

# QUE REFORMA EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A CARGO DEL DIPUTADO JAIME FERNANDO CÁRDENAS GRACIA, DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PT

El suscrito, Jaime Fernando Cárdenas Gracia, diputado federal a la LXI Legislatura del Congreso de la Unión, integrante del grupo parlamentario del Partido del Trabajo, con fundamento en los artículos 71, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 6.1, fracción I, 77 y 78 del Reglamento de la Cámara de Diputados, someto a consideración del Pleno de esta soberanía, la siguiente iniciativa con proyecto de decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 14 constitucional con el propósito de obligar a todos los jueces y autoridades a interpretar desde la constitución y los tratados, garantizar la pluralidad de métodos interpretativos e, incorporar el principio de proporcionalidad como uno de los métodos para interpretar principios constitucionales.

## Exposición de Motivos

**I. Introducción.** Esta iniciativa tiene un triple propósito: obligar a todos los jueces y autoridades a interpretar el ordenamiento jurídico desde la Constitución y los tratados; garantizar la pluralidad de métodos interpretativos; e, incorporar a la Constitución el principio de proporcionalidad como uno de los métodos existentes para atender la interpretación de principios y el conflicto entre ellos.<sup>1</sup>

Las razones de la iniciativa obedecen a la necesidad de cambiar y dinamizar la cultura jurídica nacional. ¿Por qué necesitamos un cambio en la cultura jurídica del país?

Entre otras cosas, para acompañar el proceso de transición a la democracia. Es absurdo que la transición se planté sólo como cambio en las reglas del juego político que tienen que ver con el acceso y el ejercicio del poder público, pero que no se planté también como un cambio en la manera de concebir y entender el derecho por parte de los operadores jurídicos. Podríamos hipotéticamente acordar las mejores reglas e instituciones pero ello poco serviría si ese proceso no se acompaña con maneras diversas de entender lo jurídico y las potencialidades que esa nueva comprensión genera para mejor proteger y garantizar los derechos fundamentales y los principios democráticos. Un cambio en la cultura jurídica potenciaría los avances institucionales, les daría una profundidad que hoy no se tiene. Tengo la convicción, que entre otras razones, nuestra transición no ha avanzado lo suficiente, porque los operadores jurídicos la suelen frenar con sus visiones tradicionales sobre el Derecho, principalmente los límites que incorporan las escuelas tradicionales de la interpretación y la argumentación.

Hoy debemos entender el derecho y sus alcances de una manera diferente a la del pasado. Debemos remover dogmas y obstáculos para que lo jurídico no sea más un elemento de neutralidad y de asepsia social. El derecho tiene que estar comprometido con los fines y principios del ordenamiento, pero también con la realidad. El derecho no puede ser el obstáculo al cambio social sino el promotor del mismo, la palanca fundamental para nuestro desarrollo en sociedad.

Se nos enseñó en las facultades de derecho del país que el derecho sólo era un conjunto de normas externas, bilaterales, heterónomas y coactivas. Jamás nuestra comprensión ha visto el derecho desde la argumentación que las autoridades y operadores jurídicos hacen sobre las normas. Por otra parte, el Estado de derecho ya no es el imperio de la ley, sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores. La profundidad del Estado de derecho se mide por la pluralidad y calidad de la argumentación.<sup>2</sup>

El estado de derecho –como dice Pisarello<sup>3</sup> en su polémica con Eusebio Fernández- implica, por un lado el sometimiento del propio Estado a la legalidad pero también que es indispensable proteger la libertad de los ciudadanos de la injerencia ilegítima de los poderes públicos, sin importar que éstos cuenten con el apoyo coyuntural de la mayoría, sobre todo frente a fenómenos de corrupción o de terrorismo de Estado; pero, por otro, significa controles para los poderes privados, para el mercado, y garantías de derechos sociales de prestación para todos los ciudadanos que los protejan de las desigualdades de hecho que el propio mercado, librado a su propia lógica, produce. Además, el Estado de derecho hoy en día es constitucional, lo que entraña su carácter democrático,

promotor de la participación y deliberación ciudadana sobre todos los asuntos de relevancia pública, por ello está orientado hacia la protección de los derechos fundamentales, tanto de libertad como de naturaleza social, económica y cultural, así como incluyente con derechos fundamentales de nuevas generaciones, que se inscribe en un contexto de sociedades pluralistas, multiculturales y heterogéneas dentro de procesos de globalización. Igualmente, el estado de derecho contemporáneo no concibe al derecho exclusivamente como conjunto de reglas, sino también de principios jurídicos expresos e implícitos que subordinan el derecho infraconstitucional al constitucional, pero que debido a la indeterminación de la fuerza expansiva de los principios, es imprescindible la argumentación de todo el ordenamiento. Bien podríamos decir que el derecho de nuestro tiempo es argumentación; el estado de derecho no es ya el imperio de la ley sino el imperio del derecho, esto es, de la Constitución, de los principios y de la labor de intérpretes y argumentadores.<sup>4</sup>

La argumentación jurídica representa una superación de los métodos de interpretación tradicionales.<sup>5</sup> Los métodos interpretativos que hoy conocemos –gramatical, lógico, histórico, sistemático, etcétera- aparecen cuando se hizo evidente en el siglo XIX que era imposible el mito de la claridad de la ley. La teoría del derecho tuvo que idear algunos métodos interpretativos para que el derecho no perdiera en seguridad jurídica. Savigny estableció cuatro cánones de la interpretación (gramatical, lógico, histórico y sistemático) para permitir al intérprete hallar la idea immanente a la ley, averiguar el pensamiento del legislador, actuar con objetividad y certeza, sin margen para sus valoraciones personales. En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se dio total prevalencia a la averiguación de la voluntad auténtica del legislador, pues detrás de la letra de la ley hay una voluntad que ilumina, sin posibilidad para la incertidumbre. En Alemania, la jurisprudencia de conceptos entendió que por detrás de las normas jurídicas existe un entramado de conceptos que son expresión de una especie de razón jurídica universal. Conceptos como negocio jurídico, testamento, contrato, compra-venta, préstamo, no son puros nombres de coyunturales invenciones del legislador sino realidades ontológicas que permiten dar solución a cualquier conflicto. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, también en Alemania, el segundo Ihering propone el método teleológico o funcional basado en la vida social e histórica, en donde lo que importa para determinar el significado de la norma es analizar el fin o los fines a los que sirve. En Francia, Geny señala que la norma legal no agota el derecho ni predetermina la sentencia, con lo que queda siempre un amplio espacio para la valoración. Poco a poco, interpretar ya no es tanto conocer o averiguar, cada vez es más valorar y decidir; el referente de la sentencia correcta ya no lo proporciona un método de interpretación sino que ahora son criterios sociológicos de justicia.

El paso al irracionalismo estaba dado. Los irracionalistas sostienen que no hay método o procedimiento que pueda dotar de garantías a la decisión jurídica, que sería, sobre todo, una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez. En esta posición están teorías como el movimiento del derecho libre (Kantorowicz, Fuchs o Ehrlich) y el realismo jurídico estadounidense más extremo como el de Frank o también el realismo jurídico escandinavo de Alf Ross. Hans Kelsen forma parte también de esta corriente, pues la decisión del juez no tiene carácter científico, es política jurídica, un acto volitivo del juez que escoge entre distintas alternativas de solución y aplica el derecho al caso particular. Frente a los irracionalistas encontramos también posiciones racionalistas que consideran que sí es posible ofrecerle al juez pautas metódicas que permitan que su interpretación de los términos legales sea la correcta y la objetiva.

Las teorías de la argumentación son el producto de esta larga polémica histórica. Aceptan las críticas del irracionalismo pero intentan superarlas con medios diferentes a los de los racionalistas. Constituyen un nuevo paradigma porque no sólo se preocupan por la decisión jurídica de las autoridades, sino que traspasan el edificio jurídico y entienden el razonamiento jurídico como esencialmente dialógico, es decir, la práctica decisoria no está presidida por un razonar subjetivo sino por uno intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de conciencia subjetiva del intérprete sino los argumentos intersubjetivos; las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones no provienen de su correspondencia con una norma previa, sino de la aceptación de un hipotético auditorio universal capaz de ser convencido con las mejores razones aportadas. En las teorías de la argumentación importa cómo se argumenta, cómo se motiva, cómo se descubren los argumentos, cuáles son sus tipos y cómo se puede evitar la manipulación de los instrumentos retóricos. En otras palabras, si tenemos en cuenta el componente de irracionalidad que puede existir en cualquier decisión, se debe intentar darle un carácter de racionalidad a la argumentación.

