NUEVOS APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Rubén Sánchez Gil*

Resumen

El principio de proporcionalidad llegó a México para quedarse. Desde hace poco más de una década que la Suprema Corte y otros tribunales lo han usado para proteger y delimitar los derechos fundamentales y hoy en día es un importante lineamiento para resolver otros temas constitucionales. Este trabajo presenta distintas aplicaciones recientes de la proporcionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte y muestra que este Tribunal Constitucional no sólo ha persistido en su empleo, sino que también ha perfeccionado su fórmula ajustándola a estándares comparados –especialmente el clásico alemán– e interamericanos. Sin embargo, también señala que en nuestro país debe aún profundizarse en aspectos relevantes de este complejo criterio de decisión judicial, ya que su conocimiento es todavía superficial y poco divulgado entre los juristas mexicanos, lo que ha dado lugar a que en ocasiones se le emplee incorrectamente.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán (UADY). Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores.

Palabras clave: Proporcionalidad, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Corte Interamericana de Derechos Humanos, ponderación, jurisprudencia.

Abstract

The principle of proportionality is in Mexico to stay. Since about a decade, the Supreme Court and other benches have used it in order to protect and to limit fundamental rights, and nowadays is an important guideline for solving even other constitutional issues. This paper presents several recent applications of proportionality in the case law of the Mexican Supreme Court, and shows that this constitutional bench has not only persisted in its employment but it has also improved its formula in compliance with comparative –specially the classic German one– and Inter-American standards. However, it also points out that it is yet necessary to discuss further in Mexico some relevant aspects of this complex criterion of adjudication, since its knowledge is still superficial and not widely extended among Mexican lawyers, which occasionally has lead to a wrong use of it.

Keywords: Proportionality, Mexico, Supreme Court of Justice, Inter-American Court of Human Rights, balancing, case law.

1. Introducción

El principio de proporcionalidad es una figura que paulatinamente ha obtenido reconocimiento en México desde que hace unos quince años comenzó a introducirse en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En nuestro país ya se cuenta con un incipiente acervo doctrinal que estudia este concepto desde el punto de vista teórico y, también –lo que resulta aún más importante–, con una perspectiva dogmática que estudia las resoluciones del Máximo Tribunal.

Sin embargo, en la discusión mexicana hace falta mucho para conocer el examen de proporcionalidad con suficiente claridad y apreciar su utilidad pero, sobre todo, para divulgarlo fuera de entornos netamente académicos o del que

corresponde a la más alta sede de justicia constitucional. Opino que esto se debe, en gran medida, a que las referencias en México a este principio aún son generalmente superficiales y no han ido más allá de enunciar y explicar las fases de su examen, así como a efectuar análisis –que de ningún modo carecen de mérito, sobre todo en su momento– de las resoluciones que han buscado implantarlo, pero sin reparar en su práctica reciente ni aplicar desarrollos teóricos relativamente novedosos sobre el tema. Asimismo, no obstante algunos esfuerzos recientes que citaré en este trabajo, en México ni siquiera hemos iniciado el debate –añejo ya en otras latitudes– sobre los detalles de la proporcionalidad y de la "ponderación" y tampoco hemos comenzado a discutir los pormenores y la racionalidad de este procedimiento.

Dicha apreciación superficial tiene su mejor ejemplo en las dos versiones de la concepción prevaleciente en nuestro país sobre la "ponderación". La primera versión la hace consistir en un simple "balanceo" de bienes jurídicos que intervienen en una determinada situación, efectuado al tanteo y según al leal saber y entender del operador jurídico. La segunda, peor aún, entiende la ponderación como un simple contraste de un bien jurídico constitucional con otro para justificar la restricción de alguno de ellos. Apreciaciones como las anteriores no muestran la eficacia de la proporcionalidad y de la ponderación como instrumentos para racionalizar los conflictos entre principios constitucionales y tampoco se hallan muy alejadas de la poco refinada solución que casi siempre se les ha otorgado.

Como fruto de una inquietud personal, estas notas intentan contribuir a superar estas condiciones. En realidad consisten en la prolongación de reflexiones que he formulado desde hace tiempo sobre el principio de proporcionalidad, que afinan ciertas ideas expresadas con insuficiente precisión, añaden conocimientos nuevos que no había tenido oportunidad de asimilar por escrito, o bien entablan un "diálogo" respetuoso y atento con la obra de juristas que han abordado el tema. Pero sobre todo, los presentes apuntes buscan valorar la jurisprudencia

mexicana sobre el principio de proporcionalidad, posterior a la tesis P./J. 130/2007, atendiendo con mayor detenimiento a precedentes interamericanos relevantes para el tema.

Este trabajo debe mucho a los retos que me han planteado mis participaciones en el Máster *La protección constitucional y en el sistema interamericano de los derechos fundamentales* que organizan –ya por tercera ocasión– el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Universidad Complutense de Madrid; y en el Curso-Taller *Protección de los derechos fundamentales* que impartieron en 2014 el mismo instituto y el Consejo de la Judicatura Federal. Agradezco a Héctor Fix-Fierro y a Pedro Salazar Ugarte, y en particular a César Astudillo, estas oportunidades para exponer, probar y corregir mi pensamiento sobre este tópico tan apasionante; ellas muestran una vez más que, quien pretende enseñar, resulta ser quien más aprende.

El presente trabajo contiene tres secciones principales. La primera aborda aspectos esenciales del principio de proporcionalidad con la intención, ya expresada, de afinar algunos puntos y asimilar nuevos conocimientos y cavilaciones relativos a trabajos publicados en años recientes. En la segunda parte volveré sobre temas concernientes a los fundamentos para la aplicación de dicho principio en México, pero igualmente actualizando algunos puntos y "dialogando" con diversos autores que en los últimos años han dado a la luz importantes trabajos sobre el tema. La tercera sección valora precedentes recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que emplean o abordan el principio de proporcionalidad; dicha estimación ciertamente es superficial, pero creo que también basta para que por ahora se conozca mejor el estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia constitucional.

Las "reflexiones finales" con que culmino este trabajo intentan más puntualizar aspectos de lo expresado por estas líneas que me parecen significativos, que formular afirmaciones terminantes. Se trata de proposiciones que pude sacar

en claro de los datos reportados en estos apuntes y consideraciones elaboradas a lo largo de los mismos.

2. El principio de proporcionalidad

a. Nociones básicas

Contra una difundida opinión, el principio de proporcionalidad no es "hijo del constitucionalismo de nuestra época", aunque ciertamente los postulados teóricos de este –en particular los que ha sentado Alexy– forman un ambiente propicio para él y lo han explicado con máxima precisión.[1] La proporcionalidad ya era empleada en la jurisprudencia administrativa desde antes de la Primera Guerra Mundial, pero es cierto que luego de la Segunda su uso se incrementó de modo considerable.[2] Se trata de uno de los más relevantes conceptos que aprenden los estudiantes en Alemania por su gran importancia en la práctica profesional y, en especial, de un *exitosísimo artículo de exportación* de la ciencia jurídica alemana.[3]

El principio de proporcionalidad es casi exclusivamente empleado para determinar los alcances de los derechos fundamentales entre sí o frente a otros principios constitucionales; por ese motivo, referiré en adelante a la vinculación entre dicho principio y tales derechos. Pero de manera mucho menos frecuente,

[1] *Cfr.* CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XLVII, n. 139, México, enero-abril de 2014, pp. 66 y 85.

