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.

Proporcionalidad y juicio constitucional en México*

Rubén Sánchez Gil

* Texto presentado en su versión original el 6 de agosto 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 examen de proporcionalidad; I. Precisiones conceptuales, fundamento y utilidad; II. Etapas del examen; 1. ¿Tres, cuatro o cinco etapas?; 2. Fin legítimo y conflicto constitucional; 3. Idoneidad y necesidad; 4. Ponderación; C. Recepción y consolidación en México; I. Tesis jurisprudencial P./J. 130/2007; II. Acción de inconstitucionalidad 2/2014; III. Caso "Marihuana"; IV. Jurisprudencia interamericana; D. ¿Es optativo el examen de proporcionalidad?; I. La jurisprudencia 2a./J. 10/2019; II. Análisis crítico; 1. Enfoque hermenéutico; 2. Exigencia constitucional; 3. Vínculos con otras técnicas; a. Criterios tradicionales; b. Criterio de especialidad; c. Interpretación conforme a la Constitución; d. Niveles de escrutinio judicial; III. Técnica definitiva; E. Retos argumentativos; I. Cargas de argumentación y de prueba; II. Otros problemas de argumentación; 1. Complejidad; 2. Imprecisión e incertidumbre; F. Reflexiones finales.

[L]es modes simplificateurs de connaissance mutilent plus qu'ils n'expriment les réalités ou les phénomènes dont ils rendent compte
Edgar Morin

A. Introducción

Desde hace aproximadamente 20 años, explícita o implícitamente, con mayor o menor fortuna, el principio de proporcionalidad ha encontrado cabida en la práctica constitucional mexicana a través del examen con que determina los alcances de los derechos fundamentales y califica las limitaciones que se les imponen. Pero en general el uso correcto de esta herramienta de juicio constitucional[1] no se ha consolidado en nuestro país, primordialmente por falta de consenso dogmático y jurisprudencial sobre sus características —que sólo desde hace poco se ha establecido con alguna claridad—, y las naturales dificultades de su aplicación.

[1] En cierto contexto, empleo el término *juicio* para aludir a la compleja operación por la cual se dicta sentencia en un proceso —forma paradigmática de la aplicación jurídica— y que importa múltiples decisiones interpretativas y fácticas; *cfr.* Gómez Lara (2004, p. 114). En este sentido, *juicio* no es sinónimo de *proceso,* sino que significa "adjudicación" o "aplicación jurisdiccional del derecho"; véase Wróblewski (1992, p. 6) (empleando como sinónimas las expresiones *adjudication* y *judicial application of law*).

El presente trabajo se enfoca en estos problemas. Tiene tres propósitos: 1) proponer una caracterización y una nomenclatura unívocas para explicar en México el examen de proporcionalidad, a lo que se dedicará la sección II de este documento; 2) determinar el papel de la proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales, especialmente a la luz de la calidad optativa que le atribuye la jurisprudencia 2a./J. 10/2019, de lo que tratará su sección III; y 3) abordar dificultades argumentativas que en la práctica enfrenta la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que se hará en la sección IV.

Antes es preciso hacer algunas aclaraciones conceptuales en aras de la claridad y de la transparencia. A lo largo de este trabajo, y como es mi convicción, utilizo el término *Constitución* para denotar no sólo a la ley fundamental en sentido estricto y formal, sino a cualquier integrante de un "bloque de constitucionalidad", y en particular a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, que en nuestro país indudablemente integran el parámetro de control de la regularidad constitucional. En tal virtud, cuando me refiero a los "derechos fundamentales", incluyo a los reconocidos por la Constitución *stricto sensu* y por otros integrantes de aquel conjunto normativo de suprema jerarquía,[2] es decir, particularmente a los integrantes del "bloque de derechos" que forman los de fuente constitucional o internacional en los términos apuntados.