Lo fundamental en todas estas teorías es el reconocimiento de que el razonamiento jurídico no es un proceso mecánico ni el derecho un sistema axiomático.<sup>6</sup> El derecho no sólo se conforma por reglas que obedecen a la interpretación silogística y a la subsunción, el derecho está también conformado por principios constitucionales y directrices y, desde luego es siempre reformulado por la argumentación.<sup>7</sup> El reconocimiento de los principios es clave para entender el modelo argumentativo del derecho en adición al normativo, realista, o puramente axiológico. Los principios y la argumentación han superado la visión formalista del derecho centrada exclusivamente en una de las expresiones de las normas que son las reglas.<sup>8</sup>

En nuestra tradición el derecho debía ser estatal, de origen legislativo, imperativo y de aplicación mecánica. Ninguna de esas cuatro características es correcta. El derecho no se origina sólo en los órganos del Estado (también en la sociedad, por ejemplo comunidades indígenas), el derecho más importante no está en la ley sino en la Constitución, las principales normas del sistema como la soberanía popular carecen de sanción y, la interpretación de normas constitucionales no es una operación mecánica ni silogística, sino una que recurre a la ponderación entre principios contrapuestos.

El neoconstitucionalismo a diferencia del “excesivo positivismo”<sup>9</sup> presenta a la Constitución como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho, sino mediante la ponderación; la Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso; la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino otro heterogéneo en donde los sentidos y significados de la Constitución son plurales y en ocasiones difícilmente compatibles.

En estas nuevas realidades se pone en evidencia que el derecho no siempre tiene origen estatal, rompiendo con ello, una de las ideas tradicionales del positivismo. En efecto el derecho tiene también orígenes plurales en las comunidades indígenas, los partidos, sindicatos, iglesias, organismos internacionales, etcétera, y no necesariamente ese mundo normativo que es eficaz, tiene el reconocimiento de los órganos del Estado. Además y debido a la importancia de la interpretación y de la argumentación, el derecho ya no descansa preponderantemente en cuanto a su origen y formación en los órganos legislativos, el derecho legislado es reelaborado por jueces y autoridades administrativas. Los tribunales constitucionales lo definen por encima del legislador cuando determinan los sentidos de las normas constitucionales. Aquélla visión de la escuela de la Exégesis sobre el papel del legislador racional (que no se equivoca, que no hace nada inútil, que es previsor, etcétera) ya no se sostiene, y el legislador ha dejado de ser el señor del derecho, su lugar lo ocupa el juez constitucional. La imperatividad del derecho también está en crisis: las principales normas del sistema carecen de sanción y su cumplimiento no depende de su grado de coerción sino de su nivel de legitimidad y respaldo social. En este sentido las características clásicas del derecho del positivismo han sido trastocadas. Existe pluralismo jurídico y no monismo, el derecho no tiene necesariamente un origen estatal, el legislador no es el sujeto por antonomasia del derecho y la coerción no es el dato fundamental para saber cuándo una norma debe ser considerada como jurídica.

La formalidad jurídica en el pasado negó que el derecho tuviese como origen un partido hegemónico que generaba el derecho para recrear el sistema. En la actualidad, la formalidad jurídica intenta negar que el derecho tiene su origen en la partidocracia y en los pactos entre los partidos, es decir, se rechaza que los contenidos de la ley están contractualizados y responden a la visión de la clase política y no desgraciadamente a la visión de los ciudadanos.

Desde la visión política del derecho no puede desconocerse que todo sistema normativo está dentro de un contexto y que como dicen los hermenéutas, los textos se leen o deben leer desde esos contextos. Los sistemas jurídicos no se producen por generación espontánea tienen una razón de ser y objetivos políticos evidentes. Ello obliga a estar abierto a nuestras realidades. En el pasado, el derecho mexicano provenía de un sistema autoritario<sup>10</sup> y en buena medida el orden normativo buscaba apuntalar y consolidar ese tipo de régimen. Principalmente el derecho público nacional pretendía lograr esos objetivos. Un repaso a la legislación electoral de la época y a la actuación de las autoridades que la aplicaban daría cuenta de lo que aquí se dice. El cambio del régimen que se dio principalmente en el ámbito electoral propició nuevas formas de entender el derecho electoral. Sin embargo, el resto del sistema

normativo sigue incólume, principalmente en cuanto a las reglas del ejercicio del poder público y en cuanto a la forma de entender y comprender el derecho desde la Constitución y los tratados.

**II. Razones de por qué todos los jueces y autoridades deben interpretar las normas secundarias desde la constitución y los tratados.** En México existe un indebido monopolio de la interpretación constitucional en la Suprema Corte, sin que exista fundamento constitucional alguno. La autoridad secundaria no interpreta “desde” la Constitución y no hay posibilidad del control difuso. Resultado: a) Empobrecimiento de la cultura jurídica y b) Alejamiento de los ciudadanos de la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación vía jurisprudencia y no con fundamento en el texto de la Constitución ha impuesto un monopolio totalmente indebido de interpretación constitucional. La Corte impide que otros tribunales del propio poder judicial como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la federación interpreten y desapliquen normas infraconstitucionales opuestas a la Constitución aunque ello implique una contradicción con los artículos 133, 128 y 41 de la norma fundamental.

El artículo 133 establece, como obligación para los jueces de las entidades federativas, la de resolver de conformidad con la Constitución federal y desaplicar normas infraconstitucionales que consideren contrarias a la carta magna. El artículo 128 determina que todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. El artículo 41, párrafo primero de la ley fundamental, refiere una obligación para los constituyentes originarios y revisores de las entidades federativas, cuando expresa: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de competencia de éstos, y por los de los estados, por lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos en la presente Constitución federal y las particulares de los estados que en ningún momento podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal”.

Es palmario que todos estos preceptos señalan la supremacía absoluta de la Constitución como lo indicara Antonio Martínez Báez<sup>11</sup> y sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se aparta de esos contenidos. Con ello se afecta el carácter normativo de la Constitución, la jerarquía de las normas y la validez jurídica del ordenamiento secundario.

El carácter normativo se lesiona porque la Constitución deja de ser una norma de trabajo para toda autoridad judicial y administrativa. Sólo unos cuantos –los miembros de la Suprema Corte- están en condiciones de aplicarla y de interpretarla. Las autoridades se desvinculan de la Constitución y no ven en ella una norma sino un documento político-social. Se disminuye la lealtad a la Constitución, la legalidad secundaria sustituye y abarca el universo del ordenamiento jurídico, y los valores, reglas y principios constitucionales sólo son vinculantes para jueces y autoridades de una manera indirecta.

La jerarquía de las normas se rompe, pues se tiene que seguir un camino indirecto y ajeno a la propia autoridad para determinar si se cumplió con el principio de jerarquía o si fue desatendido. Mucho menos puede hacerse un juicio sobre la ponderación en caso de conflicto entre normas y principios constitucionales. El juez común y la autoridad administrativa son menores de edad sin capacidad para entender, aplicar e interpretar la Constitución. El principio de jerarquía normativa en nuestro país es una ilusión para la mayoría de las autoridades.

Un concepto clave para el estado de derecho consiste en que los jueces y autoridades apliquen el derecho válido. Ese postulado es de difícil realización en México. Los jueces comunes y autoridades administrativas no saben si la norma que aplican es válida, o lo peor, a sabiendas que es inválida tienen que aplicarla, pues no tienen el poder, por lo menos así lo dice el dogma, para apartarla aún en el caso de que sea evidentemente contraria a la Constitución. El conjunto de nuestros jueces y funcionarios no pueden tener un papel crítico con su derecho, ni un compromiso con su actuación, son autómatas que suelen pronunciar mecánica y maquinalmente las palabras de la ley.

Las razones teóricas que se han dado en contra del artículo 133 de la Constitución son inatendibles. Tena Ramírez, por ejemplo, calificó al artículo 133 de la Constitución como “un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema”,<sup>12</sup> pero no esgrimió un solo argumento para responder el porqué debía considerarse a dicha norma

como incongruente o dislocadora, exclusivamente indicó que la intervención de jueces locales provocaría una verdadera anarquía en el sistema jurídico. Al parecer, lo único que tenemos para explicar la negativa al control difuso es un argumento *ad hominem* de signo elitista, pues estructuralmente los artículos 133, 128 y 41 pertenecen al ordenamiento constitucional.

