cuando es interpretada de manera sistemática, junto a otras normas jurídicas que prescriben deberes contradictorios.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 180.

¹⁹⁸ García-Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Dikaion*, Colombia, año 26, vol. 21, núm. 2, diciembre de 2012, pp. 463-465.

¹⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 815 y 816.

Robert Alexy afirma que los principios tienen carácter *prima facie* en tanto ordenan algo que debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. No son mandatos definitivos, sino sólo *prima facie*. En cambio, las reglas exigen que se haga exactamente lo que ellas ordenan; por lo tanto, su carácter no es *prima facie*, sino de definitividad.²⁰⁰

Este modelo totalitario en el cual todos los principios son *prima facie* y todas las reglas son definitivas es el concebido por Ronald Dworkin cuando afirma que las reglas deben ser aplicadas de manera disyuntiva, es decir, todo o nada, mientras que los principios contienen razones que orientan.²⁰¹

No obstante que las normas jurídicas tengan, en principio, esta diferencia de carácter, Robert Alexy advierte que el carácter de definitividad de las reglas puede ser trastocado en el momento en que a la misma se le introduce una excepción, de acuerdo con las circunstancias específicas del caso. Si mediante la vía de excepción se introduce un principio, entonces la regla adquiriría un carácter *prima facie*, en tanto no es posible predecir que en un nuevo caso no sea necesario introducir una nueva excepción.²⁰²

A pesar de que las reglas pueden adquirir el carácter de *prima facie* a través de esta modalidad de excepcionalidad, Alexy advierte que la naturaleza de tal carácter sigue siendo distinto entre reglas y principios. Un principio es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene mayor peso; en cambio, una regla no puede ser soslayada en principio aun cuando en el caso concreto el principio opuesto tenga un mayor peso que el principio que apoya la regla, en tanto la carga de cumplimiento estricto de ésta es mayor al ser impuesta por autoridad legitimada para ello.²⁰³

²⁰⁰ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 99.

²⁰¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2a. ed., España, Ariel, 1989, pp. 74 y 75.

²⁰² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 100.

²⁰³ *Idem*.

En conclusión, otra diferencia entre reglas y principios es que éstos son siempre razones *prima facie*, y las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son razones definitivas.

4. *La subsunción y la ponderación*

Esta última diferencia entre reglas y principios es otra manera de abordar la diferencia de la derrotabilidad analizada anteriormente.

Alexy afirma que existen dos operaciones fundamentales en la aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación.²⁰⁴

Concretamente, la subsunción es el método interpretativo que resuelve el conflicto entre reglas, profundizado por el positivismo jurídico, en tanto las reglas eran el único tipo de normas concebibles para esa corriente iusfilosófica. Mediante este método, la solución a los conflictos se da debido a la comprobación de los supuestos fácticos con los supuestos jurídicos reconocidos por la regla, conforme a la deducción *si es A entonces debe ser B*.²⁰⁵

En cambio, el método de la ponderación es aquel que resuelve la contradicción entre dos normas *prima facie*, es decir, entre principios. Este método permite establecer una jerarquía axiológica entre principios a través de argumentaciones que lo demuestren, tomando en consideración las posibilidades fácticas y jurídicas del caso en concreto, en tanto los principios no son incompatibles entre sí, no pierden validez ni se pueden jerarquizar. Por tanto, la subsunción en este tipo de conflictos no es posible.²⁰⁶

²⁰⁴ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008, p. 13.

²⁰⁵ Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008, p. 103.

²⁰⁶ Ávila Santamaría, Ramiro, “El principio de legalidad *vs.* el principio de proporcionalidad”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, 2008, p. 334.

Algunos autores afirman que el método de ponderación es alternativo a la subsunción e, incluso, anterior a este ejercicio. Es decir, antes de interpretar es necesario constatar que el caso se halla excluido del campo de aplicación de dos principios, mostrar que el caso que se examina se trata de dos reglas en pugna. Si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la regla, sin que se requiera ponderación alguna.²⁰⁷

La ponderación, por tanto, ayuda a dilucidar en qué condiciones es aplicable el principio X, que triunfa sobre el principio Y. Si esas condiciones cambian, entonces debe analizarse nuevamente la ponderación de un principio sobre otro. La ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso.²⁰⁸

Aunque la ponderación ayude a resolver los conflictos entre principios, esto no implica que pueda arrojar respuestas irrepetibles para casos singulares; puede también ofrecer respuestas reiteradas en casos genéricos con vocación de permanencia y universalización. Por lo tanto, la ponderación puede llevar a construir reglas o premisas mayores que, al final, sería suficiente una subsunción para resolver estos casos reiterados.²⁰⁹

El método de ponderación es profundizado a través del principio de proporcionalidad por Robert Alexy, el cual será desarrollado en el capítulo tercero de esta investigación.

²⁰⁷ Prieto Sanchís, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, *cit.*, p. 104.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 105.

²⁰⁹ *Idem*. Para una mayor profundización sobre esta hipótesis, vale la pena consultar el trabajo que realiza Laura Clérico en *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Argentina, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2009. En el tercer capítulo aborda el estudio de la estructura del examen de proporcionalidad en sentido estricto en el derecho constitucional. En éste se advierte que se debe formular el resultado de la ponderación como regla-resultado de la ponderación. El conjunto de esas reglas-resultados de la ponderación pueden ser reconstruidas en una red, cuyas reglas deben ser tenidas en cuenta para la solución de casos futuros semejantes o iguales.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como citamos anteriormente, la satisfacción de un principio generalmente se da en relación con aquello exigido por otros principios, lo que se logra a través de un ejercicio de balance o ponderación. La ponderación o proporcionalidad es la forma específica de aplicación de los principios.²¹⁰

Existe una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso. En esta situación, el principio de proporcionalidad cobra relevancia.²¹¹

Ante la naturaleza de los derechos fundamentales, para resolver la colisión entre éstos es necesaria una estructura determinada que esté provista de una medida común para comparar aquéllos y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho.²¹²

La ponderación a través del principio de proporcionalidad brinda, justamente, esa estructura por medio de la cual evita establecer una relación absoluta entre derechos, y, por el contrario, establece una relación de precedencia condicionada entre ellos, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.²¹³

También debe precisarse que el principio de proporcionalidad es un control de constitucionalidad que aplica solamente a las acciones de los poderes públicos, y no a las acciones entre

²¹⁰ Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 37, 2014, p. 17.

²¹¹ Bernal Pulido, Carlos, “Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes”, en Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 20.

²¹² Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 52.

²¹³ *Ibidem*, p. 54.

particulares, ya que se evalúa una relación entre medios y fines tomando como referencia el parámetro constitucional.²¹⁴

La estructura de la proporcionalidad es fundamental para poder tener decisiones racionales y, por lo tanto, decisiones legítimas, que no aspiren a ser la única respuesta correcta, pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse bajo los esquemas democráticos de una Constitución. Sobre el tema de la racionalidad y la legitimidad del principio de proporcionalidad se profundizará más adelante.

Este principio ha sido la herramienta de interpretación que ha recibido el mayor de los reconocimientos a nivel internacional, tanto en el ámbito práctico, a través de su implementación en los órganos decisores, especialmente en cortes supremas, como en el ámbito teórico, en tanto ha marcado la pauta en la filosofía del derecho contemporánea.²¹⁵

Robert Alexy apoyó su concepción de filosofía del derecho en el principio de proporcionalidad, por ser un mecanismo que permite institucionalizar la razón en la argumentación judicial. Este principio lo retomó del desarrollo que habían realizado los tribunales constitucionales de Alemania y posteriormente fue desarrollado en la academia a través de los análisis y las críticas que se hacían de las resoluciones de aquéllos. La estructura de la proporcionalidad fue desarrollada a través de las sentencias que se encargaban de revisar que las normas y los actos fuesen constitucionales desde el punto de vista sustantivo. Su impacto

²¹⁴ Araujo Rentería, Jaime, “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 853.

