Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

Convergencias y divergencias

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación
Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
I070
T477t

El test de proporcionalidad : convergencias y divergencias / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores] Barak Aharon [y otros trece] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xxvii, 549 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-192-3

Material disponible en PDF

Contenido: Una agenda de investigación para el futuro / Aharon Barak – Proporcionalidad y juicio constitucional en México / Rubén Sánchez Gil – Comentario al artículo "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", de Rubén Sánchez Gil / María Inés Pazos – El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad : un estudio de la dogmática alemana / Arnulfo Daniel Mateos Durán – La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Frida Daniela Ibarra Olguín – La estructura de la finalidad legítima / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Necesidad y ponderación / Martin Borowski -- Un modelo alternativo para la ponderación jurídica / María Inés Pazos – Proporcionalidad en su sentido estricto y medición de la intensidad de las restricciones a los derechos fundamentales / Jorge Silva Sampaio – Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer / Matthias Klatt – Asimetría constitucional y los límites de la ponderación : una nota crítica a la postura de Matthias Klatt / Miguel Ángel García Godínez – Comentario a "Ponderación de derechos e intereses : sobre la tesis asimétrica de Schauer" / Bernardo Gallegos – Entonces, ¿cuál es el verdadero legado de Oakes? : dos décadas de análisis de proporcionalidad bajo la sección 1 de la Carta Canadiense / Sujit Choudhry – Proporcionalidad e igualdad / Vicki C. Jackson

1. Test de proporcionalidad – Metodología – Estudio de casos 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Jurisprudencia – Análisis 3. Principio de proporcionalidad – Normas constitucionales – Estudio de casos – México 4. Derechos fundamentales – Intervención judicial – Alemania 5. Ponderación – Teoría 6. Derechos fundamentales I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Aharon, Barak, 1936- , autor IV. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K3370

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El concepto de intervención de los derechos fundamentales en el test de proporcionalidad. Un estudio de la dogmática alemana*

Arnulfo Daniel Mateos Durán

* Texto presentado en su versión original el 8 de octubre de 2019 en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de su Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad.

Sumario: A. Introducción; B. El concepto de intervención en la jurisprudencia y la literatura; I. El concepto clásico de intervención; II. El caso *Osho*; III. El concepto ampliado de intervención; C. Efectos de la intervención; D. El concepto de intervención y la división de poderes; E. El vínculo entre el concepto de intervención y el legislador; F. La diferencia entre intervención y restricción; G. La intensidad de la intervención; H. El concepto de intervención y el test de proporcionalidad; I. La grada de idoneidad y el concepto intervención; II. La grada de necesidad y la intensidad de la intervención; III. La grada de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación); IV. La intensidad de la intervención en la ponderación; I. Conclusiones.

A. Introducción

Los derechos fundamentales son las garantías legales que protegen las libertades consagradas en una Constitución. Una de las funciones esenciales del Estado constitucional consiste en garantizar el disfrute y la eficacia de tales derechos.[1] Sin embargo, el Estado es considerado generalmente como el principal destinatario del control constitucional por ostentar el monopolio del poder de coacción.[2] Por esta razón, la Constitución dispone los límites y márgenes de decisión en manos del Estado. Toda lesión a los elementos materiales y formales de la Constitución constituye una lesión al orden constitucional y, por ende, pierde validez jurídica. En las democracias constitucionales, el papel de declarar la inconstitucionalidad de leyes o actos de la autoridad estatal se resuelve en sede jurisdiccional. En este sentido, la intervención o injerencia del Estado en

[1] Véase, Grimm (1987, p. 36).
[2] Esto no implica necesariamente la imposibilidad de que se produzcan afectaciones a los derechos fundamentales por los particulares. Al respecto, véase, Borowski (2018a; 2019, pp. 3-27).

alguno de los bienes protegidos por los derechos fundamentales, como normas constitucionales, constituye una reducción de estas libertades y, por ello, es objeto de control constitucional. La figura conceptual de "intervención" (*Eingriff*) juega un papel importante en esta dinámica, pues supone el requisito que reactiva el efecto protector garantizado por los derechos fundamentales.

En la dogmática alemana de los derechos fundamentales, el concepto de intervención representa uno de los elementos constitutivos de la triada ámbito de protección-intervención-restricción.[3] Esta triada es un producto casuístico y académico de varios años.[4] Éste, a su vez, constituye el examen estándar[5] de los derechos de libertad o libertades negativas, conocidas en la dogmática alemana como "derechos de defensa" (*Abwehrrechte*).[6]

---

[3] La triada es producto de la concepción dogmática de los derechos fundamentales que separa a la protección *prima facie* ofrecida por un derecho (ámbito de protección) de su garantía efectiva, al ser aplicadas las restricciones constitucionales. En palabras de Gertrude Lübbe-Wolff: "La distinción entre el ámbito de protección constitucional y la posibilidad de restringir los derechos fundamentales implica, por una parte, el diferenciar la intervención estatal respecto de la lesión a los derechos fundamentales, y por otra, el no confundir el ámbito de protección con la garantía efectiva de los derechos fundamentales. El ámbito de protección (delimitado por medio de la protección constitucional) es donde el derecho fundamental despliega generalmente su función de protección; es decir, dentro del cual, la admisibilidad de la intervención estatal está vinculada a criterios formales determinados (forma de ley o fundamento legal) y de contenido material (a éste pertenece la exigencia de la proporcionalidad). El ámbito de garantía efectiva es aquel espacio en el cual, la intervención implica lo mismo que una lesión del derecho fundamental. Es aquella parte del ámbito de protección, en la cual los requisitos de admisibilidad de la intervención estatal no pueden ser cumplidos" (Lübbe-Wolff, 1988, pp. 25 y ss.) (traducción propia). Más acerca del tema, véase, Mateos (2019, pp. 227-298).

[4] La importancia que ha adquirido la triada es tal que, en Alemania, todo alumno de la carrera de Derecho conoce la diferencia, en palabras de Michael Holoubek: "Hoy en día, uno puede asumir confiadamente sin ninguna exageración que en generaciones de alumnas y alumnos de la carrera de Derecho ha permeado la diferenciación entre ámbito de protección (*Schutzbereich*), intervención (*Eingriff*) y restricciones constitucionales (*Grundrechtschranken*)" (Holoubek, 2007, p. 18) (traducción propia).

[5] La triada representa también una serie de pasos lógicos en el examen de constitucionalidad: "En el cual el ámbito de protección de un derecho fundamental no es afectado, entonces, es superflua la pregunta respecto a la intervención; en donde no se encuentra una intervención al derecho fundamental, se ahorra entonces la cuestión relativa a la justificación constitucional de una medida que afecta derechos fundamentales" (Holoubek, 2007, p. 18) (traducción propia).

[6] La estructura de los derechos de defensa podría ser resumida de la siguiente manera: "El derecho de defensa funciona como un mandato de omisión condicionado: La intervención en el ámbito de protección de un derecho de defensa está solamente permitida bajo el requisito de que la intervención sea justificada constitucionalmente. Si se satisface la justificación, entonces, el afectado debe tolerar la limitación de su posición jurídica (bien protegido). De lo contrario, contará con una

Dicho examen puede describirse de la siguiente manera: cuando una medida estatal, ya sea por acción u omisión, afecte el contenido de un derecho fundamental (ámbito de protección) y tal afectación satisfaga los requisitos del concepto de intervención, el siguiente paso consistirá en revisar si existe algún fundamento constitucional (restricción) que justifique tal afectación. En caso de no existir justificación constitucional, entonces, la medida estatal será inconstitucional. En cambio, si existe una justificación constitucional para dicha restricción, pero se duda de la adecuada relación fin-medio en la medida estatal, luego, se realizará un test de proporcionalidad.

El objetivo de este texto es realizar un estudio de la figura dogmática conocida como "intervención". La importancia de dicha figura consiste en su función como puente entre el contenido garantizado por una norma constitucional y el efecto de protección al ejercer el control. Es decir, la intervención constituye la reducción de las libertades protegidas constitucionalmente por una medida estatal.[7] Por lo tanto, es de suma importancia conocer aquellos requisitos que permiten calificar a una medida estatal como una "intervención"; se analizará la evolución jurisprudencial y la doctrinaria del concepto; también, se describirán su función en el examen de constitucionalidad y su importancia para el test de proporcionalidad.

El texto comprende la siguiente estructura: a) un breve desarrollo del concepto de intervención manejado en la jurisprudencia y la literatura académica alemanas; b) los efectos de la intervención y su relación con el principio de división de poderes; c) el vínculo entre el concepto de intervención y el legislador; d) la distinción entre intervención y restricción; e) la intensidad de la intervención como elemento relevante; f) la

---

pretensión de omisión y, según sea el caso, con la supresión de la afectación. Solamente una intervención constitucional no justificada constituirá una lesión de los derechos fundamentales". (Bumke, 2015, párrafo 56) (traducción propia). En este texto se utilizará el concepto "derechos de defensa" para hacer referencia a las libertades clásicas o libertades negativas.

[7] *Cfr.*, Bethge (1998, p. 10).

mención del papel del concepto de intervención en cada grada del test de proporcionalidad, y, por último, g) algunas consideraciones finales.