El debate no es nuevo, y se remonta a Ignacio Vallarta que tuvo sus dudas sobre la conveniencia de un monopolio del Poder Judicial sobre el control de constitucionalidad.<sup>13</sup> Gabino Fraga, en su momento, sostuvo que: “el principio de la supremacía jerárquica de la Constitución es bastante para considerar que todos los poderes de la Federación, pueden, en lo que se refiere a su propia actuación, interpretar los textos constitucionales relativos sin que al hacerlo extralimiten su competencia o invadan la privativa de otro poder”.<sup>14</sup>

Antonio Martínez Báez de manera más comprometida adujo que existe la obligación de apartar el cumplimiento de las leyes contrarias o repugnantes a la Constitución, mediante el examen de la constitucionalidad de las normas secundarias, a toda clase de autoridades, aún al poder ejecutivo, particularmente a través de sus tribunales administrativos.<sup>15</sup> Más recientemente, Elisur Arteaga y Juventino Castro manifiestan posiciones favorables hacia un control de constitucionalidad por vía de excepción.<sup>16</sup> Hasta autores menos partidarios del control difuso como Ignacio Burgoa admiten que en los casos en que alguna ley o Constitución local contenga preceptos manifiesta y notoriamente opuestos a la ley suprema del país, los jueces de cada estado tienen el deber de no aplicarla y atender en sus fallos a los mandamientos de ésta.<sup>17</sup>

A pasar de la disputa doctrinal mencionada, el motivo de oposición al control difuso tiene que ver más con la desconfianza hacia los jueces y autoridades administrativas de este país que con una posición jurídica, en tanto que no hay norma en el texto constitucional que dé al Poder Judicial Federal el monopolio del control de constitucionalidad, y si en cambio, hay normas expresas que permiten sostener la viabilidad de un control difuso.

El origen del artículo 133 proviene de la cláusula segunda del artículo VI de la Constitución estadounidense,<sup>18</sup> y de la tradición sentada por el famosísimo caso *Marbury versus Madison*,<sup>19</sup> pero en el derecho latinoamericano donde confluyen tanto la tradición jurídica de Estados Unidos como la continental europea, encontramos ejemplos como en Perú y en Nicaragua, en donde el control concentrado y el difuso conviven,<sup>20</sup> pues se trata en todo caso, de que la Constitución sea realmente una norma suprema, y el criterio de validez para el resto del ordenamiento.

La presente iniciativa pretende que la norma constitucional de manera expresa obligue a todos los jueces y autoridades a interpretar desde la Constitución y los tratados con el propósito de que todos los jueces y autoridades del país tengan como marco de actuación a las normas de mayor jerarquía del sistema. No proponemos que cualquier juez o autoridad declare la inconstitucionalidad de las normas, lo que proponemos es que los jueces y autoridades armonicen los significados de las normas secundarias a los significados de la Constitución y los tratados. Que éstos vean la ley y los reglamentos desde los significados constitucionales y de los tratados, a fin de respetar el principio de supremacía constitucional y el principio de validez jurídica. De esta suerte, la interpretación y la aplicación jurídica, responderían más a los derechos fundamentales y a los principios democráticos. Lograríamos una vinculación mayor entre el texto constitucional, la ley y la realidad.

### **III. Razones que damos para explicar por qué debe privilegiarse la pluralidad de métodos interpretativos.**

Una Constitución pluralista y democrática no debe privilegiar un solo método porque se empobrecería la interpretación. Además, todo método interpretativo remite a una escuela jurídica, es decir una cierta visión unidimensional e incompleta del derecho. El método histórico remite al papel dominante que la Escuela Histórica tuvo en Alemania durante una parte del siglo XIX. El método exegético remite a la Exégesis, escuela dominante en Francia y en los países latinos en el siglo XIX. El método sociológico remite a las escuelas realistas que tuvieron influencia en la primera mitad del siglo XX. El método gramatical está vinculado a las escuelas formalistas del derecho. Los métodos axiológicos a las escuelas iusnaturalistas, etcétera.

Todos esos métodos y escuelas responden a una cierta concepción del derecho, a una forma de entenderlo, en donde a veces se privilegia la parte normativa del derecho, otras se favorece su comprensión axiológica y, en otras, sus facetas sociológicas. El derecho de nuestros no sólo es norma, también es hecho y valor, pero igualmente es

argumentación, afirmación de principios políticos democráticos o, defensa y garantía plena a los derechos humanos o a los derechos de equidad de género. Por eso ningún método debe prevalecer en la interpretación y todos deben ser empleados y, dependiendo de las circunstancias del caso y del contexto, alguno o algunos podrían tener mayor o menor relevancia.

Una forma de transformar la cultura jurídica nacional –excesivamente formalista- reside en aceptar la pluralidad de métodos interpretativos para fomentar una comprensión del derecho más abierta y plural. En pocas palabras más democrática porque entiende que no sólo la democracia tiene que ver con la pluralidad de los sujetos que interpretan las normas sino con la pluralidad de métodos empleados para resolver los conflictos y casos concretos.

**IV. Razones a favor de la incorporación del principio de proporcionalidad para interpretar y resolver conflictos entre principios constitucionales.** La subsunción y la aplicación mecánica están reservadas para los casos fáciles en donde no se ponen en duda las premisas. En los casos difíciles en donde se ponen en duda las premisas deben acudirse a formas argumentativas diversas, de carácter retórico u otras que se apoyan en el principio de proporcionalidad. El silogismo y la subsunción son métodos argumentativos que no sirven para resolver una antinomia de principios. Éstos han venido a modificar los cimientos de la tradicional teoría del derecho. Las razones son las siguientes: los principios ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, un principio no puede invalidar a otro y, en la solución de la colisión entre ellos, se busca la concordancia de principios en el ordenamiento. El principio de proporcionalidad, vía para resolver las colisiones de principios,<sup>21</sup> está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza principios a priori y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas. El principio de proporcionalidad es superior a otras vías o métodos porque se hace cargo del carácter pluralista, abierto y democrático de la sociedad, es decir, admite el carácter conflictivo y heterogéneo del componente social.

Los conflictos entre normas no se dan sólo a nivel de reglas. Si subimos un escalón más, podemos decir que en todas las partes del orden jurídico se notan fricciones entre los principios de todo derecho, es decir, entre los principios de justicia, de funcionalidad y de seguridad jurídica; ninguno de los principios puede ser realizado de manera total, alguno de ellos tiene que ser sacrificado, total o parcialmente, dependiendo de los casos.<sup>22</sup>

El problema de antinomias de principios, no puede atenderse como el problema de las antinomias entre reglas. Los conflictos o antinomias entre principios, según algunos se caracterizan:

“1) Porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, (reglas) de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, como ocurre con la igualdad o con los derechos fundamentales; bien porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, se trata de mandatos que ordenan observar una conducta en la mayor medida posible, siendo así que la determinación de lo exigible depende de la concurrencia de otros principios o mandatos; 2) porque, dada la naturaleza constitucional de los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando en la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo...”<sup>23</sup>

Cómo se solucionan los conflictos entre principios, es una cuestión difícil. Algunos proponen tres posibles situaciones teóricas de contradicción entre principios: 1) Un conflicto normativo entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma programática: se resolvería con la aplicación preferente del primero, puesto que los principios en sentido estricto recogen valores que se consideran “razones categóricas frente a cualesquiera interés” ; 2) un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto; entonces habría que ponderar las razones de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro; y, 3) un conflicto normativo cuando entran en conflicto dos directrices o normas programáticas, aquí la solución implica determinar la articulación de políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible la consecución de los objetivos recogidos en las normas programáticas, por tanto, la ponderación, es la base de la solución a estas antinomias.<sup>24</sup> Tal como puede apreciarse, la ponderación juega un papel fundamental en la solución de antinomias entre principios.

Los principios que no son excluyentes en el plano abstracto, no siguen entonces la lógica de las reglas. En los principios, la solución antinómica se da caso por caso a partir de una relación de preferencia condicionada. El modo de resolver antinomias de principios se llama en términos gruesos ponderación, aunque como vamos a ver a continuación, la ponderación es un elemento del principio de proporcionalidad. Otros métodos de solución son: el uso del principio del contenido esencial, la razonabilidad, la concordancia práctica, que entre otros se expondrán. La ponderación entraña una relación de continuidad y efectos recíprocos entre los principios; el perfil o delimitación entre los principios se resuelve siempre en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros principios en pugna. Dentro de la Constitución no existen jerarquías internas, por lo tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica. Los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente. Por eso, el resultado de la interpretación entre principios opuestos, no es el triunfo aplastante de alguno de ellos, sino su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios.