²¹⁵ Rainer, Arnold *et al.*, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 10, núm. 1, 2012, pp. 71 y s. También se puede consultar a Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principio y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, enero-junio de 2012.

fue tal que prácticamente todo sistema constitucional ha adoptado los principios fundamentales del principio de proporcionalidad.²¹⁶

Sin embargo, es importante puntualizar que el origen de dicho principio nació en el ámbito del derecho administrativo. Uno de los primeros antecedentes de la aplicación de la proporcionalidad se remonta al uso que le dio el Tribunal Superior Administrativo de Prusia para valorar, por ejemplo, si el ejercicio del poder por parte de la policía había sido excesivo o no, bajo el amparo del principio de la prohibición por exceso.²¹⁷ No obstante, el alcance que tenía esta evaluación racional era limitada, ya que los poderes públicos no estaban sujetos a un régimen constitucional fundado en los derechos fundamentales, lo que se consiguió con el surgimiento de los Estados constitucionales posteriores a la Segunda Guerra Mundial.²¹⁸

²¹⁶ México no ha sido la excepción; aunque la adopción desde 2004 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha permitido aún el desarrollo esperado en nuestro país, ésta ha sido un impulsor importante para su implementación en el ámbito judicial. No obstante, la propia Suprema Corte ha tenido algunas deficiencias en el momento de su aplicación en determinados casos. *Cfr.* Díez Gargari, Rodrigo, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, *cit.*

²¹⁷ Carlos Bernal Pulido realiza un estudio profundo sobre la génesis del principio de proporcionalidad en el derecho público europeo. El surgimiento de este principio como concepto propio se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. De las primeras manifestaciones jurídicas concretas para exigir proporcionalidad en la aplicación de las normas se destacan el alegato de Beccaria (cuya doctrina fue recogida por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) y en la doctrina de la intervención policial de Prusia, desarrollada por Carl Glottlieb Svarez; véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 55-69.

²¹⁸ Es a partir de la primera mitad del siglo XX cuando comienza a gestarse la constitucionalización del derecho. Este fenómeno jurídico implicó la creación de Constituciones rígidas que incorporan a los derechos fundamentales, garantías jurisdiccionales como control constitucional, la fuerza vinculante de la Constitución, la interpretación extensiva de la misma hacia las normas inferiores. Para profundizar, se puede consultar Comanducci, Paolo, “Constitucional-

Los académicos propusieron una versión embrionaria del análisis de proporcionalidad a finales del siglo XVIII, cuando empezaron a contemplar nuevas formas de intervención del Estado y, por ende, la posibilidad de un conflicto permanente entre propósitos públicos y libertades individuales.²¹⁹

La proporcionalidad se extendió al derecho constitucional en la década de 1950 y, bajo la tutela de la Corte Constitucional Federal Alemana, se transformó en el marco extenso de la ponderación.²²⁰

El origen del principio de proporcionalidad nos advierte sobre la multiplicidad de funciones para su aplicación en el derecho, no sólo para la revisión de la constitucionalidad de las leyes, sino también para la funcionalidad que existe en el análisis de actos administrativos y de aplicación de leyes. Conviene remarcar que éste es un mecanismo que permite institucionalizar la razón en la argumentación judicial; por lo tanto, en cualquier decisión que requiera dirimir un conflicto entre dos soluciones a través de la argumentación (como la prueba de daño), resulta un mecanismo idóneo.

El principio consiste, a su vez, en tres subprincipios a través de los cuales se realiza un examen de ponderación: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Este capítulo se encarga de profundizar en los aspectos relevantes del principio de proporcionalidad en todos sus elementos y algunas variantes que éstos tienen en la colisión de principios. Finalmente, se retoman las críticas más sobresalientes que ha recibido desde la teoría del derecho y se esbozará la contraargumentación para la defensa de éste, relacionado con su racionalidad.

zación y neoconstitucionalismo”, en Comanducci, Paolo *et al.*, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 85-112.

²¹⁹ Stone Sweet, Alec y Matthews, Jud, *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 54-57.

²²⁰ *Idem.*

La finalidad de este capítulo es desentrañar el procedimiento a través del cual se debe guiar una correcta ponderación de derechos como la vía de interpretación que permite proteger en mayor proporción los derechos en pugna. A su vez, esto permitirá entender el procedimiento de la prueba de daño en materia de acceso a la información.

III. ETAPAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, tal y como es formulado por Robert Alexy, se compone de tres subprincipios: *a*) principio de idoneidad; *b*) principio de necesidad o mandato del medio más benigno, y *c*) el principio de proporcionalidad en sentido estricto.²²¹

Cada uno de los subprincipios responde a la evaluación y consideración de las posibilidades fácticas y jurídicas de la restricción de los derechos fundamentales. Recordemos que Alexy define a los principios como mandatos a optimizar en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas.²²² Los primeros dos subprincipios responden a las posibilidades fácticas, y el último responde a las posibilidades jurídicas. La evaluación de las posibilidades fácticas permite evitar costos evitables en la mayor medida posible, ya que cuando dos o más principios colisionan, los costos se vuelven inevitables.²²³ La evaluación de las posibilidades jurídicas consiste en la optimización de la colisión en relación con las condiciones jurídicas.²²⁴

Es necesario aclarar que este principio ha sido reformulado y complementado por el propio Robert Alexy como resultado de las consideraciones a las críticas planteadas,²²⁵ y también han contribuido a su refinación, autores como Laura Clérico y Carlos Bernal Pulido.

²²¹ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 178.

²²² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 112 y 113.

²²³ Alexy, Robert, "Principios formales", *cit.*, p. 17.

²²⁴ *Idem.*

²²⁵ *Idem.*

Por ejemplo, Carlos Bernal Pulido propone una aplicación escalonada y sucesiva de los tres subprincipios. Es decir, primero un tribunal constitucional debe verificar si la medida que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si, por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad, y si sale airosa, finalmente, al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la medida de restricción en forma de norma o acto no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios, también debe ser declarada inconstitucional.²²⁶

No obstante, la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio no siempre debe ser secuencial. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza el examen en sus tres subprincipios de manera acumulativa, sin necesidad de realizar un agotamiento previo de cada uno de ellos.²²⁷

A continuación, se explicará cada uno de los subprincipios que comprenden el principio de proporcionalidad a la luz de las aportaciones más recientes.

1. *El principio de idoneidad*

Concretamente, el principio de idoneidad se refiere a que la intervención en los principios debe ser adecuada a un fin legítimo constitucional. Por lo tanto, las exigencias a la hora de la valoración son conocer si *a)* la intervención tiene un fin constitucionalmente válido, y si *b)* la intervención es idónea para favorecer a la obtención de un fin.²²⁸ Las restricciones a un derecho

²²⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 874 y 875.

²²⁷ Para profundizar sobre la aplicación de este principio en sus resoluciones, se puede visitar el sitio del Buscador Jurídico de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para localizar las sentencias de la Corte Interamericana, disponible en <http://www.bjdlh.org.mx/interamericano>.

²²⁸ Nava Tovar, *op. cit.*, p. 180.

fundamental sólo pueden darse si resultan indispensables para el cumplimiento de una finalidad legítima.²²⁹

Sobre el primer requisito, es muy importante que ese fin pueda tener fundamento en la propia Constitución o en el bloque de constitucionalidad; es decir, sería legítimo si el fin se fundamenta en el estándar internacional de los derechos humanos o en la propia jurisprudencia constitucional. Por otro lado, un fin es constitucional no sólo porque encuentra su fundamento en el texto constitucional, sino porque está vinculado con los fines sociales o con intereses que a la sociedad le interesa salvaguardar para que la actuación de la autoridad no sea arbitraria.

El análisis acerca de la legitimidad del fin de la medida también es conocido como “juicio de razonabilidad”, como sinónimo de no arbitrariedad. El objeto de este juicio consiste en constatar que la medida que restringe un derecho fundamental no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima.²³⁰

La Corte mexicana considera que los fines que pueden fundamentar una intervención al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.²³¹

Esos fines constitucionales constituyen determinaciones sobre la existencia y la forma de ser del Estado mexicano, tales como la aceptación de los principios de soberanía popular, división de poderes, respeto, protección y promoción de los derechos

²²⁹ Rainer Arnold *et al.*, *op. cit.*, p. 74.

²³⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 877.

²³¹ *Cfr.* Tesis 1a. CCLXV/2016, “Primera etapa del test de proporcionalidad. Identificación de una finalidad constitucionalmente válida”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 902.

humanos y sus garantías; la adopción de una forma de Estado federal y de una forma de gobierno republicana, representativa, laica y democrática, entre otros.