[2] *Cfr.* HARTWIG, Matthias, "La 'proporcionalidad' en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania" en VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un "ius constitutionale commune" en América Latina?*, T. I, UNAM-Instituto Max Planck-IIDC, México, 2010, p. 782.

[3] *Cfr.* KLATT, Matthias y MEISTER, Moritz, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus", *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat*, C. H. Beck, año 54, n.. 3, Múnich, marzo de 2014, p. 193.

la proporcionalidad también serviría para la aplicación de otros aspectos "orgánicos" como la delimitación de las competencias entre los órganos estatales, o entre la federación y las entidades federativas.[4] Es un principio de amplia aplicación, pues por su medio pueden apreciarse distintos actos jurídicos como políticas públicas, decisiones administrativas, resoluciones judiciales y por supuesto normas generales, especialmente leyes en el más estricto sentido.[5]

En Alemania este principio goza de "rango constitucional". La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal lo desprendió del principio de "Estado de derecho" (*Rechtsstaatsprinzip*) –que conlleva "corrección o justicia materiales"–,[6] y "ya en el fondo, de la esencia (*Wesen*) de los derechos fundamentales mismos", manifestada en que su restricción está permitida solo en tanto sea "imprescindible" para proteger un "interés público".[7] Esto último caracteriza *lato sensu* el principio de proporcionalidad.

---

[4] *Cfr.* HARTWIG, Matthias, "La 'proporcionalidad' en la...", *op. cit.*, p. 781. A mi parecer, los precedentes que este autor cita para apoyar el uso "orgánico" del principio de proporcionalidad no son idóneos para ello. Sin embargo, dicho empleo puede suponerse por la posible existencia de principios constitucionales de esa naturaleza, diferentes a los derechos fundamentales que son de orden "dogmático"; *cfr.* ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 74, 86 y 110. Además, un ejemplo *mexicano* ilustra esta cuestión: En las controversias constitucionales 14/2004, 13/2006 y 15/2006, el Pleno de la Suprema Corte estableció la "vinculatoriedad dialéctica" inherente a la propuesta municipal de su propia ley de ingresos, que impide la arbitrariedad del legislador al *incrementar de modo directamente proporcional* su deber de justificar sus modificaciones al proyecto municipal como más apartadas estén de él; siguiendo al Tribunal Constitucional Federal alemán pienso que esta es una aplicación mínima de la proporcionalidad, pues con ella "[l]a pretensión de tutela jurídica del [municipio] será tanto más fuerte y tanto menos deberá retroceder, como más onerosa sea la carga a él impuesta y más irrevocables los efectos de la medida de la [legislatura]". *Cfr.* BVerfGE 35, 382 [402].

[5] *Cfr.* CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Noción, justificación...", *op. cit.*, p. 71.

[6] HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 84. Según jurisprudencia constante del tribunal de Karlsruhe, "[e]l principio de Estado de derecho contiene la idea de justicia como parte esencial" (BVerfG, 2 BvR 209/14 y otros, 18 de diciembre de 2014, § 32, <http://bit.ly/1Amsh7I>). "El principio de proporcionalidad […] es un principio del Derecho justo que deriva inmediatamente de la idea de justicia. Indudablemente conecta con la idea de 'moderación' y de 'medida justa' en el sentido de equilibrio", LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 2001, p. 145.

[7] BVerfGE 19, 342 (348-349). Este precedente fundó una importante línea jurisprudencial en el sentido indicado. *Vid*. ALEXY, Robert, *Teoría de los..., op. cit.*, p. 92; y HARTWIG, Matthias, "La 'proporcionalidad' en la ...", *op. cit.*, p. 784.

Entendido ampliamente, dicho principio significa que un derecho fundamental solo puede menoscabarse en una medida *estrictamente indispensable* a una finalidad legítima, concepto sobre el que luego abundaré. Dicho de otro modo, aún es injustificado que la restricción de un derecho se produzca con base en un objetivo jurídicamente aceptable, pues se requiere que la intensidad de dicha intervención se ajuste efectiva y rigurosamente al logro de tal finalidad; como se expresó en una de las primeras reflexiones mexicanas sobre este concepto: la intención no basta.[8]

Con esta orientación el principio de proporcionalidad garantiza la *plena efectividad* de los derechos fundamentales. Lo hace a través de un examen basado en su idea esencial de afectación estrictamente indispensable a estos derechos, que concluye en la determinación de si dicho perjuicio importa o no suficiente utilidad jurídica.

b. Fases del examen

En su clásica formulación alemana establecida desde hace décadas, el examen de proporcionalidad consta de tres etapas sucesivas, que corresponden a los subprincipios que conforman su estructura en sentido lato: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*.[9]

---

[8] *Cfr.* COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 15, México, julio-diciembre de 2006, pp. 320-330. *Vid*. "DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. XXII, julio de 2013, t. 1, tesis 1a. CCXV/2013 (10a.), p. 557.

[9] *Cfr.* ALEXY, Robert, *Teoría de los..., op. cit.*, pp. 91-92; y BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 38. La jurisprudencia española usa precisamente estos mismos subprincipios; *vid*. STC 170/2013, F.J. 5, inciso c). En lo sucesivo, *vid*., como referencia general SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 36-59.

Sin embargo, hay quien añade uno o dos pasos previos a lo anterior: la existencia de un *conflicto constitucional* y la exigencia de que la medida restrictiva de un derecho fundamental persiga un *fin legítimo*.[10] Desde mi punto de vista, incluir estos elementos como parte del examen de proporcionalidad es una mera cuestión formal, pues no cambia su operación ni sus conceptos; ambos elementos se hallan presentes en la fórmula tradicional, ya que pueden tenerse por presupuestos de dicho análisis, o en la expresión del Tribunal Constitucional español, por su "*prius* lógico".[11]

Es preciso comentar la cuestión de la calidad del "fin" que puede ser "legítimo" para limitar los derechos fundamentales. Su respuesta oscila entre una posición que considera como tales los no prohibidos definitivamente por la Constitución,[12] y aquella que la atribuye solo a los avalados por la ley fundamental, acorde a la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal alemán.[13]

De esta suerte, no es mal criterio *práctico* pensar en términos llanos que en principio un fin será "legítimo" cuando no se halle constitucionalmente prohibido de manera clara, en cuyo caso sería francamente inadmisible y no habría necesidad de examinar nada más. Pero aunque este parámetro puede tener alguna utilidad, es *indispensable adscribir dicho fin a un principio constitucional*[14] que justifique con ese rango la intervención en el ámbito de un derecho fundamental, y con ello garantizar la primacía que inicialmente corresponde a esta especie

[10] Una muy acertada configuración, ya que refiere la determinación de un conflicto constitucional, es la de SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Porrúa, México, 2012, pp. 27-28. Porque considera determinar la legitimidad del fin y la del medio para obtenerlo como "fases" del examen de proporcionalidad, pero como un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos, es sutilmente más precisa la relación de KLATT, M. y MEISTER, M., "Der Grundsatz...", *op. cit.*, p. 194; dada su estrecha vinculación, al referirme al "fin legítimo" a la vez aludiré en lo conducente al "medio legítimo".