B. El concepto de intervención en la jurisprudencia y la literatura

El concepto de intervención o injerencia en los derechos fundamentales ocupa un lugar central en la literatura y la jurisprudencia constitucional alemanas. El uso de este concepto ha sido tan reiterado, incluso por autores como Rolf Eckhoff (1992, p. 5), quien considera que para el Tribunal Constitucional Federal Alemán el concepto ya constituye un elemento dogmático de su jurisprudencia, es decir, un *terminus technicus*. El empleo de esta figura dogmática en los derechos de defensa está tan arraigado en el sistema alemán que no es posible realizar el examen de constitucionalidad de una ley o acto estatal sin seguir los pasos de la triada ámbito de protección-intervención-restricción.[8] En especial, se considera que el concepto está estrechamente vinculado con el ámbito de protección garantizado en un derecho.[9] La literatura académica señala que este concepto se ha cristalizado como un medio adecuado para explicar el grado de afectación por parte de los órganos del Estado en el ámbito de protección garantizado por un derecho fundamental (Stern, 2018, párrafo 162). Asimismo, la intensidad de la intervención juega un papel esencial al momento de examinar la proporcionalidad de una medida estatal; criterio esencial en la grada de necesidad y en la ponderación de los principios constitucionales en colisión.

[8] Si bien el concepto de intervención encuentra su función primordial en los derechos de defensa, esto no significa que no tenga cabida en las otras funciones de los derechos fundamentales.

[9] El concepto de intervención requiere necesariamente de la existencia de un ámbito protegido por un derecho fundamental, en palabras de Bethge: "La intervención en los derechos fundamentales presupone al ámbito de garantía de los derechos de libertad. La cesura entre el derecho de libertad y la intervención existe también ahí, en donde no se considera ninguna libertad natural, sino donde la substancia del derecho fundamental es configurada por el legislador" (Bethge, 1998, p. 19) (traducción propia). Este último comentario se refiere a los derechos fundamentales que requieren de una configuración legal para su pleno disfrute, por ejemplo, el derecho a la propiedad y al trabajo.

Es necesario subrayar que en la dogmática y la jurisprudencia se han considerado dos modalidades del concepto de intervención: el concepto clásico y el ampliado. Las dos concepciones son importantes, pues elegir alguna supone, en los hechos, modular el número de casos que pueden ser considerados como medidas objeto de control constitucional. A continuación, se estudiarán ambas concepciones más a fondo.

I. El concepto clásico de intervención

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido el concepto clásico de intervención de la siguiente manera:

> En términos generales, por injerencia en un derecho fundamental se entiende un procedimiento jurídico-formal, que de manera inmediata y dirigida (es decir, encaminada a tal fin), es llevado a cabo por el Estado a través de un mandato o una prohibición (que en última instancia puede ser impuesto coercitivamente por medio de la fuerza pública), con un carácter imperativo de tal magnitud que conduzca a una disminución de las libertades constitucionales (Schwabe, 2009, p. 193).

Por lo anterior, los elementos del concepto clásico de intervención son los siguientes:

- Forma legal o identidad legal, particularmente por la ley, actos administrativos y decisiones jurisdiccionales.
- Uso de la fuerza coercitiva estatal —mandato o prohibición— (carácter imperativo).
- Dirigido, no es una mera afectación al bien protegido (finalidad).
- Afectación inmediata del bien protegido.
- La medida estatal está dirigida al portador del derecho fundamental.[10]

[10] *Cfr.* Stern (2018, párrafo163) y Bleckmann (1979, p. 231 y ss).

Cuando se determina la existencia de estos elementos en un caso concreto, entonces, se acredita la existencia de una intervención en el ámbito de protección de un derecho fundamental. El caso prototipo para esta definición es el acto administrativo (Dreier, 2013, párrafo 124).

Sin embargo, conforme fue pasando el tiempo, aparecieron voces que empezaron a criticar lo limitado y restrictivo del concepto clásico de interferencia. La más famosa fue la crítica de Hans-Ulrich Gallwas, quien subrayó un grave problema del concepto clásico, pues consideró que éste no comprendía las lesiones "fácticas" al contenido protegido por un derecho fundamental.[11] Para él, la concepción "clásica" de interferencia no tomaba en cuenta medidas estatales que, en los hechos, afectaban materialmente un derecho fundamental, pero no cumplían con los requisitos de la definición clásica (Gallwas, 1970, p. 22). Esta limitación se debía a lo restrictivo de los elementos del concepto clásico, pues cada uno de éstos dejaba fuera medidas lesivas de los derechos fundamentales. A continuación, presento las deficiencias de cada uno de los elementos del concepto clásico.

Comenzaré con el primer elemento del concepto clásico de interferencia: la forma legal o identidad legal.[12] Este elemento parte de la idea de que toda interferencia estatal tiene como identidad una ley que lo justifica, pero dicha identidad con la ley también comprende el efecto de la intervención y el destinatario de la misma. Esto traía consigo problemas, pues dejaba fuera afectaciones a terceros no contempladas por la ley, o tam-

[11] Por "afectaciones fácticas" Gallwas entendía todas aquellas lesiones a los derechos fundamentales que no encontraban una identidad con la ley: "Todas las afectaciones, que son idénticas con una correspondiente ley u orden, serán a continuación llamadas 'afectaciones imperativas'. Las demás, es decir, aquellas a las que le falta una identidad legal, serán referidas, cuando se hable de 'afectaciones fácticas'" (Gallwas, 1970, p. 12) (traducción propia).

[12] El término "identidad legal" fue acuñado por Gallwas. Este concepto, en palabras de Gallwas, comprende: "A quien se le impone por medio de una 'orden' o 'regulación' un determinado comportamiento, por ello, el acto exigido constituye por sí mismo una afectación. Esto es en cierto modo, el reflejo de la regulación en el ámbito del afectado. Tal relación entre la medida oficial y la afectación debe ser entendida a continuación como una 'Identidad de regulación y afectación'. Para determinar tal tipo de afectación, basta dar un vistazo a la regulación correspondiente" (Gallwas, 1970, p. 22) (traducción propia).

bién el abuso de la ley por parte de la autoridad. Con el tiempo, la idea de "identidad con la ley" fue abandonada por el Tribunal Constitucional, pues más que la relación entre la medida legal y el portador de derechos, lo relevante para el examen constitucional es la afectación del bien protegido (Eckhoff, 1992, p. 183).

Por *imperativo* se entiende que la medida estatal busca, por medio de la orden y la coacción, una meta, es decir, su ejecución sin el consentimiento del afectado (Eckhoff, 1992, p. 183). En la literatura académica y en la jurisprudencia ya no es considerado el carácter imperativo como un criterio de la interferencia de los derechos fundamentales. Uno de los problemas de este elemento subyace en los casos de "consentimiento" de la medida estatal por parte del portador del derecho fundamental, o también en los casos de renuncia del derecho fundamental.[13] Ese elemento presenta limitaciones en los casos de abusos de competencias por parte de las autoridades. Asimismo, en los casos de afectación concurrente, si bien no existe un consentimiento del portador, tampoco existe una orden de coacción expresa de limitar el derecho colateralmente afectado.

Lo anterior es más visible si se toma en cuenta el criterio de "finalidad" de la medida estatal, ya que pueden existir afectaciones a los derechos fundamentales por leyes o actos del Estado que no tenían como objetivo principal el limitar el contenido del derecho fundamental afectado.[14]

Por otra parte, el problema del concepto de inmediatez se encuentra en lo ambiguo y abstracto de su carácter.[15] Lo anterior, debido a que la ley

[13] Puede darse el caso de que el portador del derecho fundamental acceda a la medida estatal o renuncie a la protección ofrecida por el derecho: "A pesar de que sea atribuible una afectación puede también faltar el concepto de intervención, cuando el afectado renuncia a su derecho fundamental, por medio del uso de su libertad de decisión y de permitir al poder estatal afectar el bien protegido. Por ejemplo, cuando el propietario de un domicilio accede al cateo de su casa" (Bumke y Voßkuhle, 2015, párrafo 86) (traducción propia).

[14] *Cfr.,* Sachs (2018, párrafo 81). Para Eckhoff, lo que importa en última instancia no es sancionar la "voluntad" (objetiva o subjetiva) por parte del Estado, sino aspirar al mayor grado de protección constitucional de las libertades. *Cfr.*, Eckhoff (1992, p. 196).

[15] El concepto de "inmediatez" ha sido considerado por la literatura como una figura abierta que simplemente daba discrecionalidad al operador jurisdiccional para limitar el contenido de un derecho

fundamental no contiene criterios para determinar la cadena causal entre las medidas estatales y la merma de los derechos fundamentales, o qué elementos la componen (Eckhoff, 1992, p. 209). Varios autores cuestionan la relevancia legal de dicho elemento para determinar la intervención en los derechos fundamentales.[16] Se considera que un elemento más preciso para modular el grado de control jurisdiccional respecto de las interferencias constituye el criterio de "intensidad".

Por último, sólo queda mencionar el elemento de "destinatario". Para este criterio, se entiende por destinatarios a aquellos sujetos a los que está dirigida la medida estatal. Un criterio limitado solamente al destinatario de la ley es muy restrictivo, pues deja fuera a todos aquellos terceros afectados por la medida estatal. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha empleado muy poco este criterio, pero en lo general basta que una medida estatal afecte de manera fáctica los bienes protegidos por un derecho fundamental para que exista una intervención, incluso si la medida no estaba dirigida al demandante.