En este primer requisito, la Constitución se establece como un parámetro que refleja los intereses que una sociedad estima importantes proteger en un momento histórico determinado.²³² El parámetro de constitucionalidad o de regularidad en México no sólo comprende el texto de la Constitución, sino también otras normas de carácter internacional en materia de derechos humanos, y las interpretaciones que han realizado los órganos autorizados.²³³

El caso contrario sería, por ejemplo, que una medida administrativa permita que durante una detención de tipo penal se aplique tortura para obtener la confesión del probable responsable. Ésta sería inconstitucional tomando como referencia lo reconocido por la fracción II, del apartado B, del artículo 20 de la Constitución mexicana, y por los tratados internacionales y jurisprudencia de los órganos en la materia.

Ahora bien, resulta que puede haber casos en que exista una prohibición constitucional *prima facie* de la medida restrictiva, misma que colisione con otros principios constitucionales que hablan a favor de su legitimidad. La prohibición constitucional *prima facie* y estos últimos principios constitucionales deben ser ponderados para determinar cuál de dichos principios debe prevalecer de manera definitiva: si la prohibición *prima facie* prevalece y se convierte en una prohibición definitiva, o si los principios opuestos cobran prioridad y dan lugar a una no-prohibición definitiva del fin de la medida.²³⁴

²³² Araujo Rentería, Jaime, *op. cit.*, p. 854.

²³³ Tesis 1a. CCCXLIV/2015, “Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2015, p. 986.

²³⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 886.

Sobre el segundo requisito de este subprincipio, es necesario que la medida de intervención al derecho fundamental sea la adecuada para arribar al fin constitucionalmente legítimo.²³⁵ Si con la medida no se consigue el fin perseguido, entonces ésta debe declararse inconstitucional.

De acuerdo con la Corte mexicana, este segundo requisito presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca la medida establecida. La idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.²³⁶

El examen de idoneidad es claro cuando se interviene alguna libertad o derecho fundamental de naturaleza restrictiva para el Estado. El ejemplo que usa Alexy para explicar este examen es el de la restricción que sufrió la revista *Titanic* por llamar, en un artículo, “asesino nato”, y luego en una edición posterior, “tullido”, a un oficial de la reserva militar que era parapléjico. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista *Titanic*, debido a una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a

Un caso que puede ilustrar esta frontera en materia de acceso a la información es el del estado de salud del presidente o jefe de Estado. Si bien existe una prohibición constitucional *prima facie* de proteger los datos que integran un expediente clínico por tratarse de datos personales, sin embargo, el interés público de conocer dichos datos es muy fuerte cuando se trata de un jefe de Estado, especialmente cuando se tienen dudas de que la salud de éste afecta la buena administración pública. Para profundizar, véase Luna Pla, Issa *et al.*, *Resoluciones relevantes en materia de acceso a la información y de protección de datos personales*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, 2017, pp. 133 y s.

²³⁵ 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, p. 74.

²³⁶ *Cfr.* Tesis 1a. CCLXVIII/2016, “Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes. La revista interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una ponderación en el caso concreto entre la libertad de expresión de la revista implicada y el derecho al honor del oficial de reserva. Es claro, en este caso, que la restricción a la libertad de expresión de la revista tenía un fin legítimo constitucional amparado en el derecho fundamental del honor de las personas.²³⁷

No obstante, Laura Clérico advierte que los desarrollos de este principio analizan principalmente la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio como medida para conocer la proporcionalidad de una restricción por exceso; sin embargo, un menor desarrollo ha recibido este principio cuando se está frente a una omisión o acción insuficiente.²³⁸

La obtención del fin puede ser evaluada en mayor o menor intensidad, dependiendo de distintos puntos de vista. De este modo, desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de un fin; desde la perspectiva temporal, un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo; desde la perspectiva de la

²³⁷ Este caso lo retomaremos para explicar también los otros subprincipios; *cfr.*, Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 18.

²³⁸ Laura Clérico menciona que este tipo de variante en el examen de proporcionalidad también nació en la jurisprudencia alemana, aplicado expresamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en un caso de 1993 sobre la constitucionalidad de una ley que reglamentaba la interrupción del embarazo para todo el territorio de la República, el cual fue replicado sucesivamente en otros casos relevantes. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo, profundizaremos solamente en el primer aspecto del principio de proporcionalidad, debido a que lo que aquí se analiza es la limitación a una libertad. Para profundizar en los postulados de la autora, es posible consultar Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen más o menos aspectos relativos al fin, y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con mayor o menor seguridad para alcanzar la finalidad que se propone.²³⁹

Es por eso que se proponen dos versiones del subprincipio de idoneidad: una versión fuerte o de la idoneidad en sentido amplio, y una versión débil o de la idoneidad en sentido estricto. De acuerdo con la versión más fuerte, una medida deberá ser considerada idónea sólo si es aquella que contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin, y aquella que más lo realiza. De conformidad con la versión más débil, la idoneidad de una medida adoptada dependerá de que ella tenga una relación positiva de cualquier tipo con el fin: con cualquier eficacia, rapidez, plenitud y seguridad.²⁴⁰

Para la Corte mexicana, basta con que se compruebe en algún grado la relación entre la medida y la finalidad que ésta persigue; es decir, una versión débil bastaría para superar esta etapa.²⁴¹

Cuando el medio se encuentre en alguna relación con la realización del fin, pero no contribuya a su logro en todos los sentidos en el caso en concreto, el medio establecido es idóneo, pero deben aplicarse las reglas del medio más benigno y el de proporcionalidad en sentido estricto.²⁴²

2. *El principio de necesidad o medio más benigno*

El segundo subprincipio que compone el principio de proporcionalidad en sentido amplio es el de necesidad o mandato

²³⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 913 y 914.

²⁴⁰ *Idem*.

²⁴¹ Tesis 1a. CCLXVIII/2016, “Segunda etapa del test de proporcionalidad. Examen de idoneidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 911.

²⁴² Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, cit., p. 133.

del medio más benigno. Éste señala que toda intervención debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido para alcanzar el objetivo y no existir otra que pueda optimizar mejor el principio. Entonces, el medio más benigno debe cumplir por lo menos con *a)* que ningún participante resulte peor que antes, y *b)* que al menos uno de los participantes experimente una mejora.²⁴³

Si existen medidas de intervención o afectación menos gravosa y se elige aquella que resulta más gravosa para los principios en conflicto, la intervención entonces no es correcta.²⁴⁴

Este subprincipio está vinculado con la idea del óptimo de Pareto. Este criterio implica que el óptimo es logrado a través de una serie de mejoras en las cuales cualquier cambio de un estado de cosas para un o unos sujetos no debe perjudicar el de otro u otros. Es decir, existe eficiencia si al haber un cambio se generan beneficios sin daños. El estado óptimo es alcanzado si resulta imposible introducir mejoras sin que ello implique generar perjuicios a otros. En este sentido, el óptimo de Pareto supone que ya se han realizado todas las mejoras posibles, es decir, se ha llegado al máximo posible, con todos los recursos existentes.²⁴⁵

Bajo esta perspectiva, se requiere elegir, de entre dos medidas que promueven de igual manera a P_1 , la que intervenga menos intensamente a P_2 . Si existiera un medio que intervenga menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra.²⁴⁶ Cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, pues aquí no es posible

²⁴³ Nava Tovar, *op. cit.*, p. 181.

²⁴⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 74.

²⁴⁵ Robert Alexy retoma este principio formulado por el economista italiano Wilfredo Pareto; *cf.* Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, enero-junio de 2009, p. 8.

²⁴⁶ *Idem.*

que uno de los dos derechos en conflicto obtenga una mejora y el otro se mantenga igual, sino que un derecho sí se verá afectado debido a la satisfacción del otro.²⁴⁷

Laura Clérico aclara la regla del medio alternativo:²⁴⁸

- 1) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o carga menos a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal no es proporcional en sentido amplio.
- 2) Si hay medios alternativos, y su implementación puede fomentar el fin, y si cada uno de esos medios (o algunos de ellos o por lo menos uno) pueden hacerlo en igual o parecida medida en comparación con el medio establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en igual o mayor medida los principios iusfundamentales u otros constitucionales (o cargan en igual o mayor medida a la persona afectada) que a través del medio establecido, entonces la medida estatal queda como la menos lesiva. El examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo.