[11] STC 55/1996, F.J. 7. *Vid.* BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio..., op. cit.*, pp. 691 y 715.

[12] *Cfr. Ibidem*, pp. 692-702 y 790.

[13] *Cfr.* HESSE, K., *Grundzüge..., op. cit.*, p. 139; y BVerfGE 83, 130 (139).

[14] El cual desde luego puede desprenderse de la Constitución formal o de cualquier otro integrante del bloque de constitucionalidad, como indica CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Noción, justificación...", *op. cit.*, p. 73.

normativa.[15] Es de gran importancia identificar el principio constitucional cuya realización se opone a este último, y hacerlo con toda precisión,[16] pues también determina la materia que será objeto del examen de proporcionalidad y en consecuencia su resultado.

Pero que la intervención en un derecho fundamental esté avalada por un "fin legítimo", es insuficiente para justificarla. Hace falta que ella sea *idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto* a dicho objetivo; para ello debe realizarse el examen clásico que impone el principio que es el tema central de estos apuntes.[17]

Los primeros subprincipios no ofrecen particular dificultad que amerite un tratamiento especial en este trabajo. La *idoneidad* de la intervención en un derecho fundamental se refiere a la aptitud que esta tenga para contribuir de algún modo en la consecución del fin legítimo que se busca con esa medida; si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a él, alegarla es simplemente un pretexto para restringir el derecho fundamental que de esta manera resulta gratuita, inmotivada, y por tanto carente de justificación.

---

[15] BVerfGE 28, 243 (260-261): "El sistema de normas, institutos e instituciones de rango inferior a la Constitución no forman el parámetro (*Maßstab*) que sirve a la interpretación de las disposiciones constitucionales [...] Solo los derechos fundamentales de tercero que entren en colisión y otros valores jurídicos dotados de rango constitucional son, considerando la unidad de la Constitución y la totalidad del orden axiológico protegido por ella, capaces de limitar en relaciones particulares *aun* los derechos fundamentales que no pueden restringirse". Énfasis añadido.

[16] *Cfr*. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Noción, justificación...", *op. cit.,* p. 73.

[17] No obstante, debe establecerse y apreciarse *con toda sutileza* el subprincipio analizado porque no es difícil confundirlo, máxime cuando no se usan *categorías jurídicas suficientemente precisas*. Por ejemplo, en su reciente decisión sobre el velo islámico (*Kopftuch*), el Tribunal Constitucional Federal alemán pretendió analizar la "proporcionalidad en sentido estricto" de una norma general prohibitiva de "expresiones (äußere *Bekundung*) políticas, religiosas, ideológicas o semejantes" que pudieran ser conflictivas en el contexto escolar, y establecer su "interpretación conforme reductora" para excluir de su aplicación el uso de esa prenda (BVerfG, 1Bv R 471/10 y otro, 27 de enero de 2015, § 101 y 116, consultable en: http://bit.ly/1EgPUOB); cuando a mi juicio, obviando la "idoneidad", realmente analizó su "necesidad" (por lo que sí había "desproporción", pero en sentido lato; *cfr. ibidem*, § 97) y determinó una "invalidez parcial sin reducción textual" (sobre las mencionadas resoluciones, vid. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios*", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, pp. 55-60).

El criterio de *necesidad* exige que la intervención en el derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible; lo que puede darse en dos vertientes: ya sea porque dicha medida es la única disponible para lograr el fin legítimo que la justifica, o porque es la menos lesiva al derecho fundamental debido a que lo afecta con intensidad menor.

Finalmente, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como "ponderación" o "*balancing*" en inglés. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad.[18] En la dogmática alemana son *sinónimas y alternativas* las fórmulas "proporcionalidad en sentido estricto", "ponderación" y "adecuación (*Angemessenheit*)".[19] La segunda es preferida en el uso común, mientras que la última se emplea con menor frecuencia.[20] Pero como señalé, estas diferencias son meramente formales, y en nada cambian la esencia de los conceptos que refieren. En lo sucesivo preferiré el término "ponderación" para indicar esta última etapa del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

En principio, la ponderación presenta importantes dificultades. Muchas de ellas han sido superadas por la "fórmula del peso" que elaboró Robert Alexy, a la que me referiré en el siguiente apartado.

---

[18] *Cfr*. ALEXY, Robert, "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa-IIDPC, n. 11, México, enero-junio de 2009, pp. 8-9. Sin embargo, la relación entre "ponderación" y "proporcionalidad" es semánticamente problemática, pues por ejemplo desde cierto punto de vista aun los exámenes de idoneidad y necesidad podrían verse como un ejercicio de "ponderación"; respecto de algunos de estos problemas conceptuales, *vid*. VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, México, 2011, pp. 100-102.

[19] *Cfr.* MICHAEL, Lothar y MORLOK, Martin, *Grundrechte*, 3a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 297.

[20] Klatt y Meister emplearon el término "ponderación (*Abwägung*)" en KLATT, M. y MEISTER, M., "Der Grundsatz...", *op. cit.*, pp. 195 y ss. La publicación en que apareció el trabajo citado en esta nota se dirige a estudiantes y profesionales, lo que ilustra y explica esta diferencia terminológica.

c. Ponderación y "fórmula del peso"

Al entrarse en contacto con ella, la ponderación aparenta ser un procedimiento azaroso, por no decir arbitrario, en las manos del operador jurídico; da la impresión de ser una simple prestidigitación con la cual especialmente el juzgador trata de convencernos de la supuesta racionalidad de una decisión tomada *ad libitum*.[21] Si bien la ponderación en algún momento y en determinadas latitudes lleva a esa conclusión, ello no es así en la actualidad.

Esencialmente, la ponderación consiste en sopesar la importancia de las posiciones jurídicas en conflicto, para "establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo rango en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto", mediante la elaboración de una "regla de precedencia condicionada", es decir una norma que indique las circunstancias en que ha de preferirse o no una posición sobre otra.[22] Este procedimiento se encuentra hoy muy bien estructurado gracias a Alexy quien lo ha perfeccionado en diversos trabajos;[23] básicamente en su afamada *Teoría de los derechos fundamentales*,[24] pero sobre todo en el ensayo que expone su "fórmula del peso".[25]

Desde mi punto de vista, el último es la máxima expresión del pensamiento del profesor de Kiel sobre la ponderación; explica y justifica de manera pormenorizada los pasos en que hace consistir ese procedimiento, imponiéndole una estructura formal muy determinada que pone de relieve los aspectos que deben considerarse

[21] Vid. *Ibidem*, p. 135.

[22] *Cfr. Ibidem*, pp. 72 y 73 (cursivas del original suprimidas). *Vid*. SÁNCHEZ GIL, R., *El principio de..., op. cit*, pp. 48-59.

[23] Por ejemplo, el referido en la nota 18 anterior, que por su sencillez constituye una estupenda introducción a la teoría ponderativa.