Debido a los problemas presentes en los elementos del concepto clásico de intervención, empezaron a aparecer voces en la academia que postulaban una concepción más amplia del concepto de intervención, apartándose de esta manera de los criterios ya establecidos. Entre estas propuestas destaca la de Gertrude Lübbe-Wolff, quien reconocía ya el desarrollo implícito —en algunos casos, incluso, explícito— de un uso

---

fundamental, en palabras de Eckhoff: "Por ello deviene que ninguna definición, que pueda aquí ser considerada como un posible contenido de 'inmediatez', puede interpretarse de la Constitución. […] No se dan razones en esta relación del porqué los derechos fundamentales deben ser limitados, ni puede interpretarse de la Constitución la forma en que esto debe suceder. En tanto este criterio presenta tan poca claridad dogmática bajo un aparente criterio normativo, no sirve para otra finalidad que el uso reiterado de la libre decisión. […] Inmediatez no es por ello un criterio del concepto de interferencia" (Eckhoff, 1992, p. 213) (traducción propia).

[16] Por su parte, Schwabe comenta: "Aprovechando esta ocasión, debe decirse además que, entre los problemas expuestos por todos los elementos, es decir, aquellos generalmente empleados para la cualificación de una medida estatal como afectación de derechos fundamentales, es imperativa la desconfianza frente al criterio de 'mediatez'. En todo caso, este elemento carece de toda precisión como en otros actos de autoridad, especialmente en la expropiación, dicha precisión es indispensable para su uso como elemento diferenciador" (Schwabe, 1977, p. 181).

distinto del concepto de intervención, "el cual comprende cada injerencia lesiva en el ámbito de protección de una libertad constitucional por medio de un acto positivo estatal" (Lübbe-Wolff, 1988, p. 71) (traducción propia). Igualmente, consideraba como criterio importante la "equivalencia prescriptiva" de la prestación estatal con los efectos de una intervención. Es decir, que la medida estatal tuviera una equivalencia fáctica con una intervención a los derechos fundamentales (Lübbe-Wolff, 1988, pp. 267 y 276). Por último, considera como otro elemento importante la finalidad de protección de la norma en la cual se funda la intervención del ámbito de protección del derecho fundamental (Lübbe-Wolff, 1988, pp. 281 y ss.).[17]

Sin embargo, aun con las distintas críticas, los elementos del concepto de intervención clásico siguen siendo empleados en el examen de constitucionalidad, en especial, en actos regulados por el derecho administrativo. Pero, como se vio antes, estos elementos son muy restrictivos y no responden a los nuevos retos que se presentan ante el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto se hizo patente en el caso *Osho*.

II. El caso *Osho*

El caso *Osho* parte de un fenómeno que ocurría en la sociedad alemana desde la década de 1960 y que prosiguió durante años. El suceso consistía en la aparición de grupos desconocidos hasta ese entonces y que llamaron la atención de la opinión pública, la cual los denominaba de distintas maneras: "sectas", "sectas juveniles", "religiones juveniles", "sectas o grupos psicológicos", etcétera.[18] Debido a sus creencias y cosmovisión, su

[17] Esto es una consecuencia del reconocimiento de la existencia de un orden objetivo de valores en la ley fundamental por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, en el cual los derechos fundamentales son el parámetro de interpretación de las leyes parlamentarias. En palabras de Lübbe-Wolff: "Por consiguiente, del reconocimiento de una función de protección material de los derechos fundamentales existe en la limitación de las libertades constitucionales la necesidad de ponderar entre dicha libertad y las razones a favor de la restricción por medio de la ley o fundadas en la ley" (Lübbe-Wolff, 1988, p. 284) (traducción propia).

[18] *Cfr.*, Tribunal Constitucional Federal alemán (2003, p. 280), BVerfGE 105.

estructura interna y las prácticas de sus integrantes, estas agrupaciones fueron fuertemente criticadas por los medios de comunicación. Una crítica recurrente era que aislaban a los miembros de sus familiares y conocidos para manipularlos física y financieramente. Esto tenía como consecuencia que los miembros interrumpieran sus estudios, cometieran afectaciones al orden laboral y social, existiera dependencia al grupo en cuestión y se presentaran daños psicológicos en los miembros más jóvenes.

Lo anterior también tuvo impacto en el Gobierno federal y el de los *Länder*. En 1996, el *Bundestag* alemán decidió crear una comisión de trabajo. Ésta emitió un informe intermedio en 1997 y uno final en 1998. En dicho estudio se advertía del peligro de utilizar el concepto de secta o grupo psicológico, ya que podía ocasionar la estigmatización de nuevas corrientes religiosas.

Con este trasfondo, la asociación civil de los derechos del ciudadano y la meditación del famoso Shree Rajneesh-Bhagwan, o mejor conocido: Movimiento Osho, demandó en sede administrativa al Gobierno federal alemán para que se abstuviera de emitir comentarios públicos en contra del movimiento. En particular, los demandantes se quejaban de tres pronunciamientos emitidos por el Gobierno federal y sus órganos, en los cuales nombraba a esas asociaciones como "grupos religiosos destructivos" o "cultos destructivos". En uno de los pronunciamientos se hacía mención directa del grupo demandante (BVerfGE 105, p. 283). La finalidad de la demanda consistía en evitar futuros pronunciamientos en este sentido por parte del Gobierno federal.

El Tribunal Administrativo de primera estancia estimó procedente la pretensión, al condenar al gobierno federal a abstenerse de calificar públicamente a los demandantes como "secta", "religión juvenil" y de vincularlo con los atributos de "destructivo" y "pseudoreligioso"; asimismo, que dejara de señalar que sus miembros eran manipulados (BVerfGE 105, p. 285). Sin embargo, no concedió que se prohibiera al demandado el uso de los

conceptos de "culto destructivo", "culto psicológico" y "secta". El gobierno federal apeló la decisión.

El Tribunal Superior Administrativo desestimó las pretensiones de los demandantes en su totalidad; sostuvo que no tenían ninguna pretensión derivada de los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la ley fundamental (libertad religiosa). Si bien los miembros de la asociación podían demandar la protección de la libertad religiosa por basar su vida en las enseñanzas de Osho, las afectaciones que derivaban de las expresiones públicas del gobierno estaban justificadas constitucionalmente (BVerfGE 105, p. 285). De acuerdo con el Tribunal Superior, las declaraciones del Gobierno federal formaban parte del margen de discrecionalidad con el que éste cuenta, lo anterior de conformidad con el artículo 65 de la Ley Fundamental vinculado con el deber estatal de protección previsto en el párrafo segundo, primer enunciado del artículo 2, y del párrafo sexto, primer enunciado del artículo 6 de la Ley Fundamental (BVerfGE 105, p. 286). Ello porque dichas declaraciones tenían como finalidad proteger los bienes consagrados en la Ley Fundamental, ya que constituían advertencias en favor del orden social.

El Tribunal Administrativo Federal desechó la revisión de la sentencia del Tribunal Superior (BVerfGE 105, p. 286). Para el Tribunal, el caso no tenía ningún significado importante, pues de acuerdo con la jurisprudencia existente hasta ese momento, las afectaciones al derecho de libertad religiosa y de cosmovisión, por medio de declaraciones públicas del gobierno, eran justificadas por el deber estatal de protección y el uso de las relaciones públicas. Las relaciones públicas del Gobierno también incluían las advertencias. En palabras del Tribunal:

> Relativo a las relaciones públicas del Gobierno federal, se entiende por una tarea estatal aquella que en los hechos no satisface una forma legal y en cuya recepción el Estado no manda o prohíbe al individuo un acto —impuesto de manera urgente y coactiva—. A primera vista, en tales casos no se opone al principio de Estado

> de Derecho a la procedencia de afectaciones a los individuos. Esto como consecuencia del postulado contenido en toda tarea estatal, de una recepción efectiva de las tareas estatales, y por la diversidad de aristas y efectos de afectación por tales actos "informales" del Estado. […] El Gobierno Federal puede emitir advertencias no solamente para proteger derechos de otros, sino también para proteger el bien común (BVerfGE 105, p. 287).

En contra de los anteriores fallos, los inconformes decidieron promover una demanda constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. En ésta, argumentaron el uso dañino de los conceptos empleados por el Gobierno federal para describir su movimiento, así como los efectos negativos que habían tenido tales declaraciones públicas para el grupo. Además, señalaron que las advertencias estatales afectaban la libre competencia entre las religiones y las cosmovisiones (BVerfGE 105, p. 289).

Asimismo, señalaron lo equivocado del argumento relativo a la necesidad de una identidad legal para las declaraciones del Gobierno. Tal situación negaría la función protectora de los derechos fundamentales. La facultad del Gobierno federal de hacer relaciones públicas no podía constituir una razón para legitimar declaraciones que afectaran derechos fundamentales. El test de proporcionalidad no era suficiente para eliminar los límites al Gobierno federal, siendo necesaria una regulación o un proceso para tales declaraciones. Asimismo, el principio de proporcionalidad se veía afectado por declaraciones fuertemente negativas, como "destructivo" y "pseudoreligioso" (BVerfGE 105, p. 289).