Por lo tanto, en un primer momento los medios alternativos deben pasar por una comparación con el medio implementado en relación con el fomento del fin legítimo (examen de idoneidad),²⁴⁹

²⁴⁷ Nava Tovar, *op. cit.*, p. 181.

²⁴⁸ Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *cit.*, p. 147.

²⁴⁹ Sobre la idoneidad del medio alternativo, debe analizarse si éstos tienen por lo menos una idoneidad equivalente a la medida establecida para contribuir a alcanzar el fin, desde las perspectivas de la eficacia, la temporalidad, la

y en un segundo momento, una comparación en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de necesidad).²⁵⁰

Al respecto, la Corte mexicana profundiza en estos dos últimos aspectos. La necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles.²⁵¹

No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que fueron consideradas adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.²⁵²

Un ejemplo del examen de necesidad es el *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, en donde la Corte Interamericana evalúa el uso de la fuerza letal por parte de los cuerpos policíacos y

realización del fin y la probabilidad. *Cfr.*, Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 937.

²⁵⁰ Esto implica que la medida establecida es innecesaria si alguno de los medios alternativos que reviste por lo menos una idoneidad equivalente para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto, además interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado.

²⁵¹ *Cfr.* Tesis 1a. CCLXX/2016, “Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 914.

²⁵² *Idem.*

militares de los Estados parte. La Corte Interamericana consideró que no se podía concluir que se acreditaba el requisito de “absoluta necesidad” para utilizar la fuerza contra personas que no representaban un peligro directo, inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultara en la pérdida de la oportunidad de captura.²⁵³

Si bien los hechos en este caso, en teoría, se podrían encuadrar en el supuesto de oponer resistencia a la autoridad e impedir la fuga, la Corte consideró que aun cuando la abstención del uso de la fuerza hubiera permitido la huida de las personas objeto de la acción estatal, los agentes no debieron emplear la fuerza letal frente a las personas, quienes no representaban una amenaza o peligro real o inminente hacia los agentes o terceros. En consecuencia, dicho acontecimiento no constituyó una situación de absoluta necesidad.²⁵⁴ Es decir, para la Corte Interamericana existía un medio más benigno para conseguir la finalidad de la acción, consistente en evitar la sustracción de la detención y posterior puesta a disposición de la autoridad judicial del probable responsable, lo que ayudaría a garantizar y proteger en mayor medida el derecho a la vida.

Para configurarse que un medio alternativo es el más benigno para el caso, debe presentarse a primera vista la misma idoneidad para el logro del fin. De no cumplirse esta evidencia, entonces la regla supone una presunción de proporcionalidad a favor del medio establecido.²⁵⁵ En casos dudosos de medios alternativos cuya idoneidad es poco clara, las cargas argumentativas deben reposar en la complejidad de la materia regulada por la medida, la especialización del órgano o la autoridad que la emite, la legitimidad de éste y las circunstancias del caso. Entre más intensa es la restricción a un derecho fundamental, la medida debe

²⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de octubre de 2012, serie C, núm. 251, párrafo 85.

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, *cit.*, p. 154.

tener un control más intenso y la presunción de proporcionalidad debe perder fuerza.²⁵⁶

En resumen, si no se encuentran medios alternativos más benignos que el establecido, entonces éste debe someterse al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Si hay medios alternativos y su implementación puede fomentar el fin en igual o parecida medida que el establecido, y si la implementación de los medios alternativos restringe en menor medida los principios iusfundamentales que a través del medio establecido, entonces la medida establecida no es proporcional en sentido amplio. Si hay medios alternativos y pueden fomentar el fin en igual o parecida medida que el establecido, y su implementación restringe en igual o mayor medida los principios iusfundamentales que a través del medio establecido, entonces la medida establecida queda como la menos lesiva y el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe ser llevado a cabo.²⁵⁷

3. *El principio de proporcionalidad en sentido estricto*

Como se citó anteriormente, los principios exigen la máxima realización posible, tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. Los primeros dos subprincipios responden a las posibilidades fácticas, el principio de proporcionalidad en sentido estricto responde a las posibilidades normativas.

Este subprincipio está regido básicamente por la *ley de ponderación*: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.²⁵⁸

Por lo tanto, debe revisarse si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importan-

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2009, p. 114.

²⁵⁸ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 15.

cia de la realización del fin perseguido por la medida establecida.²⁵⁹ No basta que una medida sea adecuada técnicamente y resulte la menos lesiva (subprincipios de idoneidad y necesidad) para justificarla, la exigencia de justificabilidad exige más. Esto consiste en que los argumentos ofrecidos a favor de la intervención en un principio deben ser considerados de cara a los argumentos que hablan en contra de ésta.²⁶⁰

En otras palabras, se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización de la medida establecida, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin.²⁶¹ Lo que se pondera no es en sí la medida establecida, sino el derecho fundamental afectado frente al derecho o principio que fundamenta la medida estatal (el fin de la medida).²⁶²

Por lo tanto, la regla sería que si la restricción al derecho fundamental guarda una relación proporcional en sentido estricto con el fin de la medida establecida, entonces la medida es proporcional en sentido amplio. Si la restricción al derecho fundamental no guarda una relación proporcional en sentido estricto con el fin de la medida establecida, entonces la medida no es proporcional en sentido amplio.²⁶³

En palabras similares, la Corte mexicana reconoce que en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitu-

²⁵⁹ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 182.

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 962.

²⁶² *Idem.*

²⁶³ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *cit.*, p. 165.

cional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental.²⁶⁴

Para poder conocer la proporcionalidad en sentido estricto de una medida, Robert Alexy divide el examen de este subprincipio en tres fases. A propuesta del autor de esta investigación, podría clasificarse de la siguiente manera:

- 1) *Primera fase o examen de intensidad de interferencia y satisfacción.* En esta primera fase debe constatar, por un lado, el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, y, por otro lado, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
- 2) *Segunda fase o asignación de pesos abstractos.* En esta fase se asigna un peso a los derechos o principios en colisión en abstracto, es decir, sin tomar en cuenta las circunstancias del caso, sino su relación con otros principios dentro del sistema jurídico al que pertenece.
- 3) *Tercera fase o justificación empírica.* En esta fase debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

Los elementos anteriores conforman lo que Robert Alexy denomina “fórmula del peso refinada”.²⁶⁵ Para entender su formulación, a continuación se profundiza en cada una de las fases antes citadas.

A. *Primera fase o examen de intensidad de interferencia y satisfacción*

En esta primera fase debe definirse el grado de la satisfacción y de afectación de los principios. El resultado deviene de hacer

²⁶⁴ Cfr. Tesis 1a. CCLXXII/2016, “Cuarta etapa del test de proporcionalidad. Examen de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida legislativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2016, p. 894.

²⁶⁵ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 183.

un balance entre el grado de afectación del primer principio (P_i) sobre el segundo, sobre el grado de satisfacción del segundo principio (P_j) en el caso de la no realización del primer principio (P_i).

Para llegar a determinar el grado de intensidad en la intervención o satisfacción, Bernal Pulido distingue dos niveles a evaluarse: el nivel analítico-normativo y el nivel empírico.²⁶⁶

En el nivel analítico-normativo, la intervención en el derecho fundamental depende de la fundamentalidad o el significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición *prima facie* afectada por la intervención de la medida establecida, dentro del ámbito normativo del derecho respectivo.²⁶⁷ Por el contrario, la intensidad de la realización del fin de la medida establecida depende de la fundamentalidad o del significado que el fin de la intervención en el derecho fundamental ostente dentro de su ámbito normativo, esto es, la satisfacción de intereses individuales o colectivos que el fin garantiza.

Es decir, cuanto más fundamental sea la posición *prima facie* afectada por la intervención legislativa dentro del ámbito normativo del derecho fundamental al que se adscribe, mayor será la intervención en este derecho y mayor será el peso que deberá atribuirse al mismo en la ponderación. Correlativamente, cuanto más fundamental sea el principio constitucional del fin de la medida establecida, mayor será la intensidad de la realización y mayor será el peso que deba otorgarse en la ponderación.²⁶⁸

En el nivel empírico, la intensidad, tanto de la intervención como de la satisfacción, dependerá de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con que la medida establecida afecte negativamente al derecho intervenido, o contribuya a obtener el fin, respectivamente.²⁶⁹

²⁶⁶ Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 967 y 968.