La ponderación o proporcionalidad estricta se caracteriza como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para normar prima facie un cierto caso y la construcción de una regla para atender en definitiva ese caso. La regla podría generalizarse y cuando ello ocurre, hace innecesaria la ponderación en casos futuros.

Un asunto que no debe perderse de vista en la ponderación o proporcionalidad estricta reside en el objeto de la ponderación: una jerarquía móvil de principios,<sup>25</sup> que deben ser jerarquizados por el juzgador caso a caso. Este, desde luego, tiene un ámbito de discrecionalidad amplio, asunto que ha sido muy criticado desde ciertas posiciones que consideran que los juzgadores se transforman en colegisladores y hasta en coautores de la Constitución.

Existen teorías materiales de los derechos fundamentales y teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales que intentan prevalecer como criterio para la solución de antinomias entre principios jurídicos.<sup>26</sup> Las teorías materiales de los derechos fundamentales: la liberal, democrática y del Estado social se ofrecen para algunos como el marco más adecuado para la interpretación de los derechos fundamentales.

La teoría liberal establece que los derechos fundamentales son derechos de libertad frente al Estado. Estas teorías reconocen al individuo una esfera de libertad negativa previa al Estado. Tal como Locke reconoció, el hombre es dueño absoluto de su propia persona y de sus posesiones.<sup>27</sup> La libertad negativa presupone que el individuo puede optar por una conducta entre toda una gama de posibilidades de acción, de escoger entre fines y estrategias alternativas, y define conceptualmente un espacio en el cual, el hombre puede elegir entre diversas alternativas de conductas, ajeno a toda clase de interferencias provenientes del Estado o de otros individuos. La libertad es el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros.<sup>28</sup>

En toda la tradición liberal de los derechos fundamentales: Locke, Spinoza, Kant, John Stuart Mill o I. Berlin, es claro que la libertad se concibe como no interferencia. Estas ideas llevadas al plano jurídico han significado que autores como Schmitt señalen que los derechos fundamentales no son sino esferas de la libertad, de las que resultan derechos y, precisamente derechos de defensa.<sup>29</sup> Los derechos a prestaciones positivas en la obra de Schmitt no son auténticos derechos, son derechos relativos, pues están condicionados por la organización estatal y por el lugar que esta organización asigna al individuo. Los derechos de libertad en cambio no están a disposición del legislador.

En consecuencia, los derechos de libertad constituyen un catálogo reducido, y están fuera del ámbito del legislador. Desde luego que en caso de conflicto entre los derechos absolutos de libertad negativa y el resto de los derechos o principios jurídicos éstos prevalecerán indefectiblemente. Sin embargo, Schmitt llegó a sostener que en algunos casos excepcionales estos derechos pueden ser limitados con medidas mesurables y controlables. Estos últimos elementos pueden implicar tibiamente presupuestos para el principio de proporcionalidad, y para la armonización entre derechos en caso de conflicto entre ellos, pero con prevalencia de los derechos de defensa.

En otras teorías liberales de los derechos, como la de Rawls, se coincide con la idea que las libertades básicas conforman una lista breve y cerrada, en la cual están incluidas únicamente las libertades del pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implicadas por el principio de legalidad.<sup>30</sup> Para Rawls es obvia la prioridad de las libertades sobre todos los demás bienes importantes para la sociedad, incluidos los fines que atañen a una mejor redistribución social de la riqueza. Para Rawls las libertades básicas, y los derechos fundamentales en que se concretan posteriormente, no son susceptibles de restricción. Rawls, por tanto, rechazaría la aplicación de un principio de proporcionalidad o concepto de ponderación. El liberalismo político pretende hacer innecesaria la ponderación mediante la reducción de la lista de derechos fundamentales a los imprescindibles para el desarrollo de las facultades morales de la persona. La teoría de Rawls entra en crisis cuando se aplica una Constitución que reconoce no sólo los derechos de libertad, sino también derechos sociales y derechos fundamentales democráticos.

La teoría democrática de los derechos fundamentales propugna la atribución al sujeto de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo, defiende un entendimiento del individuo como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios. La libertad se entiende como libertad ejercida dentro de la comunidad y no por un individuo aislado.<sup>31</sup>

Las normas válidas sólo serán aquellas en donde los individuos hayan participado en calidad de miembros de discursos racionales. En términos habermasianos, el principio democrático no es nada distinto al principio del discurso institucionalizado mediante la forma jurídica.<sup>32</sup>

La dimensión democrática de los derechos afecta sobre todo a las libertades de conciencia, opinión, expresión, prensa, información, reunión, sindicación y asociación, que son aquellas que revisten un mayor significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado. Se trata de fundamentos o presupuestos funcionales de la democracia.

La teoría democrática vista desde el principio de proporcionalidad nos señalaría que se concede a determinadas posiciones jurídicas relacionadas con el principio democrático, una primacía o un mayor peso en la ponderación, cuando entran en conflicto con posiciones que se derivan de las libertades o de derechos que tutelan otros bienes. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional Español han puesto de relieve, la primacía de ciertos derechos sobre otros en función de su dimensión democrática. La sentencia 104 / 86, concedió una primacía a las libertades de expresión y de información frente al derecho al honor en función del principio democrático.<sup>33</sup>

En síntesis, se puede señalar, que los derechos democráticos son restringibles. Pueden ser restringidos en razón de las libertades, de los derechos de prestación y de otros derechos de prestación y democráticos por parte de otros titulares y en razón de otros bienes constitucionales. Existe por tanto un imperativo de armonización de estos derechos con otros en caso de colisión.

La teoría de los derechos fundamentales en el Estado social se basa en el concepto de necesidad.<sup>34</sup> El filósofo Ernst Tugendhat,<sup>35</sup> establece que los derechos fundamentales señalan reglas de cooperación social que trazan las condiciones en las cuales se desarrollan los vínculos entre los individuos, y entre estos y el Estado. Hay sectores sociales, de la comunidad que no pueden valerse por sí mismos. Por tanto, el sistema de derechos fundamentales no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas.



Las reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad, conforman los derechos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tiene un doble efecto de irradiación. Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado –a quien su status inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda-, y sobre sus familiares y allegados, que tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en primera instancia, se traspan, de modo subsidiario, sobre todos y cada uno de los miembros de la sociedad, que se aúnan en el Estado.

Autores como Alexy<sup>36</sup> han sostenido que el argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de libertad, pues la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.

Ya sea, que los derechos sociales tengan su origen en la necesidad o en la libertad, es un hecho que éstos requieren a diferencia de otros derechos, de leyes de ayuda, subsidio, aseguramiento, organización, impuestos, procedimiento, dirección, planificación y fomento. Como otros derechos, los derechos sociales tienen una validez prima facie, y por tanto, en caso de colisión con otros derechos, será necesaria su armonización o ponderación, en cada caso concreto.

Para no debilitar el núcleo de los derechos sociales se ha sostenido un principio de no regresividad. Esto es, la prohibición del retroceso social, que entraña que al Legislador le está vedado desmontar las medidas que ha adoptado para desarrollar los derechos prestacionales. En virtud de esta prohibición, el legislador está incapacitado para disminuir las medidas que ha aprobado para desarrollar los derechos prestacionales, aunque sectores doctrinales, matizan este principio señalando que el derecho al no retroceso social está ceñido sólo aquellas prestaciones estatales que están dirigidas a satisfacer al “contenido esencial” de los derechos prestacionales.<sup>37</sup>

La doctrina y la jurisprudencia también han acuñado la afirmación según la cual los derechos prestacionales, en todo su ámbito normativo- que incluye igualmente lo que pueda designarse como contenido esencial-, están sometidos a la “reserva de lo posible”, expresión que no debe entenderse como sólo lo posible desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también lo posible jurídicamente, es decir, en relación con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela.