El Tribunal Constitucional, al conocer del caso, reconoció que las declaraciones emitidas por el Gobierno federal representaban una afectación a los derechos de los demandantes conforme a los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la ley fundamental. En especial, porque representaban una afectación del principio de neutralidad por parte del Estado alemán frente a todas las religiones y cosmovisiones. Sin embargo, para que dichas declaraciones fueran consideradas como una intervención,

era necesario ampliar el concepto "clásico" de intervención. En palabras del Tribunal Constitucional:

> La Ley Fundamental no ha vinculado al concepto de intervención la protección frente a afectaciones de los derechos fundamentales, y tampoco ha usado este concepto materialmente como un pretexto. Las mencionadas declaraciones tuvieron en relación con los demandantes un efecto fáctico. Como afectaciones del derecho contenido en los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la Ley Fundamental, no son por lo mismo objetables, en cuanto puedan ser justificadas constitucionalmente de manera suficiente.
>
> Este no es el caso. Si bien es verdad que el Gobierno Federal actuó, al emitir las declaraciones cuestionadas, dentro del marco de sus competencias de información. Sin embargo, los derechos fundamentales de los demandantes, conforme a los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la Ley Fundamental, han sido afectados desproporcionalmente (BVerfGE 105, p. 300-301).

A partir de este argumento, el Tribunal Constitucional reconoció lo limitado del criterio de identidad legal y otros elementos dentro del concepto "clásico" de intervención:

> Las funciones de los actos estatales pueden ser determinadas, sin más, normativamente por el legislador. Asimismo, el legislador puede regular los requisitos de afectaciones dirigidas e inmediatas. Lo anterior, no es válido generalmente para actos del Estado con efectos fácticos mediatos. Aquí yace una afectación derivada no de un comportamiento exigido por parte del Estado, sino de los efectos del actuar estatal para terceros, es decir, dichos actos dependientes de otras personas. La afectación ocurre a partir de una cadena de sucesos, en los cuales las consecuencias se vuelven relevantes para los derechos fundamentales, y que se relacionan de manera indirecta con el medio empleado o la meta conseguida.

> Tales tipos de efectos fácticos-mediatos se sustraen típicamente de una normativa (BVerfGE 105, p. 304).

Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional concedió la protección a los demandantes; ordenó al Gobierno federal que se abstuviera de emplear medidas que discriminaran y difamara a las nuevas corrientes religiosas. Sin embargo, reconoció que el gobierno federal contaba con la facultad de emitir advertencias y que éstas no requerían una forma legal. Dicha sentencia fue decisiva, pues implicó la ampliación del concepto de intervención.

III. El concepto ampliado de intervención

A partir de ésta y otras sentencias comenzó a emplearse con el tiempo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, un concepto más amplio de intervención. El concepto "ampliado" de intervención comprende: todas las afectaciones fácticas (por ejemplo, los efectos de los horarios de cierre de algunas tiendas para los clientes [BVerfGE 13, 230] o los que ocasiona que el marido expulse a su esposa del hogar [BVerfGE 51, 386, pp. 397 y ss.]); afectaciones no dirigidas (cuando la información al consumidor por parte del gobierno es falsa o errónea y afecta a ciertos productos) (BVerfGE 105, 252) y afectaciones que no están revestidas con alguna orden o mandato (tal es el caso de la participación de buena fe en la disposición de tarifas dentro de los procesos de contratación administrativa [BVerfGE 116, 202, pp. 222 y ss.]).

En este sentido, se entiende por intervención de los derechos fundamentales cada afectación negativa y atribuible[19] de un bien protegido, conte-

[19] Autores como Sachs guardan dudas respecto a la precisión de los criterios que permiten fincar responsabilidad al Estado por cualquier afectación fáctica de los derechos fundamentales: "Sobre los criterios para la relevancia de tales afectaciones, sobre todo el de responsabilidad estatal, existe todavía mucha incertidumbre. Como requisito mínimo de la responsabilidad estatal se fija sólo la causalidad del acto estatal. Sin embargo, existe un amplio desconocimiento respecto de si hay y, en dado caso, cuáles son, los criterios que pueden fijar la responsabilidad estatal de las consecuencias de sus afectaciones" (Sachs, 2018, párrafo 83).

nido en un ámbito de protección de un derecho fundamental, por medio del poder estatal.[20]

Esto no significa que el concepto clásico haya sido desechado, sino que funciona como base para el examen de constitucionalidad de una ley o un acto de autoridad. Sobre todo, en la jurisdicción administrativa. Sin embargo, cuando existe una afectación a un bien protegido por un derecho fundamental, pero tal medida estatal no cumple con los requisitos del concepto clásico, entonces se empleará el concepto ampliado. La ampliación del concepto de intervención constituye una consecuencia lógica del constante desarrollo y evolución que han adquirido los derechos fundamentales.[21]

C. Efectos de la intervención

Al existir una afectación o reducción de las libertades constitucionales ocasionada por una medida estatal, es necesario revisar a continuación si existe una justificación jurídica que la valide; ésta dependerá de los criterios formales y materiales que establezca el sistema constitucional.[22] En este sentido, cualquier intervención de los órganos del Estado en el ámbito de protección de los derechos fundamentales necesita una justificación constitucional. En la dogmática alemana, al verificarse que la medida estatal cumple con los requisitos del concepto de intervención, entonces, comienza la tercera etapa del examen de los derechos de defensa, es decir, la etapa de las restricciones. Los límites establecidos por la Constitución para delinear el contenido de los derechos fundamentales

[20] *Cfr.*, Bumke y Voßkuhle (2015, párrafo 76).

[21] Eckhoff considera la ampliación del concepto de intervención como un producto del paso del tiempo: "El desarrollo de la jurisprudencia y la literatura constituye el proceso de la 'disolución de la concepción clásica de interferencia', es el proceso de ampliación y de pérdida de substancia de la idea, vinculada al concepto clásico de interferencia, de afectaciones a la esfera de libertad del individuo. Este proceso ha demostrado ser consecuencia del hecho, que una definición formal del concepto, basada en la estructura del acto de intervención o la característica del acto estatal, no es compatible con los requisitos normativos de una definición adecuada para la Ley Fundamental" (Eckhoff, 1992, p. 228).

[22] En la Constitución hay un sinnúmero de sinónimos del concepto de intervención.

se les conoce como restricciones. Esta etapa consiste en revisar si dicha intervención está fundada en alguna reserva o competencia a favor del legislador o de la autoridad en cuestión. A partir de las distintas restricciones de la ley fundamental pueden considerarse las siguientes justificaciones para limitar el contenido de un derecho fundamental: que exista una reserva de ley, un interés público o una meta de la restricción, y, por último, el test de proporcionalidad (Weber-Düler, p. 61).

D. La división de poderes y el concepto de intervención

En la teoría del Estado y del derecho constitucional, la protección de los derechos fundamentales constituye una de las funciones primordiales del Estado. El Estado constitucional está diseñado para ejercer el monopolio de la coacción dentro de su territorio. Sin embargo, para evitar abusos de la autoridad en contra de los derechos de los individuos, reparte sus funciones de gobierno en diferentes órganos. La división de poderes responde a las distintas funciones esenciales para la existencia del Estado. En Alemania, el párrafo tercero del artículo 1 de la ley fundamental vincula a los tres poderes del Estado al contenido garantizado por los derechos fundamentales. Por ello, todas las medidas estatales pueden ser consideradas como potenciales lesiones a los derechos fundamentales (Eckhoff, 1992, p. 13).

En la dinámica del Estado de derecho, el concepto técnico de intervención es importante, pues tiene la función clave de accionar la garantía de los derechos de defensa. Los derechos de defensa son una parte importante de los gobiernos democráticos, pues posibilitan las actividades que permiten el debate democrático y la formación de la opinión pública.[23]

[23] Si bien puede considerarse que los derechos de defensa constituyen simplemente actos negativos del Estado, autores como Horst Dreier señalan que en las democracias constitucionales éstos tienen una doble función: "Mientras Jellinek adjudicó únicamente el estatus negativo a los derechos fundamentales y el estatus positivo solamente a los derechos ciudadanos en sentido estricto (derecho al voto y acceso al servicio público), ha ganado importancia dentro de las democracias constitucionales

La garantía de los derechos de defensa, como garantías esenciales de las libertades de los individuos, también dota de legitimidad a los órganos del Estado. Por tal motivo, la legitimidad democrática afecta el margen de discrecionalidad de los órganos estatales. Esto es más visible en el papel que juega el legislador nacional en las democracias constitucionales; como aquel órgano que por medio de la ley expresa la voluntad popular. El margen de discrecionalidad del legislador para intervenir en los derechos fundamentales es mayor respecto de los demás poderes del Estado (Cornils, 2005, pp. 10).[24] La mayor expresión constitucional de dicha facultad consiste en la "reserva de ley" que es posible encontrar en algunos derechos fundamentales.