²⁶⁷ *Idem.*

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 151.

²⁶⁹ *Idem.*

Ahora bien, para medir el grado en sí, retomamos la escala triádica o de tres intensidades que propone Robert Alexy como aquella que refleja la práctica en la argumentación jurídica.²⁷⁰

Los tres rangos que pueden designarse para identificar el grado de intervención o satisfacción son “leve”, “moderado” o “grave”.²⁷¹ Ahora bien, los valores asignados a estos grados pueden representarse mediante la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 ; esto es 1, 2 y 4.²⁷²

Para ilustrar la fórmula del peso, Alejandro Nava Tovar usa los elementos W_{ij} o WP_{ij} que representan el resultado de medir el peso concreto del principio P_i en las condiciones C concretas del asunto a decidir, en relación con el principio en colisión P_j , lo que representa, a su vez, la relación de precedencia condicionada entre éstos.²⁷³

Entonces, respecto a la primera fase, los elementos I_i o IP_iC representan la intensidad de la interferencia con P_i por parte del medio establecido (M), cuya proporcionalidad deberá ser examinada. Los valores I_j o IP_jC representan la intensidad de los efectos negativos que la omisión de la interferencia con P_i tendría para el principio en colisión P_j .²⁷⁴

Lo anterior quedaría esquematizado de la siguiente manera:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

²⁷⁰ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 22.

²⁷¹ *Idem.*

²⁷² De acuerdo con Robert Alexy, esta serie se diferencia de la serie aritmética (1, 2, 3, 4) esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales, sino que se incrementan. De esta manera puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la intensidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución; *cf.*, *ibidem*, p. 32.

²⁷³ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 185.

²⁷⁴ *Idem.*

En el ámbito analítico-normativo, la intervención de la medida establecida en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho que cuando elimina sólo alguna de ellas. Correlativamente, el favorecimiento del principio constitucional opuesto deberá ser catalogado como más intenso si la intervención consigue actualizar jurídicamente todas las posiciones adscritas a dicho principio que si sólo actualiza algunas de ellas.²⁷⁵

En el ámbito empírico, cuanto más valor tenga una determinada posición iusfundamental, desde la perspectiva temporal, espacial y material, como condición para que el derecho fundamental pueda realizarse, mayor será la fundamentabilidad de dicha posición y, por lo tanto, mayor el peso del derecho fundamental en la ponderación cuando dicha posición sea afectada por la medida. De modo correlativo, cuanto más valor tenga el fin de la medida establecida, desde las perspectivas temporal, espacial y material, como condición para la realización del fin, mayor será la fundamentabilidad de dicho fin y, por lo tanto, mayor el peso del principio constitucional en la ponderación.²⁷⁶

Retomemos el caso de la revista *Titanic* para ilustrar lo formulado hasta este momento. La difundida revista satírica *Titanic* llamó primeramente “asesino nato”, y en una entrega posterior, “inválido”, a un oficial de reserva parapléjico que exitosamente había gestionado su llamado a un entrenamiento militar. A instancia de éste, el Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a *Titanic* a satisfacer una indemnización compensatoria y satisfactoria que ascendía a 12,000 marcos; la revista promovió la queja constitucional.²⁷⁷

²⁷⁵ Cfr., Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 972.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 981.

²⁷⁷ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, cit., p. 10.

La ponderación casuística de principios fue entre la libertad de expresión de los interesados, por el lado de la revista, y el derecho general a la personalidad del oficial, cuya medida establecida fue el pago de una indemnización. Como primer momento, fue necesario medir la intensidad de la intervención.

La condena al pago de la indemnización puede ser clasificada desde el punto de vista analítico-normativo como *intensa o grave*, tomando en consideración la posición de la que goza la libertad de expresión dentro de un sistema constitucional democrático, y que la medida determinada elimina muchos elementos de la libertad de expresión de la revista. Asimismo, desde el punto de vista empírico, la medida puede considerarse como una intervención *grave*, debido a que menoscaba en una temporalidad duradera (ya que no podrían publicar artículos similares), espacial y material, la disposición futura de los demandados a conformar su revista como hasta entonces lo habían hecho.²⁷⁸

De lo anterior, podemos asignar los valores respectivos que pueden resumirse en *grave*.

$$W_{ij} = \frac{4}{I_j}$$

La finalidad de la medida era proteger el derecho a la personalidad (dignidad) de la persona afectada, quien fue llamada, en un primer momento, “asesino nato”, y, posteriormente, “tullido”.

No obstante, era necesario hacer el examen empírico de la intensidad de la intervención y satisfacción, bajo el análisis por separado de las acciones de llamar “asesino nato” y después “tullido”.

Sobre el señalamiento de “asesino nato”, el Tribunal consideró que, en el contexto de la sátira de la revista, más personas fueron llamadas en ésta como algo “nato”, de maneras “noto-

²⁷⁸ *Idem.*

riamente humorísticas”, que van desde bromas verbales hasta modos impregnados de bobería, como el entonces presidente Federal Richard von Weizsäcker, quien fue llamado “ciudadano nato”.²⁷⁹ Desde una posición analítica-normativa, podemos afirmar que la medida busca proteger el derecho a la personalidad de la persona afectada, lo que se favorece en una intensidad *fuerte*. Sin embargo, desde una posición empírica, la medida no consigue una realización completa del fin, y que la palabra “nato” no es una ofensa grave a la dignidad de la persona. Por lo tanto, puede considerarse como *leve*.

Entre la calificación de *grave* analíticamente, pero *leve* empíricamente, podemos decir que el grado de interferencia es *moderado*, entonces es 2. Por lo tanto:

$$W_{ij} = \frac{4}{2}$$

De este primer examen se puede justificar que la condena a indemnizar es una medida grave en el derecho fundamental a la libre expresión, pues tendría que ser al menos igualmente grave el perjuicio del derecho a la personalidad que ella debe compensar; el Tribunal Constitucional Federal lo consideró así y calificó de desproporcionada la intervención en la libertad de expresión y, por lo tanto, concedió el amparo a la revista *Titanic* en este aspecto.

Ahora bien, respecto a llamar “tullido” a una persona lixiada, podemos evaluar lo siguiente. Decíamos que, desde un aspecto analítico-normativo, la importancia de la satisfacción del fin de la medida es *intensa* debido a que protege la dignidad. Desde el aspecto empírico, la importancia de la satisfacción del fin de la medida es *más que intensa*, debido a que llamar “tullido” a una persona parapléjica afecta gravemente su derecho a la

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 11.

personalidad, pues se entendería como una humillación pública, y expresa desprecio. De esta manera, los valores pueden ser los siguientes:

$$W_{ij} = \frac{4}{4^*}$$

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la queja de la revista *Titanic* era infundada en lo que se refería a la publicación en la que llaman “tullido” a una persona inválida.

B. Segunda fase o asignación de pesos abstractos

El peso abstracto de un principio es el peso que se le asigna en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto.²⁸⁰ El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. El ejemplo usado normalmente es el valor que se le asigna al derecho a la vida, el cual es mayor a cualquier otro derecho, como el de la libertad, pues para poder ejercer ésta es necesario estar vivo.²⁸¹

De la misma manera, la jurisprudencia constitucional de diversos países, en ocasiones, ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana.²⁸²

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 23.

²⁸¹ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *cit.*, p. 56.

²⁸² Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres Nieto, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, p. 23.