[24] Vid. KLATT, M., y MEISTER, M., "Der Grundsatz...", *op. cit.*, p. 196. Con gran similitud, con este procedimiento explica la ponderación un manual universitario como el de MICHAEL, L. y MORLOK, M., *Grundrechte*, *op. cit.*, pp. 297-302.

[25] ALEXY, R., "La fórmula del peso", trad. de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 13-42, consultable en: http://bit.ly/1ybKDSL.

en dicho examen. Seguidamente intentaré explicar de una manera sencilla, conforme mi leal entender, en qué consiste la "fórmula del peso" alexiana.

El "peso" del derecho fundamental y de los principios que se le oponen a efecto de la ponderación es obviamente una metáfora;[26] simboliza el grado de importancia que en el caso particular tiene cada una de estas posiciones o el de la satisfacción que reciben los distintos aspectos que deben considerarse en este procedimiento. Para medir dicho "peso", Alexy propone una *escala triádica*: leve, medio, y grave;[27] a los cuales corresponderá un número (1, 2 y 3, respectivamente) que lo cuantificará. El peso concreto de cada principio que participa en esta colisión, con el cual competirá con su opuesto, se obtiene asignando la cantidad correspondiente a la afectación o realización de los siguientes aspectos: *intensidad o importancia* con que el principio es incumplido o satisfecho; el *peso abstracto* que cada cual tenga dentro del sistema constitucional, y la *certeza* con que dicha afectación y realización se produzca.[28] Para cada principio en colisión se otorga un valor numérico a estos aspectos, los cuales son adicionados o *multiplicados*,[29] y cuya suma o producto final se confronta con el de su opuesto, señalando la superioridad numérica resultante al que deba preferirse. Así de sencillo.

La *intensidad* se refiere al grado de insatisfacción o perjuicio que resiente el derecho fundamental al realizarse el principio que se le opone, y correlativamente,

[26] *Cfr.* ALEXY, R., *Teoría de los..., op. cit.*, p. 74.

[27] Aunque los integrantes de esta escala podrían extenderse de acuerdo con la precisión que sea necesaria. Desde mi punto de vista, una de cinco estratos convendría a la mayoría de los casos. *Cfr.* ALEXY, R., "La fórmula...", *op. cit.*, pp. 34-35

[28] El profesor de Kiel sugiere analizar estos aspectos en el orden indicado; sin embargo, también es posible invertir el orden de los dos primeros. *Cfr. Ibidem*, p. 39; y KLATT, Matthias y SCHMIDT Johannes, *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2010, p. 11.

[29] Aunque la relación aritmética no varía con estas operaciones, puesto que el principio que obtenga una suma mayor también multiplicándose mantendrá su superioridad frente al otro, esta última operación vuelve "geométrica" la escala triádica, potenciando el valor de cada principio y reflejando así con mayor fidelidad su "resistencia" frente a las afectaciones más intensas. *Cfr.* ALEXY, R., "La fórmula...", *op. cit.*, pp. 32 y 35.

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

El *peso abstracto* de cada principio se determina a través de la interpretación constitucional que establezca la relevancia que tiene *dentro del sistema jurídico en que se opera*, a partir de la específica formulación de las disposiciones –siempre variable– de la ley fundamental y, en su caso, las de los demás integrantes del bloque de constitucionalidad como podrían ser las relativas a derechos humanos previstas en tratados internacionales aplicables.[30] La posibilidad de estimar la importancia de los distintos principios para el orden constitucional radica en la misma posibilidad de efectuar una interpretación válida de la Constitución; pensar que no puede concluirse nada para aquella, supone que no podemos adjudicar significados a las disposiciones de la ley fundamental, ni comparar las posiciones que guardan los bienes que tutela; el texto constitucional es un

[30] *Cfr. supra*, nota 14. Sobre la importancia para la ponderación en Alemania del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del derecho comunitario, y de la jurisprudencia de los tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo, *vid*. MICHAEL, L. y MORLOK, M., *Grundrechte*, *op. cit.*, pp. 297-298. En cuanto a la interpretación constitucional afable a la convencionalidad (*konventionsfreundliche Auslegung*), comprendiendo la jurisprudencia internacional, y señalando que "el 'recurso a auxilios interpretativos' puede […] significar que también se incluyan en el examen de proporcionalidad *constitucional* aspectos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró en su ponderación", *vid*. BVerfGE 128, 326 (371-372; énfasis añadido).

"punto de vista común" para los intérpretes, a partir del cual puede construirse una argumentación que valore las distintas posiciones que salvaguarda.[31]

En todos los ámbitos jurídicos, la literalidad textual de las disposiciones tiene un papel fundamental y muy altamente valorado en la metodología, entre otros, como punto de partida de la interpretación y como criterio de legitimidad y objetividad de la decisión, especialmente frente a los principios constitucionales democrático, de división de poderes y de Estado de derecho (seguridad jurídica).[32] Para la ponderación en especial, la literalidad dispositiva contiene *claves* muy importantes para establecer el peso abstracto de los principios en colisión. Que la ley explícitamente indique algo preciso, es signo inequívoco de que su autor le otorgó una relevancia especial, que debe contar en la ponderación sumando al peso abstracto del principio respectivo; una importancia de la que carecería en otro sistema jurídico que no contenga esa expresión palmaria. Matthias Klatt y Moritz Meister advirtieron muy bien este "punto de vista constitucional" y su función:

> [...] si un determinado principio es relevante desde el punto de vista de la Constitución, entonces *hay que considerarlo en la ponderación; no puede ser ignorado*. Si ha de ser considerado, entonces tendría precisamente el papel que le corresponde al peso que se le atribuya.[33]

Por último, la *certeza* equivale a "seguridad epistémica", es decir a la convicción efectiva que se tenga sobre la realización de la afectación determinada sobre

[31] *Cfr.* ALEXY, R., "La fórmula...", *op. cit.*, pp. 27-28. Para profundizar en el texto de la Ley Suprema como elemento fijo que imprime objetividad a su interpretación, *vid*. ARAGÓN, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, t. I, Porrúa-UNAM, México, 2005, pp. 11-59.

[32] *Cfr.* KLATT, Matthias, *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2004, pp. 19-20 y 22.

[33] KLATT, M., y MEISTER, M., "Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip", en KLATT, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2013, p. 80.

los principios constitucionales opuestos. Para este rubro los conceptos de la escala tríadica varían a los siguientes en orden ascendente de certidumbre: 1) no evidentemente falso; 2) plausible, y 3) cierto o seguro. Este aspecto obedece a una "ley epistémica de la ponderación" que Alexy formuló así: "Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención".[34]

Para la fórmula del peso tiene "decisiva importancia" este factor, que no consiste en una "probabilidad" sino en la "fiabilidad" de orden epistemológico sobre la valoración del perjuicio a los principios constitucionales en juego; y así puede comprender la estimación de riesgos o atender a las consecuencias de la salvaguarda de cada posición, y no basarse únicamente en premisas empíricas.[35] En ocasiones, cuando los valores de los demás rubros presentan un empate o son muy próximos, la certeza determina el resultado de la ponderación; ello se traduce en términos coloquiales y a grandes rasgos en que resulta injustificado afectar con seguridad un derecho fundamental a cambio de un beneficio que solo quizá obtenga o no el principio con que colisiona, o viceversa.