E. El vínculo entre el concepto de intervención y el legislador

En el caso *Osho*, el Tribunal Federal Constitucional alemán subrayó el papel central del legislador como órgano del Estado que da contenido y establece los límites de los derechos fundamentales por medio de la ley. Para Morgenthalter el vínculo entre las libertades de los derechos fundamentales y el legislador no se reduce a una mera prohibición o a un estatus negativo, en cambio, ciertas leyes permiten un desarrollo "autónomo y confiado" de las libertades contenidas en los derechos fundamentales (Morgenthalter, 1999, p. 19).

La ley no sólo constituye un límite al disfrute de los derechos fundamentales, sino que a su vez representa un mecanismo de configuración en

la dimensión ciudadana activa de los de derechos fundamentales. Aquí no se trata de un grupo exclusivo de derechos como los de ciudadanía. Un mismo derecho fundamental es, en cambio, un derecho de defensa y un derecho con efecto democrático; si tal percepción sirve para un asunto privado o público, depende del sujeto del derecho fundamental. De esta manera se aclara la doble función o doble aspecto de los derechos fundamentales. Esta doble función consiste en garantizar y asegurar la finalidad total del conjunto de instituciones y de derechos constitucionales, la "libertad individual de la persona", y la dirección democrática de los derechos fundamentales (tanto subjetiva-defensiva, subjetiva-pasiva o de derecho estatal) Dreier (1993, pp. 40 y ss.) (traducción propia).

[24] Véase también BVerfGE 90, 60, p. 94.

manos del legislador para dar efectividad a otros derechos y bienes constitucionales. Esto sucede de modo frecuente en las llamadas garantías institucionales,[25] es decir, aquellos derechos que generalmente pueden materializarse sólo a través de la ley.[26]

La vinculación entre la efectividad de los derechos fundamentales y la legislación es mucho más clara en los derechos fundamentales de prestación.[27] En este tipo de derechos es necesaria la creación de una situación jurídica para el disfrute de un derecho fundamental.[28] Es decir, el legislador está obligado a promulgar leyes en aquellos casos en los que el vacío legal implique la afectación de un derecho fundamental (Borowski, 2019, pp. 17 y ss). Esto sucede a menudo en los casos en que dos derechos fundamentales entran en colisión y es necesaria la promulgación de leyes para proteger los bienes constitucionales de uno de los portadores de esos derechos fundamentales (Borowski, 2019, pp. 17 y ss).

El papel del legislador, como máximo titular de la representación democrática, fija el contenido de varios derechos, así como también busca promover, por medio de la ley, el desarrollo de otros derechos o metas del Estado. Sin embargo, el límite del margen de discrecionalidad del legislador está acotado por las competencias establecidas por la Constitución, así como el contenido de los derechos fundamentales. En caso de que el legislador afecte el contenido de un derecho constitucional, se considera entonces que existe una intervención en los derechos fundamentales.

---

[25] Relativo a las garantías institucionales, véase Schmitt (1958).

[26] Relativo a la configuración de los derechos fundamentales por parte del legislador democrático, véase, Bumke (1998).

[27] En esta obra no es posible ahondar más en el complejo debate de la estructura y función de los derechos de prestación. Para un estudio más completo véase, Borowski (2003, pp. 143 y ss).

[28] Ésta constituye la diferencia material entre los derechos de defensa y de prestación. A diferencia de la distinción formal (la cual sólo se enfoca en la distinción entre derechos de defensa y de prestación por medio de las categorías omisión/acción), la distinción material constituye siempre un acto material legislativo o de autoridad estatal, que pueden ser: la emisión de una ley parlamentaria, un acto administrativo o un acto fáctico. *Cfr.,* Borowski (2002, p. 304).

Sin embargo, no es claro si cada afectación en los derechos fundamentales necesariamente es una violación constitucional (Eckoff, 1992, p. 6). Lo anterior se debe a que, en repetidas ocasiones, el legislador u otros órganos del Estado afectan el contenido de los derechos fundamentales individuales o colectivos en razón del cumplimiento de una meta o fin. Entre más amplio sea el ámbito de protección de los derechos fundamentales, mayor será la posibilidad de que se vean afectados por medidas estatales (Lübbe-Wolff, pp. 87, 285 y ss.). Esto también puede verse con el concepto ampliado de restricción. Como se indicó anteriormente, el concepto ampliado de intervención ocasiona que un mayor número de medidas estatales sean consideradas afectaciones de los derechos fundamentales.

F. La diferencia entre intervención y restricción

La protección de las libertades individuales es una de las principales funciones del Estado, todos los individuos en éste gozan de los derechos consagrados en la Constitución y pueden demandar su efectividad. Sin embargo, las libertades también tienen límites. Como bien señala Stefan Huster (1993, p. 78), la dogmática de la intervención parte justamente del reconocimiento de que las libertades individuales no son ilimitadas. En ese sentido, la intervención del Estado a los derechos fundamentales constituye un límite en sí. Como mencioné anteriormente, cuando se comprueba la existencia de una intervención se requiere entonces de una justificación para dicha intervención. En ese sentido, las restricciones constituyen los argumentos legales, contenidos en las normas constitucionales, que limitan el ámbito de protección de los derechos fundamentales. Las restricciones de los derechos fundamentales suponen por ello los medios constitucionales que dan marco al efecto protector de los mismos. Aunque el efecto de las restricciones es muy poderoso, éstas se encuentran establecidas en la normativa constitucional. A diferencia del concepto de restricciones, que es estático y normativo, el de intervención es dinámico

y complejo.[29] Esto significa que las razones normativas para limitar el contenido de los derechos permanecen inamovibles en el texto de la Constitución. Sin embargo, como consecuencia de la ampliación del ámbito de protección,[30] así como del concepto de intervención, empezaron a ser más recurrentes las colisiones entre las metas constitucionales concretizadas por la actividad del legislador y la protección de los derechos fundamentales; incluso la colisión en la garantía entre derechos. Aquí entra otro tipo especial de restricción constitucional, que consiste en el test de proporcionalidad. Éste supone una herramienta dogmática que permite calificar a una medida estatal (como medio), respecto del fin constitucional que busca dar efectividad (fin legítimo). Antes de abordar la estructura del test de proporcionalidad, es conveniente estudiar más a fondo la relación del elemento intensidad con el concepto de intervención.

G. La intensidad de la intervención

La intensidad es un criterio que se concentra sólo en la esfera del afectado y en la parte pasiva de la intervención, no en su vinculación con el acto estatal (Stern, 1994, p. 157). En otras palabras, los criterios de intervención no se limitan únicamente a la forma de la medida estatal (concepto clásico de intervención), sino también en su "efecto". Para Klaus Stern, en el criterio de intensidad surge ante todo la pregunta de si existe la posibilidad de que el efecto de la medida estatal no haya trastocado, en cuanto al peso de afectación, el ámbito de protección del portador de derechos fundamentales, o, en otras palabras, si es justificable un umbral mínimo de intervención a partir de la intensidad de afectación (Stern, 1994, p. 157). Lo anterior tiene mucho sentido en el test de proporcio-

[29] *Cfr.,* Stern (2018, párrafo 162). Gracias al concepto amplio de intervención hay un mayor número de medidas estatales consideradas intervenciones y, por ello, objeto del control constitucional.

[30] La ampliación del ámbito de protección de los derechos fundamentales es producto de métodos de interpretación como la interpretación evolutiva y el principio *pro persona*. Dichos métodos tienen como resultado una ampliación de los casos que caen bajo la protección constitucional. En este sentido, ese tipo de interpretaciones podría ser clasificado en la dogmática de los derechos fundamentales en la teoría del supuesto de hecho amplio. Más relativo a dicha discusión, véase Mateos (2019).

nalidad, puesto que en éste se reconoce la existencia de una intervención por una medida estatal, en el ámbito de protección de un derecho fundamental, pero se examina la proporcionalidad de dicha medida respecto del fin buscado. Esto, como se dijo anteriormente, es una consecuencia lógica de ampliar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, así como también de aumentar el umbral de casos objeto de control constitucional; gracias al concepto ampliado de intervención.[31] Rolf Eckhoff considera que la normatividad del "efecto" de la medida estatal se dirige necesariamente a la medición de tales efectos. Para el autor, la existencia de una intervención en los derechos fundamentales ya no es una cuestión de "sí o no", sino que se convierte en la pregunta: ¿en cuánto es afectado el derecho? (Eckhoff, 1992, pp. 253).

Sin embargo, uno de los problemas presentes en el elemento de intensidad radica en la dificultad de determinar el grado de afectación de un derecho fundamental ocasionado por una medida estatal. Algunos autores, como Lübbe-Wolff, critican la falta de contornos para delinear certeramente el criterio de intensidad.[32] Sin embargo, como señala Arno Scherzberg, el Tribunal Constitucional Federal alemán, al no tener criterios generales para determinar el grado de intensidad de la intervención estatal, hace por lo mismo un pronóstico sobre las consecuencias de su decisión, para relaciones futuras de otros portadores del derecho en cuestión.[33] La construcción de criterios se logra al contrastar casos con características similares, lo que permite agruparlos. Ocasionalmente, el Tribunal menciona la importancia del derecho fundamental afectado al portador y en el orden objetivo constitucional, al momento de determinar el grado de intensidad de intervención (Scherzberger, 1989, p. 62).