Esta variable en la fórmula es una valoración material y abstracta de los principios en colisión. Su graduación dependerá de las consideraciones morales e ideológicas del juez y la toma de posición que tome éste respecto a la teoría sustancial de la Constitución.²⁸³ Por ejemplo, si se asume una teoría individualista, entonces es probable que el juez determine que el peso más alto es para la libertad. Por el contrario, si la teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá más peso a los principios vinculados con los bienes colectivos.²⁸⁴

Algunos de los criterios que ayudan a fundamentar la asignación del peso abstracto a los principios en juego son: *a*) la jerarquía constitucional de los principios, conforme al cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador, carentes de respaldo constitucional directo) respecto de los principios constitucionales de primer grado (los que cuentan con apoyo en una disposición constitucional); *b*) la prioridad de los principios que expresan derechos individuales o colectivos; *c*) el refuerzo que tengan los derechos en cuestión de conformidad con las garantías reconocidas para su protección (amparo, recursos, instituciones, etcétera); *d*) si el derecho pertenece a la protección esencial de un grupo vulnerable o no (como el derecho de autonomía de los pueblos indígenas, esencial para su existencia); *e*) la vinculación de la posición afectada o protegida con el principio democrático y la dignidad humana; *f*) el reconocimiento de la prioridad de un principio sobre otro en decisiones precedentes referidas a casos análogos.²⁸⁵

De acuerdo con los elementos usados por Alejandro Nava Tovar, W_i o WPA_i y W_j o WPA_j , representan los pesos abstractos

²⁸³ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 1002.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 1003.

²⁸⁵ Lopera Mesa, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 127.

de P_i y P_j . Aquí nuevamente se usan los valores asignados para la escala triádica correspondiente a la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 ; esto es, 1, 2 y 4.

Como citamos, las valoraciones asignadas dependen del sitio que ocupen los derechos frente a variables normativas dentro de un sistema jurídico determinado, así como de la discrecionalidad que realice el juez tomando como referencia las primeras.

Siguiendo con el caso de la revista *Titanic*, diríamos que el peso abstracto del derecho a la libertad de expresión es 4, y el peso abstracto del derecho a la dignidad también es 4, tomando como referencia las variables normativas. Entonces:

$$W_{ij} = \frac{W_i}{W_j}$$

$$W_{ij} = \frac{4}{4}$$

En muchos casos, el peso abstracto de los principios en colisión es igual, por lo que es posible reducir esta variante de la fórmula refinada del peso, pues los valores se neutralizan y entonces pueden desaparecer de la fórmula.²⁸⁶

Sin embargo, también puede resultar esclarecedor usar esta variable para tener otros aspectos que permitan determinar el grado de precedencia de un principio sobre otro en el caso concreto. Por ejemplo, una intervención que se calificó como *leve* (1) en un principio con elevado peso abstracto (4), tiene una igual importancia que una intervención *grave* (4), que se lleva a cabo a causa de una omisión, en un principio con escaso peso abstracto (1).²⁸⁷

²⁸⁶ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 185.

²⁸⁷ Alexy, Robert, "Principios formales", *cit.*, p. 37.

C. Tercera fase o justificación empírica

Esta fase complementa la fórmula del peso refinada. En ella se trata de valorar el grado de seguridad o fiabilidad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro.²⁸⁸

La fiabilidad es un factor que no se refiere a las cosas en abstracto, en nuestro caso la intensidad de interferencia y los pesos abstractos, es decir, no es un factor óntico. Es, más bien, un factor referido al conocimiento de las cosas del caso en concreto. Esto quiere decir que es un factor epistémico.

La regla que establece Robert Alexy para otorgar valor a esta tercera fase es la siguiente: “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.²⁸⁹

En este examen también es aconsejable usar una escala trídica como en las dos anteriores fases; sin embargo, para medir las certezas o fiabilidad de las premisas empíricas, aconseja usar los grados epistémicos de seguro (*s*), plausible (*p*) o no evidentemente falso (*e*). Como constituye el último factor en la fórmula refinada del peso, los valores atribuidos a los grados epistémicos hacen una diferencia a la hora del cálculo, por lo que a *s* le corresponde 2^0 ; a *p*, 2^{-1} , y a *e*, 2^{-2} ; es decir, 1, $1/2$ y $1/4$.²⁹⁰

Usando los elementos de Alejandro Nava Tovar, para identificar las premisas empíricas en la fórmula del peso se usaría R_i^e y R_j^e , que representan la certeza o fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida (M) en cuestión para la no realización de P_i y la realización de P_j en las circunstancias del caso concreto.²⁹¹

²⁸⁸ *Idem.*

²⁸⁹ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 38.

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 185.

El ejemplo para ilustrar este subexamen lo retomamos de Bernal Pulido. Sobre el famoso caso de la negación de los progenitores de una niña para transfundirle sangre, bajo la objeción de que su religión no les permite tal acción, el peso del derecho a la vida y a la religión de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera.²⁹²

Las premisas empíricas de que de no realizarse M (es decir, la transfusión de sangre) se afectaría la vida de la menor, es seguro y por lo tanto el grado es 1. Por el contrario, las premisas empíricas también indicarían que, de realizarse M, es seguro empíricamente que se restrinja la libertad de culto de la menor y de los progenitores, por lo que también recibe el grado 1. De esta manera:

$$W_{ij} = \frac{R_i^e}{R_j^e}$$

$$W_{ij} = \frac{1}{1}$$

D. Conclusiones del principio de proporcionalidad en sentido estricto

La fórmula del peso en su versión completa, propuesta por Robert Alexy, contiene las intensidades de las intervenciones de los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, ocasionadas por la medida establecida.²⁹³

La representación quedaría de la siguiente manera:

²⁹² Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar...”, *cit.*, p. 25.

²⁹³ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 33.

$$W_{ij} = \frac{I_i + W_i + R_i^e}{I_j + W_j + R_j^e}$$

Para ilustrar el balance de principios a través de esta fórmula, usemos nuevamente el ejemplo de Bernal Pulido por permitir un desarrollo muy sencillo y claro del cálculo.

El peso del derecho a la vida y a la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa ($I_i = 4$), al igual que su peso abstracto (se trata de la vida: $W_i = 4$) y la certeza de las premisas como seguras (existe un riesgo inminente de muerte $R_i^e = 1$).²⁹⁴

Paralelamente, la satisfacción de la libertad de culto y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media ($I_j = 2$), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse $W_j = 2$), y la seguridad de las premisas sobre su afectación como seguras (es seguro que ordenarles llevar a su hija al hospital supone una restricción de la libertad de culto, $R_j^e = 1$).²⁹⁵

Así, el peso del principio prevaleciente (W_{ij}) resulta del cociente entre el producto de *a*) la afectación del principio W_i en concreto, *b*) su peso abstracto y *c*) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación; y el producto de *a*) la afectación del principio W_j en concreto, *b*) su peso abstracto, y *c*) la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación.²⁹⁶

Tomando como referencia el derecho a la vida y a la salud, el resultado sería el siguiente, a partir de una multiplicación de los valores:

²⁹⁴ Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar...”, *cit.*, p. 25.

²⁹⁵ *Idem.*

²⁹⁶ *Idem.*

$$W_{ij} = \frac{4 + 4 + 1}{2 + 2 + 1} = \frac{16}{4}$$
$$\frac{16}{4} = 4$$

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente (para poder obtener el valor de la ponderación del otro principio es necesario invertir los valores en la fórmula):

$$W_{ji} = \frac{2 + 2 + 1}{4 + 4 + 1} = \frac{4}{16}$$
$$\frac{4}{16} = 0.25$$

Ahora bien, de conformidad con este ejercicio, podría concluirse que la satisfacción de la libertad de culto y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres (satisfecho sólo en 0.25) no justifica la intervención en los derechos a la vida y a la salud de la niña (afectados en 4). Estos últimos derechos tendrían que preceder la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.²⁹⁷

Sin embargo, es importante resaltar que las series de factores que miden el valor del peso abstracto y el de las certezas empíricas se pueden neutralizar entre sí al obtener el mismo valor cada uno. La fórmula del peso puede reducirse o ampliarse dependiendo de la complejidad de cada caso concreto. En conse-

²⁹⁷ *Idem.*

cuencia, a causa de su respectiva igualdad, los pesos abstractos y los grados de seguridad de las premisas empíricas pueden ser eliminadas de la fórmula completa y solamente dejar el análisis del grado de la interferencia de los principios, para quedar como sigue:²⁹⁸

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

Laura Clérico resume los resultados a los que se puede llegar en el principio de proporcionalidad en sentido estricto:²⁹⁹

- 1) La restricción del derecho (ocasionada por la medida establecida) es desproporcionada en sentido estricto y, por ende, en sentido amplio.
- 2) La restricción al derecho es proporcional en sentido estricto y, por ende, en sentido amplio.