Por la razones anteriores, Bernal ha señalado que los derechos y deberes de protección son posiciones jurídicas prima facie, que se convierten en posiciones definitivas, sólo después de haber sido ponderadas a la luz del principio de proporcionalidad.<sup>38</sup>

Las teorías materiales son importantes para determinar el contenido de los derechos fundamentales, para intentar establecer un contenido esencial de los derechos. Sin embargo, llevadas a sus extremos, por ejemplo, el de priorizar en términos absolutos unos derechos sobre otros, haría inviable el establecimiento de condiciones democráticas aceptables en la sociedad. Una sociedad regida por los derechos de libertad sin los de igualdad sería aberrante desde el mismo plano de los derechos o viceversa. También una sociedad que entendiera los derechos sólo desde la participación olvidaría que existen bienes jurídicos, que son válidos para todos independientemente de la participación de los ciudadanos.

Existen tres criterios básicos para resolver conflictos entre principios constitucionales. Estos criterios pretenden ser formales, sin embargo, debe reconocerse que aún ellos tienen un sustrato axiológico como los materiales. Dichos criterios estructurales son: las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales, las teorías internas o del contenido reducido de los derechos fundamentales y, el principio de proporcionalidad, en donde uno de sus elementos es la ponderación.

La tesis del contenido esencial asimila a los derechos a entidades que se asemejan a células para señalar, sobre todo que el Legislador, pero también el intérprete de la Constitución, no puede afectar su núcleo. Esto de entrada ha sido criticado, pues los derechos fundamentales carecen de sustancia o esencia; como conceptos que son, están y estarán determinados en cuanto a su extensión por la forma que sean concebidos por los operadores jurídicos.

Entre las teorías del contenido esencial existen diferencias y matices. Hay teorías que mezclan el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, y teorías que restringen la dimensión absoluta del contenido esencial a un espacio temporal.<sup>39</sup>

Las teorías absolutistas proclaman que los derechos fundamentales poseen un núcleo inalterable que no puede ser afectado por el Legislador, y que existe una zona accidental no esencial que puede ser manipulada por éste. Luciano Parejo lo ha explicado así: “existe un límite definitorio de la sustancia nuclear que en ningún caso puede ser traspasado... es el reducto último que compone la sustancia del derecho, disuelto el cual (aunque sólo sea en algunos de sus elementos) el derecho dejó de ser aquello a lo que la norma fundamental se refiere”.<sup>40</sup>

El problema de la tesis absolutista del contenido esencial, es que orilla al intuicionismo para definir el contenido esencial de los derechos. Por eso se ha dicho, por los defensores de esta tesis, que el contenido esencial se define gracias a las convicciones generalizadas de los juristas. Es decir, el contenido esencial se remite a lo que disponga la doctrina, criterio externo y difuso, que no es aceptable en términos ni jurídicos, ni democráticos, pues cuando se esfuman las convicciones generales de los juristas en los casos difíciles, sólo queda el intuicionismo de los órganos de control constitucional para definir el contenido esencial.

Otro criterio para precisar un contenido esencial absolutista consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula de los derechos. El problema es que no existe un criterio intersubjetivo claro, para establecer en todos los casos si uno de los específicos intereses subjetivos protegidos por el derecho fundamental pertenece al núcleo o a la periferia. La indeterminación de los derechos fundamentales, su vinculación con el resto de los derechos y principios constitucionales, hace muy difícil determinar de manera abstracta, absoluta y permanente, un núcleo para cada derecho que por otra parte, está siempre afectado por el contexto económico y social donde el derecho en cuestión opere.

Las teorías mixtas se hacen cargo del exceso de la tesis absolutista del contenido esencial y lo compaginan con el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son vistos con el mismo esquema de la teoría absoluta, es decir, como cuerpos que ocupan un lugar en el espacio, cuya sustancia se subdivide en un núcleo esencial y en una periferia, sin embargo, se incorpora un matiz, las intervenciones del derecho no están desvinculadas jurídicamente, esto es, dichas intervenciones son admisibles si se respeta el principio de proporcionalidad.<sup>41</sup>

La justificación que brinda la proporcionalidad sólo es válida en la zona periférica del derecho. Toda medida que afecta su contenido esencial es inconstitucional. Medina Guerrero lo explica bien cuando señala que en el derecho constitucional español operan dos límites de los límites: el contenido esencial, que tiene expresa consagración en el artículo 53.1 de la Constitución española y, el principio de proporcionalidad que implícitamente está consagrado en la Constitución. Los dos límites operan en planos independientes. El contenido esencial es una parte definible y cierta del contenido de cada derecho. El principio de proporcionalidad es un instrumento de ponderación de derechos fundamentales.<sup>42</sup> El contenido esencial está referido a cada momento histórico.

La crítica a las teorías mixtas se puede hacer expresando que es imposible determinar contenidos esenciales de los derechos, pues no existe un criterio racional para ello. La introducción del principio de proporcionalidad en la periferia del derecho es un paso hacia adelante, sin embargo, la idea de que cada derecho fundamental tiene una zona nuclear que no puede ser restringida, es incompatible con la ponderación entre derechos y bienes. La ponderación y proporcionalidad son métodos lógicamente incompatibles con la idea de un contenido esencial duro y absoluto.

La validez de la restricción legislativa se establece mediante la evaluación de su proporcionalidad. El contenido esencial no puede ser definido previamente. De esta manera encontramos dos tipos antitéticos de juicios de constitucionalidad. En la teoría absoluta y mixta del contenido esencial el juicio es unidireccional, esto es, el Tribunal Constitucional se limita a detectar el núcleo del derecho y a observar si la restricción Legislativa lo afecta o no lo afecta; por el contrario, el juicio de constitucionalidad es relacional en términos del principio de proporcionalidad y, por tanto, la labor del Tribunal de Constitucionalidad consiste en establecer si las ventajas que

la restricción legislativa implica para el derecho o bien que la justifica, compensan las desventajas para el derecho restringido, en un examen entre las ventajas y desventajas.

La teoría temporal – absoluta del contenido esencial ha sido defendida por Javier Jiménez Campo.<sup>43</sup> Se basa en tres características: absoluta, culturalista y judicialista. Absoluta porque el contenido esencial del derecho es en todo caso irrestrictible por parte del Legislador (preexiste a él); si la legislación afecta al contenido esencial desfigura el derecho fundamental. Es culturalista porque niega que los derechos fundamentales tengan un núcleo esencial que se pueda definir en abstracto, a priori o de manera ideal; afirma que el contenido esencial del derecho se debe identificar en la cultura jurídica existente en cada momento histórico de la sociedad. Es judicialista porque reconoce que aquello que sea el contenido esencial de un derecho fundamental no es algo que pueda ser definido antes del juicio de constitucionalidad de la ley restrictiva.

En la teoría de Jiménez Campo, la cultura jurídica en movimiento y cambio define el contenido esencial. El núcleo de cada uno de los derechos a lo largo de la historia varía y en todo caso guarda en su evolución un parecido de familia en sus sentidos anteriores.

La crítica a esta posición es obvia. En una sociedad heterogénea y pluralista, la cultura jurídica no es un dato objetivo. Además, es incorrecto sostener que el contenido esencial preexiste a la construcción del intérprete constitucional, pues es éste quien define el contenido esencial. Por otra parte, no existe ningún mecanismo racional para controlar el cambio histórico de los contenidos esenciales de los derechos que siempre estarán a merced del intérprete de la Constitución.

Las teorías internas de los derechos fundamentales o del contenido reducido de los derechos, sostienen que todo el contenido de los derechos fundamentales vincula al legislador y que en él se integran posiciones que no pueden ser afectadas por leyes restrictivas, pero que dicho contenido tiene una extensión bastante reducida. La teoría interna señala que todas las normas y posiciones que pueden ser adscritas a un derecho fundamental, tienen una validez definitiva y no sólo una validez prima facie. Las restricciones o límites de los derechos fundamentales no proceden del exterior del derecho sino de una entidad interior o “cosa garantizada” que demarca los contornos de la substancia a la que aluden las disposiciones que los tipifican.<sup>44</sup>

Distintos autores se han ocupado de la teoría: Müller, Habermas e Ignacio de Otto. Müller sostiene que con la ponderación se subvierte la jerarquía formal del orden jurídico, pues mediante este procedimiento se eleva la importancia de la ley y de las demás disposiciones de rango inferior a la Constitución, de manera tal que se sopesan en un mismo nivel con las disposiciones constitucionales. Los derechos fundamentales dejan de ser barreras para los poderes públicos, se diluyen.