B. El examen de proporcionalidad

I. Precisiones conceptuales, fundamento y utilidad

Emplear el principio de proporcionalidad para establecer los alcances de los derechos fundamentales y verificar la licitud de su restricción es actualmente una técnica ubicua, empleada en los más diversos sistemas jurídicos

[2] Véase, *infra* apartados C y "2. Exigencia constitucional" de este texto.

nacionales e internacionales (Klatt y Meister, 2017, pp. 3-6). En sentido amplio y sin mayores detalles teóricos,[3] este principio puede formularse de manera prescriptiva: "la restricción de un derecho fundamental sólo es válida cuando sea *indispensable* para realizar un fin legítimo".[4]

Pueden darse diferentes bases teóricas a esta regla, pero la más importante es el llamado "mandato de optimización", inherente a los derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy. Según dicho "mandato", los derechos fundamentales deben *realizarse en la máxima medida posible* con relación a las posibilidades materiales y jurídicas (Alexy, 2001, pp. 75 y 100-101); de esta suerte, todo menoscabo a esa óptima realización se halla *"prima facie" prohibido,* a menos que sea necesario para lograr un fin legítimo (Alexy, 2001, pp. 123-124). La idea de optimización es una manifestación —alexiana y iusfundamental— del primordial principio de interpretación constitucional que dispone dar plena eficacia a las disposiciones de la ley suprema, y que puede adscribirse a un criterio interpretativo teleológico (Sánchez Gil, 2008, pp. 294-296).

El principio de proporcionalidad en sentido amplio concretiza sus diversos aspectos en subprincipios específicos cuya satisfacción debe concurrir para estimar "indispensable" la afectación de un derecho fundamental y tenerla por lícita (Breyer, 2010, pp. 167). Dichos subprincipios son: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; precisaré el contenido de estos conceptos en el apartado inmediato siguiente. *Mutatis mutandi,* también ellos pueden expresarse en reglas con la fórmula que antes expresé para el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

El principio de proporcionalidad es el criterio para valorar la "intervención" en el ámbito que protege un derecho fundamental y determinar si es

[3] Para un recuento de estas bases teóricas, véase Sánchez Gil (2007, pp. 23-33).
[4] *Cfr.* BVerfGE 19, 342 (348-349): "En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene *rango constitucional*. Resulta del principio de *Estado de Derecho*, ya básicamente de la *esencia misma de los derechos fundamentales* que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto sea *imprescindible* para la protección de intereses públicos" (cursivas añadidas).

lícita porque en efecto lo restringe en una medida necesaria para lograr un fin legítimo. Generalmente, su aplicación se da en contextos carentes de regulación jurídica como el ejercicio de facultades discrecionales —las legislativas son paradigmáticas en este ámbito[5]—, o en los que no haya una regla que inequívoca y exactamente rija situaciones muy precisas. La indeterminación jurídica de estos casos no exime de darles respuesta; también se da en ausencia de parámetros jurídicos precisos, el operador jurídico ha de "explicar los motivos de su decisión aunque no sean legales" —es decir, aunque sean extrajurídicos—, y ha de "dar cuenta a la prudencia y fundamentar tal arbitrio", realizando una denodada y escrupulosa actividad argumentativa (Nieto, 2000, p. 266). Y contra una determinación jurídica adoptada en el mejor de los casos por tanteo, el principio de proporcionalidad funda un procedimiento que encauza el razonamiento del operador judicial, facilitando que analice de manera puntual los elementos (realmente) decisivos de cada caso concreto (Klatt y Meister, 2017, p. 75), y con el cual "es posible establecer resultados o decisiones de manera racional que son bastante aceptables" (Cárdenas Gracia, 2005, p. 150).[6]

II. Etapas del examen

1. ¿Tres, cuatro o cinco etapas?

La aplicación del principio de proporcionalidad consiste en estimar las características de la afectación a un derecho fundamental mediante un examen que, en su clásica formulación alemana establecida desde hace décadas, consta de tres etapas sucesivas que corresponden a los subprincipios que conforman su estructura en sentido lato: *idoneidad, necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*.[7] Para mayor claridad, conviene dis-

[5] Véase Klatt y Schmidt (2010, p. 4) (señalando además que lo establecido respecto del control constitucional sobre el legislador puede extenderse al de otros órganos).

[6] Para una muy completa explicación de los vínculos entre racionalidad, justificación y proporcionalidad, véase Klatt (2019, pp. 159-196).

[7] Véanse en particular Alexy (2001, p. 100), Hesse (1999, p. 142), Bernal Pulido (2005, p. 38). La jurisprudencia española usa estos mismos subprincipios; *e. g.* STC 170/2013, F.J. 5, inciso c). En lo sucesivo, como referencia general véase Sánchez Gil (2007, pp. 36-59).

tinguir entre el "principio" y el "examen" de proporcionalidad: aquél es una norma formulada para determinar la conducta de los operadores jurídicos —en el más amplio sentido— en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales; y éste, un procedimiento que debe llevarse a cabo en función de dicho principio.