Si es el primer resultado, entonces la medida establecida debe declararse inconstitucional. Si es el segundo resultado, el examen de proporcionalidad termina, pero esto no quiere decir forzosamente que la medida pueda ser declarada constitucional, sino que puede ser sometida a otro tipo de exámenes de constitucionalidad, como el examen de igualdad.

Asimismo, la fórmula del peso puede extenderse si hay más de dos principios en colisión. Los principios pueden acumularse aditivamente; sin embargo, no pueden ser sustancialmente redundantes, sino materialmente diferentes.³⁰⁰ En este caso, W_i representaría a todos los derechos fundamentales o principios

²⁹⁸ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 33; Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 186.

²⁹⁹ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, *cit.*, p. 286.

³⁰⁰ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 41.

que se afectan negativamente mediante la intervención de W_j ; y W_j representaría todos los derechos fundamentales o principios que soportan la medida establecida.³⁰¹

Sin embargo, en la fórmula no necesariamente pueden acumularse aditivamente, sino podrían ponderarse todos los principios que jugaran a favor de la medida que se examina, en conjunto a todos los que juegan en contra de ella. Alexy afirma que, en este tipo de examen, el derecho fundamental cuya vulneración se examina dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa.³⁰²

Por lo tanto, la fórmula extendida con más de dos principios quedaría de la siguiente forma, siendo los principios adicionales W_m que juega en contra de la medida, y W_n que juega a favor de la medida:

$$W_{ij} = \frac{I_i * W_i * R_i^e}{I_j * W_j * R_i^e} + \frac{I_m * W_m * R_m^e}{I_n * W_n * R_n^e}$$

IV. LA RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Al inicio de este capítulo afirmamos que la estructura de la proporcionalidad es fundamental para poder tomar decisiones racionales, y por lo tanto decisiones legítimas, que no aspiran a ser la única respuesta correcta, pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse bajo los esquemas democráticos de una Constitución.

La ponderación de derechos a través de cálculos ayuda a racionalizar la estructura de la argumentación, pero este cálculo no debe sustituir lo que verdaderamente importa: el criterio de

³⁰¹ *Idem.*

³⁰² *Idem.*

la ponderación reside en la valoración del órgano que la realice.³⁰³ La formulación del principio de proporcionalidad no busca crear un modelo algorítmico que suprima por completo la discrecionalidad del juez para alcanzar una respuesta única y correcta.³⁰⁴

Sin embargo, realizar una argumentación, tomando como guía el principio de proporcionalidad, permite demostrar que ciertos argumentos tuvieron mayor peso racional frente a otros argumentos en contrario. En tanto se siga una estructura coherente, no cualquier respuesta puede darse en un procedimiento racional y no cualquier respuesta es posible en un marco constitucional democrático. El control de constitucionalidad a través del principio de proporcionalidad permitiría distinguir entre argumentos fundamentables, no fundamentables y otros en los que el desacuerdo institucional podría permanecer, pero no cualquier argumento puede ser ofrecido.³⁰⁵

Ejemplo de ello es el estándar anterior de la prueba de daño que citamos en el capítulo correspondiente. El esquema que se estableció para la aplicación de la prueba de daño resultaba problemático, pues se exigía argumentar en favor de criterios vagos que demostraran un “daño presente, probable y específico”. Aportar elementos solamente sobre estas referencias para realizar una prueba de daño resultaba muy confuso para los sujetos obligados, pues no existía un estándar claro de lo que debía entenderse como “presente”, “probable” y “específico”.

Además, este ejercicio no cumplía cabalmente con las exigencias de ser una herramienta que permitiera reducir la discrecionalidad a la hora de restringir el acceso a la información, pues bastaba con que se argumentara en el sentido del “daño” para reservar la información, pero no existía una exigencia que permitiera contrastar esos argumentos con el “beneficio” de la apertura

³⁰³ Nava Tovar, Alejandro, *op. cit.*, p. 191.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 197.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 196.

de la información. Es decir, este ejercicio carecía de una verdadera ponderación de principios o derechos.

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de muchas críticas. Las dos críticas principales a este principio, y que han sido atendibles por los que formulan y defienden aquél, es la que cuestiona la racionalidad del principio de proporcionalidad y aquella que cuestiona la legitimidad de los jueces y órganos que aplican el control de constitucionalidad a través del principio de proporcionalidad.³⁰⁶

1. *Crítica a la racionalidad del principio de proporcionalidad*

Una de las primeras objeciones a la racionalidad del principio de proporcionalidad es que éste carece de un concepto claro y una estructura jurídica precisa para otorgar valores a los principios y, por lo tanto, se convierte en una fórmula retórica y subjetiva del propio juzgador.³⁰⁷

³⁰⁶ Laura Clérico se pregunta ¿cuál es el sentido de intentar debilitar algunas críticas que desde un principio tratan de desacreditar el modelo de la ponderación y, a su vez, no intentan racionalizar las soluciones a las colisiones iusfundamentales en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto? Desde esta perspectiva, ella clasifica las críticas que sí son atendibles de la siguiente manera: 1) metodológicas, 2) dogmáticas y 3) políticas. La primera se refiere a la racionalidad de la ponderación; la segunda, a la falta de desarrollo de una dogmática de ponderación más específica referida a su aplicación, y la tercera, sobre el peligro de ampliación de la competencia jurisdiccional en desmedro de la competencia parlamentaria. Sobre la segunda, Clérico afirma que es plausible; no se descarta la creación de una teoría general de la ponderación, y el intento para formularla son los trabajos que se llevan a cabo sobre la profundización del principio de proporcionalidad. *Cfr.* Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, cit., p. 296.

³⁰⁷ Esta crítica nace de Habermas, quien señala que hacen falta parámetros racionales para la ponderación, de esta manera es solamente una aplicación arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios. Citado por Alexy en “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, cit., p. 7.

Es decir, no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para las personas facultadas para interpretar derechos y ponderarlos, y que sirvan para poder controlar las decisiones del juez. Por lo tanto, la estructura estaría vacía, basada exclusivamente en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez.³⁰⁸

Sobre esta primera objeción, Bernal Pulido advierte que el principio de proporcionalidad no excluye las apreciaciones subjetivas del juez, pero tampoco está basado únicamente en las mismas.³⁰⁹ La objetividad ideal es algo que no puede alcanzarse con ningún método interpretativo, porque siempre influirán los condicionamientos de la persona que lo aplica. Por ejemplo, el método de interpretación a través del silogismo tampoco extingue por completo la subjetividad, pero esto no lleva a concluir que el silogismo es irracional.³¹⁰

Solamente puede exigirse una objetividad ideal si se trata de un sistema jurídico igualmente ideal. Sin embargo, decisiones de este tipo no son deseables para el sistema jurídico, pues las disposiciones jurídicas amparadas en los derechos fundamentales son siempre indeterminadas, pues no deben sujetarse a un tiempo, espacio e ideales desde donde se aprueban. Además, un sistema idealmente objetivo y completo anularía por completo los espacios de deliberación política, elemento esencial de cualquier sistema democrático y respeto de autonomía de los poderes que conforman un Estado.³¹¹

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no carece tampoco de racionalidad, en la medida en que su estructura está dirigida a buscar una decisión clara y consistente susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho.³¹²

³⁰⁸ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *cit.*, p. 46.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 48.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹¹ *Ibidem*, p. 50.

³¹² De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, una fundamentación es consistente desde el punto de vista normativo si se llega a los mismos resultados cuando tie-

La estructura de la ponderación a través del principio de proporcionalidad, descrita en todos sus elementos en los apartados anteriores, provee de una medida común para comparar los principios y da lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho. El objetivo es establecer una relación de precedencia condicionada entre los principios a la luz de las circunstancias del caso.³¹³

La subjetividad tampoco desaparece del principio de proporcionalidad, pero la utilidad de éste es que enmarca y esclarece cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara en el juez o en la persona u órganos que lo aplican.³¹⁴

Una segunda objeción a la irracionalidad de la ponderación es que los derechos fundamentales o principios que se ponderan son dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no podrían compararse. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad tendría el problema de la inconmensurabilidad, ya que sería difícil otorgar valor a los principios en colisión y encontrarles una medida común.³¹⁵

Robert Alexy acota el problema en que la conmensurabilidad se puede alcanzar siempre que, desde un discurso racional, se encuentra un punto de vista común para ponderar los principios. La inconmensurabilidad aparece en tanto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común.³¹⁶

El ejemplo de la inconmensurabilidad que usa Alexy se presenta cuando un intérprete de la Constitución le dijera a otro que, desde su punto de vista, cierta cosa es válida, mientras lo contrario fuese válido desde el punto de vista del otro. Entonces, cada uno estaría en lo correcto desde su punto de vista, y no sólo ninguno se equivocaría, sino que tampoco podría ser criticado, porque no

nen lugar los mismos hechos y cuando se justifican todos los resultados distintos. *Ibidem*, p. 52.