Desde luego, en la práctica jurídica no es necesario usar la fórmula del peso como si se tratara de un problema de física o de matemáticas. Dicha fórmula indica en realidad factores que tienen en cuenta al ponderar y les brinda una estructura que les permite operar con la máxima racionalidad posible, para encauzar todos los posibles argumentos que es viable esgrimir en esta actividad.

En términos generales, en sus argumentos los Jueces y los abogados no requieren utilizar rigurosamente los meticulosos pasos de la fórmula del peso alexiana –ni se sugiere que lo hagan para que su exposición sea comprensible al profano–; aunque sin duda es recomendable que la apliquen por su cuenta al efectuar su

[34] ALEXY, R., "La fórmula...", *op. cit.*, p. 38.
[35] *Cfr.* KLATT, M. y SCHMIDT, J., *Spielräume im*..., *op. cit.*, pp. 12-13.

razonamiento, y que lo hagan con sumo cuidado porque a todos los operadores jurídicos la ponderación exige algo muy difícil de alcanzar: "gran competencia argumentativa".[36] Para justificar el resultado de su ponderación, basta que el discurso judicial o forense establezca claramente la relación entre los dos principios constitucionales en contradicción, expresando de manera sencilla, pero precisa, su valoración sobre cada rubro que compone la fórmula y los argumentos por los cuales la establece.[37]

Un ejemplo reciente de una buena argumentación ponderativa puede verse en el caso *Mollath* del Tribunal Constitucional Federal alemán.[38] En esta decisión, dicha magistratura revocó una resolución penal que disponía que continuara la reclusión del quejoso en un hospital psiquiátrico sin haber valorado su peligrosidad; o sea, la certeza en la protección de la sociedad, opuesta a la libertad personal, que al cabo y en opinión del tribunal de Karlsruhe produjo un "desempate". La sentencia constitucional ordenó devolver el asunto a la jurisdicción ordinaria para que realizara una nueva ponderación en el marco de ciertas condiciones que estableció.

3. La proporcionalidad en México

a. Fundamento textual

El principio de proporcionalidad adquirió carta de naturaleza en el derecho mexicano, como en muchas otras latitudes, particularmente para determinar

[36] KLATT, M. y MEISTER, M., "Der Grundsatz...", *op. cit.*, p. 196.

[37] Aquí es relevante la diferencia entre los llamados contextos de "descubrimiento" y de "justificación". *Vid*. ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 111 y 114-116.

[38] 2 BvR 371/12, 26 de agosto de 2013, consultable en: http://bit.ly/16BTvuF. *Vid*., el análisis de Klatt y Meister sobre la ponderación efectuada en este caso, en KLATT, M. y MEISTER, M., "Der Grundsatz...", *op. cit.*, pp. 197-198.

los alcances de los derechos fundamentales y solucionar sus conflictos. Aunque *carece en México de fundamento explícito en la Constitución formal*,[39] pues como en la mayoría de los sistemas jurídicos se trata de un producto jurisprudencial, puede derivarse inmediatamente de las disposiciones internacionales que condicionan la restricción de los derechos a los casos de "necesidad en una sociedad democrática",[40] en especial del artículo 30 del *Pacto de San José* que dispone la restricción de los derechos conforme al "propósito para el cual ha[ya]n sido establecidas".[41]

No obstante, y precisamente por los problemas que en nuestro país tiene la relación entre la Constitución y las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales,[42] sería conveniente fundar el uso de dicho principio con argumentos estrictamente constitucionales. Como en Alemania, esta justificación sólo puede darse a partir de una determinada concepción constitucional, específicamente de los derechos fundamentales, que exija y explique el uso de la proporcionalidad.

En un afán por persuadir al uso del principio de proporcionalidad,[43] y no sin observaciones,[44] en México se ha intentado doctrinal y jurisprudencialmente

---

[39] A diferencia del artículo 52.1 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

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

[41] *Vid*. RODRÍGUEZ, Gabriela, "Artículo 30. Alcance de las restricciones" en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 718 (puede consultarse la edición boliviana de esta obra en http://bit.ly/1ChG7bY).

[42] Resultantes como sabemos de la doctrina de las "restricciones expresas" de la Suprema Corte. *Vid*. SÁNCHEZ GIL, Rubén, "Notas sobre la contradicción de tesis 293/2011", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa-IIDPC, n. 21, México, enero-junio de 2014, pp. 333-344.

[43] *Cfr.* SILVA GARCÍA, F., *Deber de..., op. cit.*, p. 33.

[44] DÍEZ GARGARI, Rodrigo, "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 26, México, enero-junio de 2012, pp. 83 y 92.

apoyar el principio de proporcionalidad en disposiciones constitucionales explícitas o en principios "tradicionales", más familiares para nuestro uso jurídico. Con dicha intención se le ha querido dotar de origen constitucional radicándolo en la garantía de *motivación material* que prevé el artículo 16 constitucional,[45] más específicamente en la prohibición de exceso que implica;[46] y me parece evidente que al introducirlo en su jurisprudencia, ese mismo propósito condujo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a justificar el principio de proporcionalidad con base en precedentes de distintas épocas, algunos muy añejos.[47]

Desde luego es sumamente improbable –por no decir imposible– que el "Constituyente histórico" se haya representado el principio de proporcionalidad y la ponderación. Sin embargo, el texto de la referida garantía y la proscripción de la arbitrariedad que impone pueden tener hoy un significado más amplio al que imaginó, adecuado a las necesidades actuales del ordenamiento jurídico, concretamente su requerimiento de contar con un procedimiento. Y además, en efecto, la jurisprudencia mexicana en diferentes momentos ha reparado en nociones básicas aunque insuficientes de razonabilidad, que comprende la proporcionalidad.

Aunque sin seguir claramente su fórmula alemana clásica, lo que como mostraré paulatinamente se perfeccionó; interpretando el ordenamiento mexicano, el Pleno de la Suprema Corte reconoció aquella disposición constitucional como sede del principio de proporcionalidad cuando lo estableció como instrumento perteneciente al ordenamiento de nuestro país. El Máximo Tribunal señaló entonces que restringir los derechos fundamentales solo en medida rigurosamente

[45] *Cfr.* SÁNCHEZ GIL, R., *El principio de..., op. cit.*, pp. 63-74; y VILLASEÑOR GOYZUETA, C.A. *Proporcionalidad..., op. cit.*, pp. 181-182.

[46] *Cfr.* SILVA GARCÍA, F., *Deber de..., op. cit.*, p. 34.