Eckhoff considera que los límites de dicha graduación pueden ser encontrados en el texto de la Constitución. Sobre todo, en aquellos casos

[31] *Cfr.*, también, Eckhoff (1992, pp. 252 y ss).
[32] *Cfr.,* Lübbe-Wolff (p. 267), Borowski (2018b, p. 128).
[33] *Cfr.,* Scherzberger (1989, p. 62).

en los que la norma constitucional otorgue al legislador un margen de discrecionalidad para configurar el derecho fundamental (reserva de ley), entonces, debe ser más intenso por ello el efecto de la intervención para que la medida estatal pueda ser objeto de control constitucional (Eckhoff, 1992, pp. 254). Mientras que en los derechos fundamentales que no contienen restricciones textuales o la restricción sea por medio de un test de proporcionalidad, el grado de intensidad para accionar el control constitucional es menor; lo que implica que las razones del Estado para limitar tal derecho deben ser mayores y sólo fundadas en la satisfacción de otro bien constitucional.

El criterio de intensidad de una intervención es muy importante para determinar la amplitud del control jurisdiccional, pues el grado de afectación de una medida estatal trae consigo la existencia de una "frontera de asuntos menores" (*Bagatellgrenze*) (Eckhoff, 1992, pp. 255 y ss.). En otras palabras, aquellas afectaciones a los derechos fundamentales que tienen efectos mínimos no son, entonces, sujetas al control constitucional (el análisis de laboratorio sanguíneo en un proceso de pensión alimenticia [Eckhoff, 1992, pp. 256; BVerfGE 5 13, p. 15], una tomografía [BVerfGE 17, 108, p. 115], el deber de utilizar cascos de seguridad [1 BvR 1295/80], etcétera). Esto supone la existencia de un margen de discrecionalidad graduable. Esta idea, se insiste, será de suma importancia en el test de proporcionalidad, en particular, en la tercera grada, la proporcionalidad en sentido estricto, o mejor conocida como ponderación.

H. El concepto de intervención y el test de proporcionalidad

Antes de comenzar a estudiar el test de proporcionalidad, aprovecharé este espacio para recapitular el examen de constitucionalidad de los derechos de defensa. Los derechos fundamentales, como derechos de defensa, protegen las libertades de los individuos en las democracias constitucionales. La garantía constitucional de estas libertades faculta a los individuos, el exigir al Estado la supresión de las medidas de autoridad que afecten

el contenido de tales libertades. Como se mencionó, la existencia de una intervención es el elemento que justifica la protección de un derecho fundamental. Sin embargo, no todas las intervenciones son ilegales, puesto que estas pueden ser justificadas. En palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán: "El requisito para una intervención en un derecho fundamental, y decisivo para su proporcionalidad, es la fijación de un fin legítimo" (BVerfGE 80, 137, p. 159; BVerfGE 104, 337, p. 347).

Un fin legítimo sólo puede justificarse a partir de una meta constitucional o de la satisfacción de otros derechos fundamentales. El fin o meta de la medida estatal, empero, no debe vaciar el contenido esencial del derecho fundamental afectado:

> En esencia, cada interés público, que no esté prohibido constitucionalmente, es legítimo. Dependerá también del derecho en cuestión que sea afectado, la meta que se considera legítima. En particular, no es legítima la supresión del principio de libertad contenido en el derecho fundamental cuestionado (BVerfGE 124, 300, p. 331).

De este modo, constituye un fin legítimo toda aquella meta estatal que esté de acuerdo con el contenido de la Constitución, o que sea establecida por la misma. Teniendo en cuenta lo anterior, existe un vínculo entre la meta estatal y el medio empleado por el Estado para la consecución de tal fin: "Dentro del examen de proporcionalidad, debe observarse el medio y el fin, en todas las intervenciones del Estado a la esfera de las libertades" (BVerfGE 16, 194, p. 201 y ss.).

La medida estatal, como medio para alcanzar una meta establecida por la Constitución, debe ser proporcional con la afectación causada. En este sentido, debe existir congruencia en la relación medio-fin: "El margen de discrecionalidad del legislador es, por tanto, excedido, cuando las consideraciones legales son tan inadecuadas que no se puedan ofrecer argumentos racionales para tales medidas" (BVerfGE 110, 141, p. 157 y ss).

Para ello, el Tribunal Constitucional ha desarrollado un test que tiene por objetivo determinar la relación entre el medio y fin: el test de proporcionalidad. Sin embargo, como método empleado para determinar la constitucionalidad de las medidas estatales, requiere, como cualquier restricción de los derechos fundamentales, de un rango constitucional. En ese particular, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha establecido lo siguiente:

> En la República Federal de Alemania, el principio de la proporcionalidad goza de un rango constitucional. Se desprende del principio de Estado de Derecho, con base en la misma esencia de los derechos fundamentales, los cuales, respectivamente, sólo pueden ser limitados (como una expresión de la exigencia de libertad del ciudadano en contra del poder coactivo estatal), cuando sea imprescindible la protección de intereses públicos (BVerfGE 19, 342, p. 348; BVerfGE 55, 28, p. 30; BVerfGE 76, 1, p. 50 y ss).[34]

El test de proporcionalidad ocupa un lugar central en la jurisprudencia y la academia alemanas, en especial, en la labor del Tribunal Constitucional Federal alemán. Gracias a varias decisiones paradigmáticas, el Tribunal Constitucional ha construido a través de los años criterios para resolver las colisiones entre los derechos fundamentales y las metas del Estado contenidas en la Constitución; así como las colisiones que se presentan entre derechos fundamentales propiamente dichos. Para revisar la procedencia de la limitación de los derechos fundamentales, debe seguirse

[34] Respecto a la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad, Dreier dice: "Las opiniones difieren en lo relativo a la justificación constitucional del principio de proporcionalidad: algunos recurren al principio de Estado de Derecho, unos lo consideran como un principio general del derecho, otros lo fundan en la esencia de los derechos fundamentales, y aisladamente se funda en el principio de igualdad" (Dreier, 1993, párrafo 243) (traducción propia). Para Borowski, el principio de proporcionalidad se funda en dos preceptos: "Relativo al fundamento del principio de proporcionalidad en la Ley Fundamental, hay particularmente dos planteamientos. El primero, se sustenta bajo el indicio del principio de Estado de Derecho de acuerdo al párrafo 3 del art. 20 de la Ley Fundamental. Mientras que el segundo, se basa en la reconstrucción de la teoría de los principios de los derechos fundamentales, en tanto, requiere necesariamente el principio de proporcionalidad el uso de los principios" (Borowski, 2018b, p. 254 ss) (traducción propia).

una serie de pasos, los cuales constituyen un test. Esta serie de pasos se aprecian en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

> De acuerdo con el principio de proporcionalidad, el medio empleado por el legislador debe ser idóneo y necesario para alcanzar el fin deseado. El medio es idóneo, cuando con su ayuda se puede potenciar el éxito deseado; es necesario, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio igualmente efectivo que no afecte, o solamente de manera de leve, un derecho fundamental (BVerfGE 30, 292, p. 316).

El principio de proporcionalidad, también conocido como la "prohibición de la medida extrema"[35], vincula a los tres poderes del Estado.[36] Cada órgano del Estado debe vigilar el cumplimiento de sus funciones con el ordenamiento constitucional. Por ello, el test de proporcionalidad, con todos sus pasos, actúa como un examen que tiene por objetivo, mantener la congruencia de los mandatos constitucionales y por ende, del sistema normativo mismo.

I. La grada de idoneidad y el concepto de intervención

El test de proporcionalidad comienza con la grada de idoneidad. Este paso tiene por objetivo determinar si la medida elegida por el Estado es realmente viable para la consecución de la meta estatal.[37] "Por ello, un medio es, en un sentido constitucional, idóneo, cuando con su ayuda puede ser alcanzado el éxito deseado, para lo cual cumpla con la posibilidad de la consecución de la meta" (BVerGE 63, 88, p. 115; BVerfGE 67, 157, p. 175; BVerfGE 96, 10, p. 23). Como se mencionó, el medio considerado idóneo debe perseguir una meta constitucionalmente legítima.

---

[35] Relativo a este principio en el Estado constitucional, véase, Lerche (1961).
[36] *Cfr.* Dreier (1993, párrafo 245).
[37] Este paso trata de una cuestión empírica relativa a la aptitud de un medio para la consecución de un fin. *Cfr.* Dreier (1993, párrafo 147).

En el test de proporcionalidad el concepto de intervención adquiere relevante importancia, pues éste supone un criterio para determinar si una medida estatal es proporcional con la protección y las metas contenidas en la Ley Fundamental. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no sólo se toma en cuenta la existencia de una intervención, sino, además, la intensidad de la misma: "La intensidad de una intervención no puede sobrepasar la proporción del significado de la meta y las pérdidas toleradas por el ciudadano" (BVerfGE 27, 344, p. 352) (traducción propia).