Müller con el auxilio de la hermenéutica propone concretar el programa normativo y el ámbito normativo de cada disposición iusfundamental, mediante un análisis lingüístico. El programa normativo consiste en el conjunto de “datos lingüísticos” interpretados que emanan de cada disposición iusfundamental, el ámbito normativo es el conjunto de “datos reales” aludidos por dichos datos lingüísticos. Müller propone un ejercicio lingüístico: reconocer todos los datos lingüísticos que conforman la disposición de derecho fundamental (programa normativo) y enlazar a estos datos lingüísticos todos los fenómenos de la realidad que les corresponda (ámbito normativo). Se intenta suplir la subjetividad del Juez constitucional por la objetividad de los límites prefigurados en el texto de la Constitución, aunque ese análisis lingüístico indefectiblemente estará influido por la apreciación cultural del juzgador en turno.<sup>45</sup>

En España, Ignacio de Otto, elabora una crítica al principio de proporcionalidad. Le parece un artificio subversivo que mina la estructura del orden jurídico, pues la relación entre las normas constitucionales se subvierte por entero en perjuicio de los derechos fundamentales, porque el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo. Para de Otto la determinación del contenido de los derechos es un ejercicio de hermenéutica. Se trata de analizar la disposición fundamental por métodos lingüísticos para saber si en su campo semántico se encuentra la norma o la posición iusfundamental que se restringe mediante la ley.<sup>46</sup>

Así de Otto, opina que las limitaciones a los derechos, entendidas como la supresión de una parte de su contenido a causa de actos externos provenientes de los poderes constituidos, no existen, no son necesarias, ni posibles. La Constitución prefigura los contornos del ámbito de los derechos y predetermina todos sus alcances. El contenido del derecho ya viene limitado por la Constitución.

Habermas, en *Facticidad y validez*, crítica la idea de los derechos como valores, pues al estar previstos en la Constitución están revestidos de un carácter deontológico y no teleológico (propio de los valores). Los valores además encarnan preferencias de la comunidad, susceptibles de ser sustituidas y modificadas en todo momento, los derechos fundamentales establecen el deber inmutable de ser cumplidos, hasta que sean despojados de su validez mediante los procedimientos previstos en el ordenamiento.<sup>47</sup>

El filósofo de Frankfurt crítica el carácter discrecional del principio de proporcionalidad, su carácter subjetivo y, la imposibilidad del control racional de las decisiones judiciales cuando se acude al principio de proporcionalidad. Su crítica más dura señala que los derechos fundamentales, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, pierden su validez, son degradados jurídicamente.

Habermas encuentra en la teoría de Günther la respuesta. En los casos de colisión entre derechos fundamentales, la decisión del Juez consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie*, aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Tarea que el Tribunal Constitucional sólo puede desarrollar en el control concreto de constitucionalidad y no en el abstracto.<sup>48</sup>

La diferencia entre las teorías internas y la teoría externa de la proporcionalidad reside en que la última admite dos momentos. Un primer momento en que las normas adscritas del derecho fundamental valen *prima facie* y, un segundo, en el que permanece un contenido reducido que vale definitivamente después del juicio de proporcionalidad. En las teorías internas el contenido es definitivo, es fijado de antemano, sin tomar en cuenta las circunstancias del caso y las relaciones con el resto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos implicados. Ahí se aprecia su debilidad e insuficiencia.

Como ya se dijo, el principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.<sup>49</sup>

Con el subprincipio de idoneidad o de adecuación, se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este análisis acerca de la legitimidad del fin legislativo ha sido designado también como juicio de razonabilidad. El objeto de este juicio de razonabilidad consiste en constatar, que la norma legal sub examine no constituye una decisión arbitraria, porque está fundamentada en alguna razón legítima, es decir, no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución.

El subprincipio de idoneidad es un juicio previo, en ocasiones la incertidumbre sobre sí el fin legislativo es legítimo, no puede dirimirse de entrada, por lo que será necesario esperar a la aplicación del último subprincipio: el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En caso de duda se está a la presunción de constitucionalidad de la ley.

No obstante, es necesario el agotamiento del subprincipio de idoneidad, pues el juzgador debe en esta etapa determinar los fines inmediatos y mediatos perseguidos por el legislador de la manera más concreta posible, de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes. Cada uno de los fines principales y secundarios de la medida legislativa deben ser analizados por separado para concluir sobre su legitimidad. La idoneidad de una medida adoptada por el legislador dependerá de que ésta guarde una relación positiva de cualquier tipo con su fin inmediato, es decir, debe facilitar su realización con independencia de su grado de eficacia, rapidez, plenitud, etcétera. Bastará en ocasiones la realización parcial del fin legislativo como argumento a favor de la idoneidad de la medida adoptada.

El subprincipio de idoneidad como el de necesidad son análisis preponderantemente fácticos. Esto es, la relación causal entre la medida legislativa y el fin o fines que persiguen es empírica y, debe analizarse tomando en cuenta los conocimientos científicos y/o las convicciones sociales aceptadas generalmente.

El subprincipio de necesidad, sirve para analizar sí la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Para algunos este subprincipio representa una extrapolación del óptimo de Pareto, según el cual una situación es eficiente, cuando no puede operarse ningún cambio posible que mejore la posición de alguien, sin desmejorar la posición de otro.

La elección de medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental, son los aspectos determinantes en la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad.

Para la aplicación del subprincipio de necesidad se siguen diferentes reglas. Así, los medios alternativos que no puedan llevarse a la práctica por imposibilidad técnica o por sus costos exorbitantes, no deben ser tenidos en cuenta en el examen de necesidad. La comparación entre medios alternativos no sólo es fáctica también es normativa. Un medio alternativo será más benigno desde el punto de vista empírico, si afecta negativamente con menor eficacia, de modo menos duradero y con menor probabilidad a la norma o posición iusfundamental y, si afecta menos aspectos relativos al bien que esta norma o esta posición protegen. Un medio alternativo se revela como un medio más benigno, desde el punto de vista normativo y analítico, si la norma o posición que habría afectado, de haber sido adoptado por el legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del derecho fundamental, que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla. En caso de duda en el análisis de los medios alternativos, el juzgador debe esperar a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. El examen del medio más benigno se lleva en abstracto cuando se trata de control de constitucionalidad abstracta de la ley, se desarrolla en concreto, tomando en cuenta el caso, cuando se trata de control de constitucionalidad de la aplicación de la ley.

También es importante destacar que en el examen de necesidad, además de los medios alternativos de afectación a un derecho iusfundamental, deben tomarse en consideración otros intereses de la comunidad o la posible afectación al principio de igualdad.<sup>50</sup> La perspectiva del examen de necesidad debe realizarse ex ante, es decir, a partir de los datos y conocimientos que el legislador tenía en la época en que la ley fue adoptada por el parlamento. Cuando más intensa sea la intervención legislativa, más intenso deberá ser el control del juez constitucional. Finalmente, una medida legislativa debe ser declarada inconstitucional por carecer de necesidad, sólo cuando aparezca de modo evidente con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo para fomentar el fin inmediato, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. El principio de proporcionalidad se estructura argumentativamente en tres pasos:

1. El primero consiste en determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
2. El segundo consiste en comparar dichas magnitudes, a fin de determinar sí la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
3. El tercero es construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.<sup>51</sup>

Las reglas del primer paso se expresan así: A) Cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro de la Constitución mayor será su peso en la ponderación (regla del peso abstracto); B) cuando más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación; correlativamente cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamente la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación (peso concreto); C) la intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende del significado, en cuanto a la realización de las facultades de la persona liberal, de la persona democrática y del individuo del Estado social, que tenga la posición *prima facie* afectada por la intervención legislativa, dentro del ámbito normativo del derecho respectivo; D) la intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la función que el fin inmediato desempeña para la satisfacción de los intereses individuales o colectivos que el fin mediato garantiza; E) la intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa afecte negativamente a la posición *iusfundamental prima facie*; y, F) la intensidad de la realización del fin mediato del legislador depende de la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración con los que la intervención legislativa contribuya a obtener al fin inmediato del legislador.

Además, para determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, existen criterios para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. Los criterios que operan en el nivel normativo insisten en la función y papel de los derechos fundamentales, su peso o prioridad, por ejemplo, en decisiones anteriores. También se establece que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación. Igual ocurre con la dignidad humana.

Los criterios que operan en el nivel empírico para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tienen relación con la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración.