[47] *Vid*. SÁNCHEZ GIL, Rubén, "Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 21, México, julio-diciembre de 2009, pp. 482-483. También publicado en *Escritos procesales constitucionales*, Porrúa-IMDPC, México, 2012.

necesaria para un fin legítimo –la idea esencial de la proporcionalidad *lato sensu*–, resulta "conforme al *principio de legalidad* [previsto por el artículo 16 constitucional y del cual la garantía de motivación material es una vertiente], de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados".[48]

b. Bases jurisprudenciales

La jurisprudencia introdujo el principio de proporcionalidad al sistema jurídico mexicano. Hay diversos precedentes anteriores a la ocasión en que el Pleno de la Suprema Corte asimilara este principio en un criterio vinculante. Anotaré sólo algunos de ellos que considero de particular importancia.[49]

Uno de los primeros precedentes que habló de un "juicio de equilibrio en sede constitucional" fue la jurisprudencia 41/97 del Pleno de la Corte.[50] La importancia de este criterio radica primeramente en que propuso la "adecuación" y la "proporcionalidad" en la relación entre una medida distintiva que adoptó el legislador, el resultado que produce y el fin buscado con ella, como criterio para establecer si dicha disposición legislativa se apoya en "una justificación razonable y objetiva"; criterio que luego se extendió al examen general de igualdad con una fórmula más apegada a la clásica alemana del principio de proporcionalidad.[51] En segundo

[48] "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 321, p. 1310 (cursivas añadidas).

[49] Recuentos más amplios de dichos precedentes se hallan en DÍEZ GARGARI, R., "Principio de...", *op. cit.*, pp. 78-101; y en SÁNCHEZ GIL, R., "Recepción jurisprudencial...", *op. cit.*, pp. 477-481.

[50] "EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 605, p. 17.

[51] "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 11, p. 829; e "IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 12, p. 830.

lugar, muestra el origen español –e indirectamente alemán– del examen de proporcionalidad aplicado en México: los términos de la Suprema Corte apenas varían –aunque de manera muy significativa para la comprensión de esta figura– de un precedente del Tribunal Constitucional hispano sobre la insuficiencia de la legitimidad del fin perseguido con una desigualdad jurídica, que también debe someterse a un "juicio de equilibrio en sede constitucional" para "evita[r] resultados especialmente gravosos o desmedidos".[52]

De gran importancia es un precedente de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación relativo al procedimiento administrativo sancionador electoral.[53] Este fue el primer precedente mexicano que enunció explícitamente los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Además, lo fundó en los artículos 14 y 16 constitucionales, señalando que de estos resultaba el deber de las autoridades de ocasionar "la mínima molestia posible" a los derechos de los gobernados.

Con la jurisprudencia 130/2007 del Pleno de la Suprema Corte se ancló en México el principio de proporcionalidad esencialmente considerado. Aunque este criterio no definió con precisión las fases que comprende el examen respectivo, sí indicó que los derechos fundamentales sólo deben restringirse en medida rigurosamente necesaria para un fin legítimo, con lo que expresó el concepto básico de la proporcionalidad en sentido amplio.[54]

---

[52] STC 76/1990, F.J. 9, inc. A).

[53] **"PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD"**, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, tesis S3ELJ 62/2002, p. 235.

[54] *Vid*. *Supra*, nota 48. Comentando este criterio y las ejecutorias relacionadas con él, *vid*. ALVEZ, Amaya, "¿*Made in Mexico*? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, t. LX, n. 253, México, enero-junio de 2010, pp. 380-385; y tb. SÁNCHEZ GIL, R., "Recepción jurisprudencial...", *op. cit.*, pp. 481-485; y SILVA GARCÍA, F., *Deber de..., op. cit.*, pp. 64-70.

La jurisprudencia interamericana también apoya el principio de proporcionalidad. En un principio la Corte Interamericana relacionó la "necesidad" que mencionan diversas disposiciones del *Pacto de San José* con la idea de "proporcionalidad".[55] Algunos años más tarde, ese tribunal internacional estableció el criterio de que la restricción a los derechos que reconoce ese instrumento deben satisfacer los criterios de "idoneidad", "necesidad" y "estricta proporcionalidad", entendiendo esta última como una "ponderación" en términos que de inmediato recuerdan a Alexy.[56] Por último, aunque sin la precisión de la anterior, en una sentencia condenatoria para el Estado mexicano la Corte Interamericana afirmó que la restricción de un derecho compatible con la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* debe ser "necesaria en una sociedad democrática", debiéndose entender por ello que ha de "ajusta[rse] estrechamente" a lograr un "interés público imperativo";[57] lo que, según he dicho, es la expresión esencial del principio de proporcionalidad en sentido lato.

4. Precedentes recientes

a. Experiencias positivas

Luego de establecer la jurisprudencia P./J. 130/2007, en distintas ocasiones la Suprema Corte empleó la idea de proporcionalidad o sus subprincipios. Algunos

[55] *Vid. supra*, nota 40; y *Ricardo Canese vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, § 96 y 129.

[56] *Kimel vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84. *Vid.* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, "Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos", en STEINER y URIBE (coords.), *Convención..., op. cit.*, pp. 732-733.

[57] *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186. *Vid*. "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. III, diciembre de 2011, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556.

casos que pueden ponerse de relieve por las amplias perspectivas de aplicación que podrían tener, son los referentes a: 1) la inconstitucionalidad de topes máximos a la cuantía del daño moral que integre la responsabilidad patrimonial estatal;[58] 2) la seguridad jurídica en la rama tributaria –y por ende, el ejercicio de las facultades discrecionales de las autoridades de la materia–, con base en "la interdicción de la arbitrariedad o prohibición del exceso";[59] y 3) la regularidad de las "modalidades" impuestas a la propiedad privada.[60]

En los últimos años se ha visto un uso cada vez más sólido y preciso del principio de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En general, debe destacarse que el Máximo Tribunal sostuvo que dicho principio "irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos",[61] y que lo ha hecho consistir en los siguientes elementos: fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, con lo que adoptó la fórmula clásica alemana.[62]

Debe subrayarse la gran importancia del último precedente citado para el arraigo del principio de proporcionalidad en el sistema jurídico mexicano. Al establecerlo

---

[58] "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XXX, septiembre de 2009, tesis 1a. CLIV/2009, p. 454.

[59] "SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. VII, abril de 2012, t. 1, tesis 1a. LVII/2012 (10a.), p. 880.

[60] "PROPIEDAD PRIVADA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. EL ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD QUE REALICE EL JUZGADOR, SÓLO REQUIERE DE UNA MOTIVACIÓN ORDINARIA", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 4, marzo de 2014, t. I, tesis 1a. LXXXI/2014 (10a.), p. 551.

[61] "INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. XXV, octubre de 2013, t. 2, tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), p. 1052.

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

el Máximo Tribunal señaló dicho principio como *uno de los* "parámetros de control de la regularidad constitucional" que el legislador debe considerar al establecer "las bases, los límites y los procedimientos que regulen o limiten indirectamente dicho derecho constitucional".[63] Pero en realidad, para decirlo con la mayor exactitud, pese a su rango constitucional y su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de proporcionalidad estrictamente no forma parte del referido parámetro, sino que constituye una herramienta interpretativa para formular dicho "criterio o canon de enjuiciamiento" con que se analizará la regularidad constitucional.[64]

Otro precedente relevante es el que estableció la Primera Sala de la Suprema Corte al resolver el amparo directo en revisión 2411/2012. En dicha oportunidad, el referido órgano jurisdiccional determinó que los casos que "involucren un conflicto entre dos o más derechos fundamentales" que se resolvieron mediante "un ejercicio interpretativo sobre [su] contenido y alcance", implican una "interpretación directa" de la Constitución que ocasiona la admisión de dicho recurso. Con ello se buscó que el Máximo Tribunal determine si el Tribunal Colegiado hizo una "delimitación constitucionalmente *aceptable y adecuada* del contenido de los derechos en pugna y si la misma es óptima para lograr la *menor* restricción".[65]

Desde mi punto de vista, el anterior precedente alude palmariamente a la realización de un examen de proporcionalidad y otorga carácter netamente *constitucional* a su resultado y al correspondiente principio que lo funda; lo que también

[63] *Idem*.