La intensidad de la afectación modula a su vez el control constitucional de los órganos jurisdiccionales. En tanto mayor sea la intensidad de afectación al derecho constitucional por parte de la medida estatal, entonces, será más intenso el control jurisdiccional en las funciones de los demás órganos del Estado.[38] Esto en los hechos, tiene como consecuencia, la imposición de una carga a las autoridades del Estado, la cual consiste en considerar el medio más idóneo y menos lesivo de los derechos fundamentales; lo que obliga a un examen racional de las medidas estatales como medios necesarios para el cumplimiento de las metas del Estado: "Dentro de una completa ponderación entre la gravedad de la intervención y el peso, así como la urgencia, de las razones que lo justifican, también deben ser garantizadas las fronteras de la razonabilidad" (BVerfGE 30, 292, p. 316; BVerfGE 81, 70, p. 92; BVerfGE 83, 1, p. 19; BVerfGE, 96, 10, p. 23).[39]

La intensidad de la intervención en el contenido del derecho fundamental se vuelve un factor muy importante en la segunda etapa del test de proporcionalidad, es decir, en el grado de necesidad. En esta etapa, la

[38] *Cfr.*, Scherzberger (1989, p. 72) y Eckhoff (1992, 258 y ss.).

[39] De acuerdo con Borowski, el principio de idoneidad no exige necesariamente la consecución total del fin, basta con que el medio fomente la meta buscada. Para Borowski, esto constituye un indicio del carácter de optimización de los principios (Borowski, 2018b, p. 257); véase, además, Alexy (1994, p. 103).

intensidad de la intervención sirve como criterio de elección del medio más idóneo, como se verá a continuación.

II. La grada de necesidad y la intensidad de la intervención

En la grada de necesidad se califica a una medida estatal como "necesaria" a partir de la relación entre el medio y el fin (Clérico, 2009, p. 101 ss). Un medio se considera necesario cuando el legislador no puede elegir otro medio eficaz para el fin y éste no afecte, o afecte sólo de manera leve, el contenido de un derecho fundamental.[40] Por lo tanto, el grado de necesidad consiste en la comparación de los distintos medios idóneos para la consecución de la meta constitucional.

La autoridad tiene un margen de discrecionalidad para seleccionar la medida que considere eficaz y menos lesiva con el propósito de alcanzar una meta constitucional. Para Marius Raabe (1998, p. 333), el grado de necesidad no consiste simplemente en la valoración normativa de los beneficios de un medio alternativo, sino en una cuestión empírica, aquella que se pregunta si hay realmente medios alternativos con el mismo efecto que el elegido por el legislador. De acuerdo con Martin Borowski (2018b, p. 257), el grado de necesidad satisface los requisitos para el uso del óptimo de Pareto;[41] como uno de los requisitos mínimos para un acto racional.[42] Lo anterior, también es congruente con el carácter de optimización de los principios (Borowski, 2018b); indica que el papel de determinar la "nece-

[40] *Cfr.*, Bumke y Voßkuhle (2015, párrafo 132) y Dreier (2013, párrafo 148).

[41] La justificación del uso del óptimo de Pareto en el grado de necesidad se considera obra de Bernhard Schlink (1976, p. 188 ss). Dechsling define el uso del óptimo de Pareto en el grado de necesidad de la siguiente manera: "El optimo de Pareto es un excelente punto de partida para el análisis del mandato de necesidad. Éste indica que una situación dada sólo puede ser eficiente, cuando no es posible ninguna variación que la pueda mejorar, sin empeorar la posición de los demás. Este criterio de eficiencia permite a los economistas nacionales distinguir el problema de la asignación eficiente respecto del problema de la distribución" (Dechsling, 1989, p. 51) (traducción propia).

[42] Para Hirschberg, constituye la idea de los fines y los medios, como proyección de la relación entre causa (medio) y efecto (fin), una categoría esencial del pensamiento humano. *Cfr.* Hirschberg (1981, p. 439).

sidad" del medio proviene desde la perspectiva objetiva del Estado (Borowski, 2018b, p. 258). En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido en manos del legislador un margen de discrecionalidad para la elección de medios efectivos: "Asimismo, el legislador emplea, en la estimación de la necesidad, un margen de discrecionalidad y de pronóstico" (BVerfGE 102, 197, p. 218).

Como bien señala Sachs, el Tribunal Constitucional otorga un margen de discrecionalidad mayor al legislador en atención al alto grado de legitimidad democrática con el que cuenta.[43] Aunque el legislador tenga un amplio margen de maniobra, esto no implica en los hechos que dicho margen sea ilimitado, pues los límites del mismo son establecidos por el contenido de la Constitución:

> Por ello, las medidas que considera el legislador como necesarias para la protección de bienes públicos importantes, pueden ser objetadas solamente cuando a partir de los hechos conocidos y en vista de la experiencia hecha hasta ese momento, sea posible determinar que hay leyes que pueden ser consideradas como alternativas, porque tienen los mismos efectos y son menos lesivas para el afectado (BVerfGE 25, 1, p. 19 ss).

A partir de lo anterior, Laura Clérico señala la existencia de tres elementos en el grado de necesidad:

- El grado de necesidad presupone la relación medio-fin.
- La existencia de más de un medio, pues es un requisito para la comparación.

[43] En palabras de Sachs: "El Tribunal Constitucional muestra una especial deferencia frente al margen de discrecionalidad y configuración del legislador; por ello son tomados en cuenta: la materia del caso correspondiente, la posibilidad de formación de la opinión legal y la importancia de la afectación del bien jurídico. Con frecuencia solamente se examina, si una ley es evidentemente no idónea o de si es defendible el pronóstico del legislador. El legislador tiene derecho a experimentar, pero debe retocar los diagnósticos erróneos" (Sachs, 2018, párrafo 151) (traducción propia).

- Se trata de una comparación doble. Primero, de los medios en relación con la consecución de la meta. Segundo, la relación del medio con la intensidad de la afectación (Clérico, 2009, p. 102 ss).

El vínculo entre la idea de fin-medio y el principio de proporcionalidad es muy estrecho, puesto que en la proporcionalidad existe un fin determinado y un examen de los medios efectivos. La idea de fin-medio está tan arraigada en los grados de idoneidad y necesidad, que incluso autores como Hirschberg mencionan que en la mayoría de los casos en los que se llega a la tercera etapa, la de la proporcionalidad en sentido estricto, siempre subyace una relación fin-medio.[44] Dice, asimismo, que esta relación se presta para explicar varios fenómenos del derecho constitucional. En especial, el concepto fin-meta puede dar mayor claridad a conceptos como "sentido", "razón" y" justificación" (Hirschberg, 1981, p. 49).

La existencia de distintos medios para comparar es, a su vez, una consecuencia de la etapa anterior, es decir, del grado de idoneidad. La etapa del grado de necesidad presupone el grado de idoneidad, pues para otorgar el carácter de "necesario" a un medio resulta indispensable contar con elementos encaminados a la consecución de dicha meta (Hirschberg, 1981, p. 59).

En el grado de necesidad se examina de manera conjunta la eficacia y la intensidad de la intervención del medio seleccionado por la autoridad. El que tenga una gran eficacia en la consecución de la meta, pero igual grado de intensidad de afectación respecto de otros medios, tendrá preferencia y será considerado como "necesario" respecto de aquellos otros que tienen una eficacia menor y consecuencias de afectación claramente moderadas.[45]

---

[44] *Cfr.,* Hirschberg (1981, p. 45). Sin embargo, él considera que la relación fin-medio no presupone a la proporcionalidad en estricto sentido (p. 47).

[45] *Cfr.,* Sachs (2018, párrafo 153). Al respecto, Laura Clérico señala que existen dos submandatos en el grado de necesidad: " [E]l submandato de (por los menos) igual adecuación técnica del medio alternativo (*das Gebot der mindestensgleichen Geeignetheit der alternativen Mittel*) y, -[E]l submandato

III. La relación entre la grada de necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)

Se considera generalmente que el test de proporcionalidad cuenta de con tres etapas: 1) el grado de idoneidad, 2) el grado de necesidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Sin embargo, varios autores, entre ellos Bernhard Schlink (1976, p. 76), consideran que la tercera etapa no es necesaria porque fomenta la discrecionalidad del operador jurisdiccional.

Para Robert Alexy el grado de necesidad permite calificar a un medio, de entre varios, como "necesario", sin embargo, esto es una cuestión de las posibilidades fácticas, mas no de las posibilidades legales. Para él, sólo esta pregunta puede hallar una respuesta mediante la ponderación (proporcionalidad en *sentido estricto*) (Alexy, 1994, p. 101). Del mismo modo, Huster considera que el examen de idoneidad y de necesidad se reduce a una misma pregunta, de si el acto estatal está de acuerdo con un estándar establecido. Sin embargo, considera que esto es algo muy distinto a la pregunta de si el acto estatal es un medio efectivo, o si existe otro medio efectivo que afecté de menor manera (Huster, 1993, p. 135).

La discusión relativa a la necesidad del tercer grado en la proporcionalidad no puede ser abordada en este trabajo, pues excedería a la finalidad del mismo. Sin embargo, se puede mencionar que en la fórmula del peso desarrollada por Alexy se encuentra el criterio de intensidad de la intervención estatal (Alexy, 2010, p. 408), lo cual demuestra la importancia de esta figura dogmática en la mayoría de las etapas del examen de constitucionalidad de los derechos de defensa. A continuación, se profundizará más en esto.

---

del examen del medio alternativo menos gravoso en sentido estricto (*das Gebot des milderen Mittel i.e.S*)" (Clérico, 2009, p. 103).