El segundo paso que compara magnitudes para medir la importancia entre el derecho fundamental y la intervención legislativa, se apoya en la ley de ponderación establecida por Alexy: "...cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro...". Esta ley de precedencia se basa en dos reglas que establecen cargas argumentativas.<sup>52</sup> La primera señala que los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención Legislativa, deben tener peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. La segunda precisa que la regla que establece una relación de precedencia condicionada, producida como resultado de la ponderación, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos.

El tercer eslabón es la construcción de una regla de precedencia condicionada. Se trata de una relación de precedencia condicionada, porque el elemento normativo que adquiere prioridad, no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Sólo determina la solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos.

El principio de proporcionalidad no es el único al que acude el juez constitucional. En algunos países doctrinaria y jurisprudencialmente se ha hecho hincapié en otros principios y métodos. Konrad Hesse proponía como principios de interpretación constitucional: el de la unidad de la constitución práctica, el de corrección funcional, el de valoración de la relevancia de los puntos de vista o de la eficacia integradora y, el de la fuerza normativa de la Constitución.<sup>53</sup> En Latinoamérica Rodolfo Luis Vigo, ha propuesto sus diez directivas de interpretación constitucional que a saber son: optimizar la fuerza normativa de la Constitución, la Constitución como sistema, la unidad del ordenamiento jurídico, la máxima funcionalidad del régimen político, la consolidación de los valores constitucionales, la atención a las consecuencias sociales, la fidelidad no estática al poder constituyente, la estabilidad relativa de las decisiones interpretativas, la fundamentación apropiada de las decisiones y el esfuerzo coordinador del derecho constitucional con el derecho de origen internacional.<sup>54</sup> En España, Ezquiaga Ganuzas describió en forma pormenorizada, todos los argumentos interpretativos que utiliza el Tribunal Constitucional Español, que son: el analógico, el argumento a partir de principios, el sistemático, el *a fortiori*, el *a contrario*, el psicológico, el de la no redundancia, el apagógico, el pragmático, el de autoridad y el histórico.<sup>55</sup> En ese mismo país, se proponen siguiendo a Hesse y la jurisprudencia constitucional, reglas interpretativas propiamente

constitucionales: unidad constitucional, corrección funcional, efectividad constitucional, fuerza normativa de la Constitución, armonización de los bienes constitucionales y, sobre todo, la regla política.<sup>56</sup>

No obstante, es hora de justificar por qué el principio de proporcionalidad es superior a los anteriormente mencionados y a los criterios que se han expuesto en este capítulo. En principio, debo decir, que cualquier método que jerarquice de manera a priori, sin consideración del caso, un derecho fundamental sobre otro, carece de sentido en una sociedad pluralista. Cualquier jerarquización a priori absoluta y hasta relativa se encuentra marcada fuertemente por condicionamientos ideológicos. Zagrebelsky ya ha indicado el carácter dúctil y pluralista del derecho hoy en día, en donde ningún derecho o principio tiene o recibe una jerarquización a priori, porque ello significaría entronizarlo y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas.<sup>57</sup>

La jerarquización de principios implica marcar a la sociedad con condicionantes ideológicos. Una ideología, un proyecto, se coloca por encima de los demás. La teoría jurídica brinda ejemplos, sin embargo, de esa jerarquización. El constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene que es errónea la idea de que los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía porque los derechos son proyecciones de los valores y, toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos, de modo que es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente. Ekmekdjian propone la siguiente jerarquía en términos absolutos: 1) Derechos a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa); 2) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica); 3) derecho a la libertad física; 4) restantes derechos de la personalidad (identidad, nombre, imagen, inviolabilidad del domicilio); 5) derecho a la información; 6) derecho de asociación; 7) los restantes derechos individuales; y, 8) los derechos patrimoniales. Ekmekdjian deja fuera los derechos políticos, sociales, económicos y culturales.<sup>58</sup> Como puede apreciarse, el tipo de sociedad que se desprendería de esta jerarquización tiene que ver muy poco con las realidades y el componente pluralista y heterogéneo de las sociedades, además, que privilegia una faceta del ser humano por encima de otras que también son fundamentales.

Lo anterior pone de relieve que los métodos que jerarquizan derechos son disolventes y desarticuladores social e individualmente. El principio de proporcionalidad que como ya ha quedado dicho tiene por propósito contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo a las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante para esa circunstancia concreta, se hace cargo del carácter pluralista abierto y democrático de las sociedades. También admite el carácter conflictivo y heterogéneo de las sociedades. Parte de la idea, de que en principio no hay derechos absolutos que puedan jerarquizarse a priori.

La técnica apoyada en el principio de proporcionalidad, es un método ampliamente usado por los tribunales constitucionales europeos y por la Suprema Corte de Estados Unidos.<sup>59</sup> Para algunos, nació en Estados Unidos, de la mano de sentencias a libertad de expresión, para extenderse después a todo el derecho constitucional. Por ello, uno de los dogmas más extendidos en la doctrina norteamericana es que este principio de proporcionalidad o *balancing* es absolutamente inevitable e indispensable cuando entran en juego valores directamente reconocidos en el texto constitucional y, en especial, cuando se trata de juzgar el interés público en la libertad de expresión en conjunto con otros bienes y/o derechos constitucionales.<sup>60</sup>

No obstante la extensión del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, existen fuertes críticas al mismo. Habermas, como ya se indicó señala que la aplicación del principio de proporcionalidad pone en riesgo la fuerza de los derechos, pues se derrumba el carácter deontológico de éstos, en aras, cuando existe colisión entre ellos, de intereses colectivos. Además de que la aplicación de la proporcionalidad no implica el control racional en las decisiones.<sup>61</sup>

Como bien dice Alexy, la crítica de Habermas puede expresarse como un conjuro del peligro de un “demasiado poco” en los derechos fundamentales. Böckenförde, crítica al principio de proporcionalidad porque los derechos fundamentales entendidos como principios desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento y, de este modo, generarían una eficacia expansiva en todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, así como el reconocimiento de que existan contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social, de organización y procedimiento, que

exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan –como los clásicos derechos de libertad- a exigir únicamente omisiones estatales. Esto es, el legislador perdería toda autonomía y su actividad se agotaría en la mera definición de aquello que ya está decidido en la Constitución, con lo que el proceso político democrático perdería todo significado.<sup>62</sup> Sobra decir que la crítica de Böckenförde, a diferencia de la de Habermas, es por los excesos del principio de proporcionalidad.

La respuesta a Böckenförde, que ha dado Alexy es muy clara. Es falso que la Constitución y sus principios atenden de manos al legislador. Una Constitución decide ciertamente asuntos fundamentales que el legislador no puede alterar o romper, pero también deja muchos ámbitos abiertos para que el legislador y el proceso político democrático operen y, por tanto, en ese sentido, la Constitución es un orden marco.<sup>63</sup>

La crítica de Habermas se ha contestado señalando que, el principio de proporcionalidad no brinda certezas absolutas, tan sólo certezas racionales. No proporciona una racionalidad absoluta pero sí una racionalidad aceptable y plausible. La proporcionalidad confluye con las tesis moderadas frente a la tesis del único resultado de Dworkin y las tesis irracionalistas. Con la proporcionalidad es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables, lo que justifica totalmente el método.<sup>64</sup>

En otras palabras, no es un método irrefutable desde el punto de vista racional, pero su mecanismo de elaboración permite al menos un alto grado de justificación en la decisión judicial.

La otra crítica de Habermas puede ser desmontada aduciendo que después de la aplicación del principio de proporcionalidad el derecho ganador para el caso en concreto, no queda diluido sino fortalecido. Lo que no es posible, es consolidar en abstracto núcleos de derechos, pues ello conduciría al conflicto insalvable entre ellos. Es por tanto, necesaria la labor de ponderación a través del principio de proporcionalidad para que ante situaciones específicas alguno de los derechos prevalezca. La otra solución conduciría indefectiblemente al empantamiento social o a la jerarquización entre derechos.

Por lo que ve a las teorías del contenido esencial, basta decir que el significado de los derechos no puede ser determinado en abstracto con métodos puramente lingüísticos o hermenéuticos simples, se requiere del caso y de la colisión entre derechos para atribuir significados. No es posible a estas alturas apoyar posiciones esencialistas, los significados se encuentran a partir de las relaciones entre los conceptos y de éstos con el caso y el ordenamiento. Ahí está la riqueza del principio de proporcionalidad que mantiene la pluralidad de principios, y que acude a la realidad del caso para cualquier definición de precedencia condicionada.