[64] *Cfr.* ASTUDILLO, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, Tirant Lo Blanch-UNAM, México, 2014, pp. 38 y 44-45. Vid. amparo en revisión 143/2007, Segunda Sala, 13 de junio de 2007, con. III, pp. 39-40.

[65] "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. CONDICIONES PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO POR CONSIDERAR QUE EXISTE UNA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO HAYA EVALUADO UN CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. XVIII, marzo de 2013, t. 1, tesis 1a. LXXII/2013 (10a.), p. 891. Énfasis añadido.

hace pensar en que podría tener importantes consecuencias, particularmente respecto de la procedencia inmediata del juicio de amparo frente a "violaciones directas" a la ley fundamental.[66] La relevancia de este criterio es que el juicio de proporcionalidad se halla en la zona de penumbra de la "interpretación directa" de la Constitución respecto de la cual procede el recurso de revisión contra sentencias de amparo directo,[67] y al sentarlo la Suprema Corte aclaró dicha indeterminación decantándose por una solución *pro actione* que implícitamente atribuye rango constitucional al principio de proporcionalidad.

b. Criterios inexactos

Sin embargo, hay tres precedentes que me parecen constituir una inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad.

En el primero de ellos, la Suprema Corte aplicó a mi juicio erróneamente las distintas fases del examen de proporcionalidad *lato sensu*, negando el acceso a la justicia respecto de la afectación del derecho a la propia imagen.[68] El segundo precedente pareció expresar que los límites de la libertad de expresión no se establecen mediante todas las fases del examen de proporcionalidad *lato sensu*;[69]

---

[66] *Vid*. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 7a. ed., Porrúa-UNAM-IMDPC, México, 2014, pp. 57-61.

[67] *Cfr.* LARA CHAGOYÁN, Roberto, "La 'interpretación directa de la Constitución': Un análisis teórico" en *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, Porrúa, México, 2012, pp. 32-33.

[68] "DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA INCIDEN RAZONABLE Y PROPORCIONALMENTE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XXVIII, agosto de 2008, tesis 1a. LXXVIII/2008, p. 51; *vid*. SÁNCHEZ GIL, Rubén, "El caso 'Diego Pérez': Cómo no se hace un examen de proporcionalidad" en PARRA TRUJILLO, Eduardo de la (coord.), *Propiedad intelectual. Análisis de casos*, Tirant Lo Blanch-Universidad Panamericana, México, 2013, pp. 151-183. Sin embargo, la propia Sala abandonó explícitamente dicho precedente el 19 de noviembre de 2014 al resolver el amparo directo 49/2013.

[69] "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. Época, lib. XX, mayo de 2013, t. 1, tesis 1a. CXXXV/2013 (10a.), p. 561. *Cfr.* CIDH, *Mémoli vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 22 de agosto de 2013, § 130.

sin embargo, lo que en realidad acontece es que en casi todos los casos en que ese derecho fundamental colisiona se superan las etapas de idoneidad y necesidad, lo que permite obviar su estudio.

En el último de los referidos precedentes se estableció que al analizar la "proporcionalidad" de una pena "es posible adoptar cualquier metodología", ya que aquella –según indicó la correspondiente ejecutoria– no es el "test de proporcionalidad" que Robert Alexy y otros han explicado, sino que consiste en determinar "si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado".[70] Pero precisamente de esto último se trata en esencia el examen de proporcionalidad, y específicamente su fase de *ponderación*: en establecer si el sacrificio de la libertad personal –u otro derecho– es compensado por la protección al bien jurídico tutelado por la norma penal; por lo que la proporcionalidad, y en particular su modalidad estricta, son justamente la metodología que debe emplearse para valorar la relación entre las sanciones y los bienes jurídicos que ellas protegen.[71] Claro que estas consideraciones abordan someramente este problema, cuya complejidad puede advertirse de su ejecutoria, pero pienso que en esencia la cuestión consiste en la colisión de diversos principios que hay que valorar de acuerdo con el esquema esencial del principio de proporcionalidad, con el protagonismo de su fase de ponderación.

c. Últimos casos relevantes

Al resolver la *acción de inconstitucionalidad 2/2014*, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contradijo la idea del precedente indicado en último

[70] **"PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES"**, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 10, septiembre de 2014, t. I, tesis 1a. CCCIX/2014 (10a.), p. 590.

[71] *Cfr.* ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 34-35; y CARBONELL, Miguel e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El artículo 22 constitucional y las penas en el Estado de derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 43-54; así como CÁRDENAS GRACIA, J., "Noción, justificación...", *op. cit.*, pp. 71-72.

término, de que "cualquier metodología" es aplicable para resolver sobre la proporcionalidad de las penas. Afirmó que "cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad constitucional", para impedir "que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal"; y que para toda restricción a los derechos fundamentales, como las que implican las disposiciones punitivas, debe establecerse una "relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar [el legislador] a través de la medida de intervención respectiva". Asimismo, apoyándose en la jurisprudencia P./J. 130/2007, en dicha sentencia reiteró que "el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad; de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar en exceso de poder o de manera arbitraria"; y *confirmó el empleo de su fórmula clásica*: fin legítimo, idoneidad, necesidad y "razonabilidad" (concepto que usó en vez de "ponderación", pero con indudable alusión a esta).[72]

Otro caso significativo para nuestro tópico es el *buzón tributario*. Pese a que la reforma constitucional del 6 de junio de 2011 le dio reconocimiento legislativo, por su gran importancia no puedo dejar de mencionar la función del principio de proporcionalidad en la suspensión en el juicio de amparo, que precisamente tuvo origen jurisprudencial.[73] El nuevo sistema cautelar de este proceso favorece la discrecionalidad judicial para valorar casuísticamente si merece mayor protección la posición del quejoso que los fines de interés social u orden público que persigue el acto reclamado, un "nuevo sistema equilibrado, orientado a dotar de mayor eficacia a esa medida", así como a "evitar el abuso en su concesión y

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

[73] *Vid*. SÁNCHEZ GIL, Rubén, "Suspensión ponderativa" en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 1218-1220; y FERRER MAC-GREGOR, E. y SÁNCHEZ GIL, R., *El nuevo juicio... op. cit.*, pp. 61-70.

el dictado de resoluciones que lastimen la sensibilidad social".[74] Servir de criterio decisivo para esta relevante figura procesal es hoy una de las más importantes funciones de la proporcionalidad en el derecho mexicano, lo cual se demostró con la resolución comentada; en esta resolución, a grandes rasgos, la Segunda Sala de la Suprema Corte estimó que el envío electrónico de la contabilidad de los contribuyentes no impedía el ejercicio de facultades de comprobación fiscal, por lo que resulta innecesario afectar su confidencialidad y debe otorgarse la suspensión contra dicha prescripción.[75]