IV. La intensidad de la intervención en la ponderación

En la tercera grada del test de proporcionalidad, conocida como proporcionalidad en *sentido estricto*, se realiza una ponderación de los principios constitucionales que entran en colisión. Al tener las normas en colisión la misma jerarquía, no es posible emplear todas las reglas de solución de antinomias, en particular, cuando existen dos derechos fundamentales aplicables al mismo caso o en directa colisión.[46] En parte, esto se debe al efecto progresivo de los derechos, el cual ocasiona que un mayor número de situaciones caigan en el ámbito de protección de un derecho fundamental.[47] Debido a la complejidad y extensión del tema relativo a esta grada del test de proporcionalidad, sólo me enfocaré en el papel que juega el concepto de intervención dentro de esta última etapa.

Como ya se mencionó, la afectación (por medio de una medida estatal) a un derecho constitucional es producto de la satisfacción de otra norma constitucional (fin legítimo de la medida estatal). En este sentido, el grado de intensidad de dicha medida estatal juega un papel esencial en la ponderación. Pero, como se mencionó, uno de los problemas relativos a este elemento se encuentra en la falta de contornos claros. En esta situación, la teoría normativa de los principios, propuesta por Alexy puede representar una forma efectiva para explicar la situación. Al ser los principios mandatos de optimización, implica la existencia de la categoría del peso y la de un margen de discrecionalidad modulable (Alexy, 2010, pp. 47 y ss.).[48] Asimismo, es posible representar el peso a partir de una escala de orden ordinal.[49] En este sentido, la intensidad de la intervención también constituye un elemento graduable. Lo anterior tiene como resultado que el operador constitucional tome en consideración en la ponderación el

[46] *Cfr.,* Heß (2000, pp. 133 ss).
[47] En palabras de Borowski: "Entre más amplio se considere el supuesto de hecho del derecho fundamental, más comúnmente aparecerán conflictos problemáticos entre derechos constitucionales prima facie" (Borowski, 2018b, p. 331) (traducción propia).
[48] Véase también Nava (2015, pp. 119 ss).
[49] *Cfr.* Borowski (2018b, p. 128).

peso del derecho afectado, la intensidad de intervención del mismo e, incluso, como se mencionó, puede el operador jurídico también emitir un pronóstico del probable daño ocasionado por la aplicación de la medida estatal; de acuerdo a las circunstancias del caso. Todos estos elementos se encuentran en la fórmula del peso del Alexy;[50] los cuales a su vez constituyen una sistematización de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal alemán. Con esta serie de criterios es posible realizar una ponderación, en palabras de Borowski:

> Se puede tomar una decisión en la ponderación cuando es posible fundamentar si el peso planteado de las razones que justifican la intervención es mayor o menor que la intensidad de intervención; o también pueden ser clasificados como iguales. Que los principios a ponderar sean inconmensurables, no representa un problema, en cambio, es una característica de la ponderación (Borowski, 2018b).

Como se puede observar, el criterio de la intensidad de intervención es un elemento recurrente en todo el test de proporcionalidad. Si bien el concepto de intervención sirve como puente entre la protección ofrecida por el derecho fundamental y el control constitucional, también constituye, por sus características, un elemento importante para modular el control jurisdiccional.

I. Conclusiones

Con este trabajo se desarrolló el concepto de intervención en la dogmática alemana de los derechos fundamentales. En particular, el papel que juega en el test de proporcionalidad. Este concepto fue adquiriendo contenido y relevancia conforme el devenir de los años, permeando en la jurisprudencia y en la academia alemanas. Si bien en sus inicios sólo

[50] Debido a la temática del texto, no es posible estudiar más a detalle la fórmula del peso de Alexy; con relación a ésta y a la fórmula del peso refinada, véase Alexy (2010, pp. 407 ss).

tuvo un papel meramente calificativo en la dogmática, más adelante se desarrolló su comprensión e importancia para el Estado constitucional, a tal grado que generalmente es tomado en cuenta por la jurisdicción constitucional alemana en el análisis de la constitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad.

El objetivo de este trabajo consistió en mostrar algunos elementos importantes del concepto de intervención; así como de su evolución en la dogmática y jurisprudencia constitucional alemana. Todo esto, con la intención de hacer más accesible, en los estudios de derecho constitucional comparado, el significado de esta figura en el sistema constitucional alemán. Sin embargo, es posible ver que igualmente en la jurisprudencia mexicana se mencionan algunos elementos del concepto de intervención. Por ejemplo, la intensidad de la lesión ocasionada al derecho fundamental es uno de los elementos que los operadores jurídicos deben tener en cuenta entre las distintas herramientas interpretativas ofrecidas por la actividad jurisdiccional (Tesis 2a./J. 10/2019).

Para finalizar sólo queda mencionar que la dogmática de los derechos fundamentales consiste en una sinergia entre la práctica jurisdiccional y la producción académica. El concepto de intervención en la doctrina alemana es buen ejemplo de ello. Esta dinámica no debería ser ajena a otros ordenamientos jurídicos constitucionales.

Fuentes

Alexy, R. (1994), *Theorie der Grundrechte*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.

_____ (2010), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press.

Bethge, H. (1998), "Der Grundrechtseingriff", en *Der Grundrechtseingriff. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín/Nueva York, de Gruyter, vol. 57.

Bleckmann, A. (1979), *Allgemeine Grundrechtslehren*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

_____ (2018a), "Drittwirkung", *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press.

_____ (2018b), *Grundrechte als Prinzipien*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos.

_____ (2019), "La 'Drittwirkung' ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, pp. 3-27.

Bumke, C. (1998), *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, Nomos.

_____ y Voßkuhle, A. (2015), *CasebookVerfassungsrecht*, 7a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck.

Clérico, L. (2009), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba.

Cornils, M. (2005), *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tubinga, Mohr Siebeck.

Dechsling, R. (1989), *Das Verhältnismäßigkeitsgebot*, Múnich, Verlag Franz Vahlen.

Dreier, H. (1993), *Dimension der Grundrechte,* Hannover.

_____ (2013), "Vorbermerkungen von Artikel 1 GG", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck.

Eckhoff, R. (1992), *Der Grundrechtseingriff*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG.

Gallwas, H. U. (1970), *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte*, Berlín, Duncker y Humblot.

Grimm, D. (1987), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Francfort del Meno, Suhrkamp.

Hirschberg, L. (1981), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, Verlag Otto Schwart & CO.

Holoubek, M. (2007), "Der Grundrechtseingriff-Überlegungen zu einer grundrechtsdogmastischen Figur im Wandel", en Merten, D. y Papier, H. J. (eds.), *Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik*, Heidelberg, C. F. Müller.

Huster, S. (1993), *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot.

Lerche, P. (1961), *Übermass und Verfassungsrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Carl Heymanns Verlag KG.

Lübbe-Wolff, G. (1988), *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Die Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos.

Mateos Durán, A. D. (2019), "La separación del 'ámbito de protección' respecto de las 'restricciones' de los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año LI, febrero.

Raabe, M. (1998), *Grundrechte und Erkenntnis*, Baden-Baden, Nomos.

Sachs, M. (2018), "Vorbemerkungen zu Abschnitt I", en Sachs, M. (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8a. ed., C. H. Beck.

Scherzberger, A. (1989), *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlín, Duncker & Humblot.

Schlink, B. (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1958), "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931)", en Schmitt, C., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot.

Schwabe, J. (1977), *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, Dissertationsdruck Schadel GmbH & Co KG.

_____ (comp.) (2009), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, BVerfGE, 105, 279. Berlín, Konrad Adenauer Stiftung.

Stern, K. (1994), *Das Staasrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Múnich, C.H. Beck, voll III/2.

_____ (2018), "Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgesetzes", en Stern, K. y Becker, F. (eds.), *Grundrechte-Kommentar*.

Tesis 2a./J. 10/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 63, febrero de 2019, t. I, p. 838.

Tribunal Constitucional Federal alemán (2003), *Entscheidungen des Bundesverfasungsgericht*, Tubinga, Mohr Siebeck.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación muestran un uso creciente del test de proporcionalidad para distintos fines, además es una de las metodologías de adjudicación más discutidas por la academia jurídica desde diferentes latitudes y tradiciones. Es necesario ahora plantear interrogantes más específicas que contribuyan a darle una aplicación concreta como una técnica confiable y ajustada a la seguridad jurídica, cuya respuesta brinde elementos para explicar mejor la metodología en todos sus aspectos, y a resolver sus problemas en la práctica.

En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales determinó que la primera versión de su línea de investigación sobre Metodologías de la Adjudicación Constitucional se dedicara a explorar el test de proporcionalidad. El seminario permanente sobre este tema ha reunido a académicos, operadores jurídicos y estudiantes que se interesen en el test de proporcionalidad y en sus complejidades como herramienta de decisión judicial. Como un primer producto de este seminario, se publica *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, cuyos textos integrantes son muestra del dinamismo de la discusión que suscita el test como metodología de adjudicación constitucional.

Se espera que esta obra impulse una reflexión más extendida y profunda de las condiciones de legitimidad argumentativa y conceptual de las decisiones judiciales en el ámbito constitucional.