El principio de proporcionalidad se enmarca también dentro del carácter abierto de las sociedades. No hay soluciones definitivas de una vez y para siempre. Las soluciones jurídicas de los más altos tribunales de cada país son siempre revisables a la luz de los retos que van colocando los casos. Se trata de una visión viva y en permanente cambio del derecho, de equilibrios entre derechos contrapuestos que, sin embargo, requieren de solución en su enfrentamiento. No es que se niegue el papel que puede desempeñar la teoría del contenido esencial en el principio de proporcionalidad, desde luego que la tiene, pero es secundaria, puede servir para especificar al menos los siguientes elementos: quién es el titular del derecho; quién debe respetar o dar efecto al derecho de aquél; cuál es el contenido de la obligación, describiendo no sólo sus actos específicos, sino también el tiempo y otras circunstancias y condiciones para su aplicación; cuáles son las condiciones en las que el titular pierde su derecho, incluyendo aquéllas –si la hubiere– bajo las cuales puede renunciar a las obligaciones relevantes; qué facultades y poderes ostenta el titular en caso de incumplimiento del deber; y, sobre todo, qué libertades disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de deberes, especialmente el deber de no interferir con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos.<sup>65</sup>

De lo expuesto y fundado, se propone la siguiente iniciativa con proyecto de

**Decreto que adiciona un párrafo tercero al artículo 14 constitucional con el propósito de obligar a todos los jueces y autoridades a interpretar desde la Constitución y los tratados, garantizar la pluralidad de métodos**



## **interpretativos e, incorporar el principio de proporcionalidad como uno de los métodos para interpretar principios constitucionales**

**Artículo Único.** Se adiciona un tercer párrafo al artículo 14 constitucional y se recorren después de él, los actuales tercero y cuarto, para quedar en los siguientes términos:

“**Artículo 14.** A ninguna ley...

Nadie podrá ser...

**Los jueces y autoridades están obligados a interpretar y aplicar las normas jurídicas desde la Constitución y los tratados. La Constitución garantiza la pluralidad de métodos interpretativos. En la interpretación constitucional se acudirá, entre otros, al principio de proporcionalidad .**

En los juicios del orden criminal...

En los juicios del orden civil...”.

### **Transitorios**

**Único.** El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

### **Notas**

1 Esta iniciativa es deudora de la obra: Cárdenas, Gracia, Jaime Fernando, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005.

2 Häberle, Peter, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 17-46 y Häberle, Peter, *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 105-124.

3 Pisarello, Gerardo, “Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)”, Madrid, *Revista Sistema*, número 134, mayo de 1988, pp. 97-106. Fernández García, Eusebio, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, Madrid, *Revista Sistema*, número 138, pp. 101-114.

4 Hierro, Liborio, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 2001, pp. 17-44.

5 García Amado, Juan Antonio, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, Madrid, número 21, noviembre de 1999, pp. 131-145. García Amado, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 31-33.

6 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 205-280.

7 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109-156.

8 Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 1-25.

9 Comanducci, Paolo, “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 83 y ss.

- 10 Para una tipología de los regímenes no democráticos ver: Linz, Juan, “Totalitarian and Authoritarian Regimes”, en Greenstein, Fred I., y Polsby, Nelson W (eds.), *Handbook of Political Science*, vol. 3: Macropolitical Theory, Massachusetts, Addison-Wesley Publishing Company, 1975, pp. 24-267.
- 11 Martínez Báez, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes”, *Obras político-constitucionales*, México, UNAM, 1994, pp. 523-530.
- 12 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 31<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 543-548.
- 13 Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones constitucionales. Votos*, México, Porrúa, 1980, t. III, p. 382.
- 14 Citado por Castro y Castro, Juventino V., *La posible facultad del Poder Judicial para iniciar leyes*, México, SCJN, 1999, p. 137.
- 15 Martínez Báez, Antonio, “El indebido monopolio del poder judicial de la federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes”, *Obras político-constitucionales*, México, UNAM, 1994, pp. 523-530.
- 16 Arteaga, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Harla-Oxford University Press, 1998, colección Juristas Latinoamericanos, pp. 53 y ss. Castro y Castro, Juventino V., *La posible facultad del poder judicial para iniciar leyes*, México, SCJN, 1999, pp. 143-144.
- 17 Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 18a. ed, México, Porrúa, 1982, p. 167.
- 18 Story, Joseph, *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, México, Oxford University Press, colección Grandes Clásicos del Derecho, vol. 6, 1999, pp. 294-296.
- 19 González Oropeza, Manuel, “Marbury versus Madison. La política en la justicia”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1989, tomo I, p. 315.
- 20 Pérez Tremps, Pablo, “La justicia constitucional en Nicaragua”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 106, octubre-diciembre de 1999, pp. 9-27. Fernández Segado, Francisco, “El control normativo de la constitucionalidad en Perú. Crónica de un fracaso anunciado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 56, mayo-agosto de 1999, pp. 11-42.
- 21 Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pp. 9-13 y Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 686-798. Ver también: Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, IJ-UNAM, 2006, pp. 1-18.
- 22 Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de Ernesto Garzón, Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 204-205.
- 23 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2003, pp.183-184.
- 24 Ruiz Sanz, Mario, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, 2002, pp. 119-120.
- 25 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 122-126.

- 26 Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, editorial Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 36. Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 251 y ss.
- 27 Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, editorial, Alba, Madrid, 1987, pp. 138-144.
- 28 Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, editorial Alianza Universidad, Madrid, 1988, pp.191 y ss.
- 29 Schimtt, Kart, *Teoría de la constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 169.
- 30 Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, pp. 289-371.
- 31 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, obra citada, p.308.
- 32 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 147 y ss.
- 33 Gonzalez Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- 34 Heller, Agnes, *La teoría de las necesidades en Marx*, editorial Península, Barcelona, 1986; Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, editorial Tecnos, Madrid, 1989; De Lucas, Javier, y Añón, María José, “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, numero 7, Universidad de Alicante, 1990.
- 35 Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, editorial Gedisa, Barcelona, 1997, p. 334. Tugendhat, Ernst, *Problemas*, editorial Gedisa, Barcelona, 2001.
- 36 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.486.
- 37 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*, obra citada, p, 385.
- 38 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 396.
- 39 Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, numero 3, 1981, pp. 169 y ss.
- 40 Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, obra citada, p. 183.
- 41 Medina Guerrero, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw, 1997, pp. 145 y ss. Preito Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, editorial Debate, Madrid, 1990, pp. 140 y ss.
- 42 Medina Guerrero, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, obra citada, p. 119.
- 43 Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 24 y ss.
- 44 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 442 y ss.

- 45 Müller, F., “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 27, 1989, pp. 120 y ss.
- 46 De Otto y Pardo, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución” en Martín-Retortillo, L, *Derechos fundamentales y Constitución*, editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 115-119.
- 47 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 326 y ss.
- 48 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, obra citada, p. 334.
- 49 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 657 y ss.
- 50 En México, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, aplicó en la sentencia SUP-RAP-050/2001, el principio de proporcionalidad al establecer los contornos debidos en las investigaciones de la autoridad electoral. Ver Cárdenas, Jaime, *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, UNAM, 2004, pp. 40 y ss.
- 51 Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista española de derecho constitucional*, número 66, 2002, pp. 31 y ss.
- 52 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 161.
- 53 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, segunda edición, Madrid, 1992, pp. 40 -48.
- 54 Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 105 y ss.
- 55 Ezquiaga Ganuzas, Francisco J, *La argumentación en la justicia constitucional española*, editorial IVAP, Oñate, 1987.
- 56 Lafuente Balle, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, editorial Colex, Madrid, 2000, pp.109 – 123.
- 57 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 122-126. también ver: Maniaci, Giorgio, “Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy”, en *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, ITAM, abril número 20, 2004, pp. 137-177.
- 58 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª edición, De Palma, Buenos Aires, 2000, tomo, 1, pp. 478 y ss.
- 59 Serna, Pedro, y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, editorial La Ley, Argentina, 2000, pp. 10-14.
- 60 Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, obra citada, p. 11.
- 61 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, obra citada, pp. 327 y ss.
- 62 Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 193-196.

63 Alexy, Robert, “Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales”, obra citada, p. 23.

64 Alexy, Robert, “Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales”, obra citada, p. 32.

65 Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 218-219.

Dado en el Palacio Legislativo de San Lázaro sede de la honorable Cámara de Diputados, México, DF, a 2 de febrero de 2010.

Diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia (rúbrica)