Finalmente, menciono una resolución paradigmática y que recuerda el célebre caso *Lüth* alemán, porque usó el examen de proporcionalidad para optar entre varias *hipótesis interpretativas* de una disposición, según cuál de ellas se ajustaba a los postulados constitucionales resultantes de un examen de proporcionalidad.[76] La Suprema Corte señaló que "se afecta en forma innecesaria y desmedida" el derecho a la prueba cuando una testimonial se desecha por no acompañar su interrogatorio al ofrecerla, sin prevenir al oferente de ello y darle oportunidad de subsanar esa deficiencia.[77] Aunque pueden hacerse sutiles precisiones,[78] no

[74] "SUSPENSIÓN EN EL AMPARO INDIRECTO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 129, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE LA MATERIA, QUE PREVÉ LA POSIBILIDAD EXCEPCIONAL DE CONCEDERLA, AUN EN LOS SUPUESTOS EN QUE EL LEGISLADOR CONSIDERÓ QUE DE OTORGARLA SERÍA CONTRARIO AL INTERÉS SOCIAL, A LA LUZ DE LA FRACCIÓN X, PRIMER PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 107 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA PONDERACIÓN COMO BASE DE LA DECISIÓN", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 9, agosto de 2014, t. III, tesis IV.2o.A.73 K (10a.), p. 1970. Por su acertada aproximación al principio de proporcionalidad y la ponderación, son muy ilustrativos los criterios del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito publicados en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 7, junio de 2014, t. II, pp. 1917 y ss.

[75] "SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 17 K Y 28, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2014)", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 15, febrero de 2015, t. II, tesis 2a./J. 2/2015 (10a.), p. 1760.

[76] *Cfr.* BVerfGE 7, 198 (215).

[77] "PRUEBA TESTIMONIAL. INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 1.334 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO, CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 15, febrero de 2015, t. II, tesis 1a. LXXV/2015 (10a.), p. 1413.

[78] ¿Hay una inconstitucional prohibición legal de prevenir, correlativa a un mandato de inmediato desechamiento probatorio de igual calidad, o una laguna legal colmada por un principio constitucional? En otros

deja de haber una cuestión de constitucionalidad[79] resuelta con base en este principio –su vertiente de necesidad, para ser exactos–, con la cual se encontró un punto de equilibrio entre aquel derecho fundamental procesal y el de defensa que corresponde al contrario de quien ofreció la prueba relativa, que hace concordar ambas posiciones.

5. Reflexiones finales

De la jurisprudencia reseñada se advierte que la discusión en torno al principio de proporcionalidad, ya no debe girar en torno a su aceptación como herramienta para la operación de los derechos fundamentales. Tampoco debe enfocarse en su formulación esencial en sentido lato o en la de sus subprincipios.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado dicho principio con suficiente claridad como *la metodología taxativamente indicada* para resolver la colisión de principios constitucionales, en particular cuando versan sobre los alcances de los derechos fundamentales. En este sentido, me parece que la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 es un hito para el arraigo del principio de proporcionalidad en el ordenamiento mexicano.

Con el valor jurisprudencial de la opinión del Pleno, dicha resolución lo admite como el instrumento para calificar las intervenciones en el ámbito que tutela un derecho fundamental, y además establece la fórmula clásica de dicho principio, que por cierto tiempo se eludió impidiendo que el principio de proporcionalidad fuera entendido por quien no tuviera un conocimiento previo y comparativo a su res-

términos: ¿se interpreta la disposición legal conforme al artículo 14 de la ley fundamental o este se aplica directamente?

[79] *Cfr. supra*, nota 65.

pecto. Y eso sin contar que reconoce la jurisprudencia P./J. 130/2007 como el ancla del principio de "razonabilidad" o "proporcionalidad jurídica" en nuestro sistema.

Dicha sentencia es apenas la última de una serie de pronunciamientos de las distintas instancias del Máximo Tribunal que luego de ensayar diversos términos, arribaron a la formulación arquetípica del principio de proporcionalidad. Esto me lleva a suponer que la Suprema Corte ha comprobado la *pertinencia de tales* términos clásicos, y los ha establecido como el procedimiento más depurado para lograr la óptima aplicación de los principios constitucionales.

El reto que tiene hoy el derecho constitucional mexicano frente al principio de proporcionalidad es conocerlo *más profundamente y pormenorizar* su aplicación, sobre todo para desterrar ideas superficiales a su respecto, muy en particular respecto de la "ponderación", que no consiste en simplemente oponer otro principio constitucional a un derecho fundamental cuya restricción se busca justificar. Esta es una responsabilidad compartida por la jurisprudencia y la academia.

Contra lo que algunos de sus críticos han sostenido, el principio de proporcionalidad, y en particular la ponderación, no supone "reinventar" el derecho cada mañana. La solución de los conflictos entre principios constitucionales "no parte cada vez de cero", sino que puede hacerse explícita "a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos".[80] Los precedentes de nuestros tribunales forman un *corpus iuris* gradualmente creciente que, sabiéndolo aplicar –a lo que apenas se abre nuestra tradición jurídica–, puede aportar soluciones, referencias y ejemplos para la aplicación práctica y concreta, específica, del examen de proporcionalidad. No obstante, como ya se vio, también puede ofrecer imprecisiones

[80] "CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA", Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XXXIV, agosto de 2011, tesis P. XII/2011, p. 23.

y alentar prácticas erróneas, punto en que el trabajo académico adquiere mayor relevancia.

El análisis y la sistematización de los precedentes de nuestros tribunales, en especial para determinar líneas jurisprudenciales, es una labor que en primer lugar hace inteligible ese cuerpo de elementos jurídicos y con ello facilita su operación; permite que de una aglomeración informe de criterios judiciales se obtengan con claridad mensajes normativos cada vez más precisos, lo cual reditúa en un ordenamiento cada vez más concreto y coherente.[81] En segundo lugar, la crítica a resoluciones deficientes contribuye a rectificar caminos y aportar mejores respuestas a casos futuros que redunden en un ordenamiento jurídico más sólido, lo cual asimismo fortalece el papel de los tribunales. Algunos trabajos doctrinales en que apoyé los presentes apuntes cumplen las funciones anteriores: glosan las ejecutorias de nuestros tribunales para explicar el principio de proporcionalidad, y así ayudan a entender mejor esta compleja figura; pero también señalan los derroteros que deben evitarse, y de tal suerte contribuyen al mejor desarrollo de la dogmática constitucional mexicana.

Sin embargo, como señalé, en nuestro país aún faltan estudios dogmáticos sobre *problemas específicos y concretos* del principio de proporcionalidad, que resuelvan poco a poco las múltiples dificultades inherentes a su aplicación, algunas de las cuales indiqué en este trabajo. Este indudablemente será el siguiente capítulo de la historia del principio de proporcionalidad en México.

[81] *Cfr.* LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, 2a. ed., Legis-Uniandes, Bogotá, 2009, p. 192.

La Constitución en acción