³¹³ *Ibidem*, p. 60.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 63

³¹⁵ *Ibidem*, p. 47.

³¹⁶ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, *cit.*, p. 28.

existiría un punto de vista unitario o común desde el cual pudiese demostrarse que algo es falso. Como consecuencia, sería imposible un discurso sobre la respuesta correcta que fuese más allá de la retórica vacía y que, en ese sentido, fuese racional.³¹⁷

Pero lo racional sería lo contrario: encontrar un punto de vista común desde lo que predica la Constitución, no desde el punto de vista personal. El punto de vista común aparece tan pronto como aparece el discurso racional, que se deja guiar por las ideas regulativas de lo correcto desde la perspectiva de la Constitución.³¹⁸

La conmensurabilidad a través del discurso racional se refleja a través de la escala tríadica de valores. El punto de vista común podría definir la intensidad “leve”, “moderada” y “grave” de los principios en colisión.³¹⁹ Así, por ejemplo, que una revista satírica llame “tullido” a un parapléjico constituye claramente una ofensa grave contra su derecho al honor que, a la vez, contribuye sólo de manera leve a la satisfacción de la libertad de expresión.³²⁰

Sin embargo, existen casos difíciles en los cuales graduar los principios en un contexto determinado es incierto y depende de las circunstancias y la subjetividad. Por ejemplo, para un creyente sería más importante la muerte bajo el cumplimiento de sus reglas religiosas que la continuación de una vida impura, en pecado, a la que sobrevenga una condena eterna. Los casos difíciles dependerán del margen de libertad y autonomía que la Constitución ha deparado a un individuo o a un colectivo. He aquí un espacio de margen de deliberación del juez.³²¹

2. *La legitimidad en el principio de proporcionalidad*

Otra de las críticas más influyentes sobre el principio de proporcionalidad es sobre la legitimidad de los jueces u órganos que

³¹⁷ *Idem.*

³¹⁸ *Idem.*

³¹⁹ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, *cit.*, p. 56.

³²⁰ Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento...”, *cit.*, p. 28.

³²¹ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

dotan de contenido a los principios a través del principio de proporcionalidad, por carecer de legitimidad directa del pueblo, tal como la goza el órgano parlamentario.

Esta crítica se desprende de la primera que explicamos, dado que la aplicación del principio de proporcionalidad, al carecer de criterios jurídicos certeros, el intérprete se ve compelido a llevar a cabo valoraciones subjetivas, lo que constituye una intervención ilegítima en la competencia legislativa para configurar la Constitución.³²²

La contraargumentación sobre esta crítica se ha desarrollado en dos vertientes. En la primera, Robert Alexy afirma que el principio de proporcionalidad es legítimo sólo cuando es compatible con la democracia. El problema de la representación democrática tiene una dimensión ideal en tanto erige una pretensión de corrección.³²³ Esto se refiere a que la democracia no es solamente un sistema de decisiones, sino también un sistema de argumentaciones. La representación del pueblo es tanto volitiva como argumentativa. Mediante la inclusión de la argumentación, la democracia se vuelve deliberativa en tanto permite institucionalizar el discurso como medio para la toma de decisiones de la sociedad.³²⁴

No obstante, alguien podría decir que cualquier argumento podría ser usado como si fuese representación del pueblo, aunque

³²² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 246 y 247.

³²³ Los participantes del discurso y del sistema jurídico necesariamente erigen una pretensión de corrección, la cual conecta al derecho con la moral, pero no con cualquier concepto de moral, sino con la moral entendida como una pretensión de justicia y de un contenido correcto del derecho. Para Alexy, tanto las normas y las decisiones judiciales individualizadas, así como los sistemas jurídicos como totalidad, erigen necesariamente una pretensión de corrección; en caso contrario, no deben considerarse como tales. La pretensión de corrección posee la peculiaridad de incorporar las deficiencias morales de las normas en sus propiedades jurídicas. *Cf.*, Nava Tovar, *op. cit.*, pp. 252-255.

³²⁴ Nava Tovar, *op. cit.*, p. 195.

está alejado de lo que los representados realmente piensan. La salida a este problema es el vínculo que hace Alexy entre lo que los órganos decisores argumentan y lo que el pueblo realmente piensa. De esta manera, el vínculo debe mostrar que *a*) no cualquier respuesta puede darse en el procedimiento racional, tal como lo vimos en el apartado anterior, y *b*) no sólo es necesario que los argumentos tengan la pretensión de representar al pueblo, sino que, además, un buen número de personas debe estar dispuesto a aceptar la fundamentalidad de los argumentos por la mera razón de que estos argumentos son correctos.³²⁵

La otra variante de contraargumentación es el ejemplo que da Alexander Aleinikoff; la superación de la constitucionalidad del principio de proporcionalidad podría hallarse en la idea de que la jurisdicción constitucional está dotada de la legitimidad necesaria para ponderar los bienes que entran en conflicto como consecuencia de las actuaciones estatales, porque su función consiste en corregir los errores de “cálculo legislativo”. Es decir, realiza una interpretación constitucional.³²⁶

Las ponderaciones judiciales tienen el carácter posterior y definitivo, contrario a los actos legislativos.

Por ejemplo, la prueba de daño como una materialización del principio de proporcionalidad en materia de acceso a la información superaría esta crítica, en la medida que su aplicación interpretativa ha sido ordenada por el Congreso General a través de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y encargada a los comités de transparencia de los sujetos obligados.

³²⁵ Para Aarnio, la objetividad de las decisiones jurisdiccionales consiste en la aceptabilidad racional de las decisiones de un determinado juez, como puede ser el Tribunal Constitucional, dentro de una comunidad de interlocutores. Véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 295.

³²⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 250-254.

V. ADOPCIÓN DE LOS ESTÁNDARES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE DAÑO

Del análisis que se ha realizado sobre los estándares normativos de la prueba de daño, frente a la aplicación que los sujetos obligados están realizando (como los casos ejemplificativos de la UNAM, el INE y la SCJN), se advierte que se requieren acreditar ciertos elementos, como la ponderación de intereses en conflicto, la acreditación del vínculo entre la difusión y la afectación, precisar las razones objetivas del riesgo de publicar la información contextualizado al caso en concreto, y que la opción de excepción que se elija debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la información.³²⁷

Por lo tanto, se considera que la estructura del principio de proporcionalidad es la herramienta interpretativa necesaria que ayuda a solventar las necesidades de dichos parámetros, en tanto el subprincipio de idoneidad responde a que la restricción al derecho fundamental debe tener un fin constitucionalmente legítimo y que la misma sea idónea para alcanzar el fin perseguido; el subprincipio de necesidad implica que la medida que se adopte para restringir el derecho debe ser la que menos dañe a los derechos en colisión, especialmente aquel que se restringe, y, por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige contrastar los argumentos a favor de la intervención de un derecho sobre los argumentos en contra de la intervención, tomando como referencia la fiabilidad de las asunciones empíricas relativas a lo que significa la medida en cuestión de la intervención o no intervención a la luz de las circunstancias del caso en concreto.

³²⁷ Los parámetros de la prueba de daño han sido profundizados en el primer capítulo. Asimismo, serán retomados y comparados en el capítulo quinto cuando se proponga la estructura del principio de proporcionalidad para la prueba de daño.

En este sentido, en el siguiente capítulo se desarrolla una propuesta metodológica para aplicar la prueba de daño por parte de los comités de transparencia de los sujetos obligados, la cual responde a los estándares antes señalados, y en la que se comprueba la compatibilidad y la factibilidad que existe entre el principio de proporcionalidad y la prueba de daño.