La distinción puede cobrar cierta importancia en vista de que no es unánime concebir el examen de proporcionalidad sólo con las tres fases referidas. Hay quien añade uno o dos pasos previos a las etapas correspondientes a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto: la existencia de un *conflicto constitucional* y la exigencia de que la medida restrictiva de un derecho fundamental persiga un *fin legítimo*.[8] En realidad, incluir o no estos últimos elementos como parte del examen de proporcionalidad es una mera cuestión teórica y formal, pues no cambia su operación ni sus conceptos; aquellos pasos previos se hallan indisolublemente vinculados a la fórmula tradicional del examen de proporcionalidad como *presupuestos* del mismo y, en la expresión del Tribunal Constitucional español, pueden tenerse por su "*prius* lógico".[9]

Es innegable la utilidad práctica —sobre todo a efectos pedagógicos— de desglosar los pasos del examen de proporcionalidad de manera tan amplia. Pero me parece mejor perfilarlo de manera *rigurosamente tradicional*: consistente en una evaluación relativa exclusivamente a los mencionados tres subprincipios y, por ende, a determinar la justificación de la intervención en un derecho fundamental; entendiendo como meros presupuestos de dicho examen lo atinente a la existencia y extensión de dicho derecho, a la existencia de la intervención en sus alcances, a la

[8] Véanse Barak (2012, p. 3) (incluyendo la exigencia de fin legítimo como "subcomponente" de la proporcionalidad); Silva García (2012, pp. 27-28; *infra*, nota 60).

[9] STC 55/1996, F.J. 7; véase Bernal Pulido (2005, pp. 691 y 715, *supra*, n. 7). Porque considera determinar la legitimidad del fin y la del medio para obtenerlo como "pasos" del examen de proporcionalidad, pero como un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos para cuya aplicación sirve de "preparación", me parece más precisa la relación de Klatt y Meister (2014, pp. 194-195); dada su estrecha vinculación, al referirme al "fin legítimo" a la vez aludiré en lo conducente al "medio legítimo", máxime que éste en realidad se refiere a un diferente conflicto constitucional.

determinación del fin legítimo de su afectación, esto es, a la configuración del conflicto constitucional que ha de enjuiciar.[10]

No hay análisis de proporcionalidad, de una "relación adecuada" entre elementos diversos (para usar la etimología del término alemán *Verhältnismäßigkeit*), hasta que se revisa la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto del menoscabo a un derecho fundamental frente a la realización de un fin constitucionalmente válido. En tal caso, no puede afirmarse que la sola verificación de que un fin legítimo inspira una restricción iusfundamental equivale a examinar su proporcionalidad. Esta precisión conceptual ayuda a evitar que el nombre de este procedimiento se emplee en vano para "justificar" limitaciones a los derechos que, bien vistas, no serían lícitas.

2. Fin legítimo y conflicto constitucional

La aplicación del examen de proporcionalidad para dilucidar si la restricción de un derecho fundamental es lícita se requiere previamente a que la cuestión se formule como una colisión de principios constitucionales. Dicho al revés: cuando el problema jurídico consiste en una colisión de principios constitucionales, se requiere aplicar el principio de proporcionalidad para examinar si en el caso particular las posiciones enfrentadas han sido optimizadas, y así establecer cuál es la más importante y por ende amerita protección.

Por tanto, es acertado considerar la existencia de dicho conflicto *constitucional* como un aspecto básico del examen de proporcionalidad.[11] Si tal oposición se diera lisa y llanamente entre un derecho fundamental y un principio jurídico ordinario, el primero habría de imponerse absoluta-

[10] *Cfr.* Klatt (2019, p. 175, n. 6).

[11] A este respecto, en particular sobre la excluyente relación entre la proporcionalidad y la jerarquía normativa, son muy importantes las precisiones de Matthias Klatt en su trabajo "Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer", publicado en este mismo volumen.

mente por su jerarquía,[12] y así nada habría que examinar o ponderar; de tal modo que establecer dicho conflicto autoriza a iniciar este procedimiento argumentativo.[13] A determinar en qué consiste dicha oposición constitucional se llega a través de dos pasos por los que respectivamente deben *identificarse* con la mayor precisión posible: 1) una intervención en el ámbito que protege cierto *derecho fundamental*, y 2) un fin legítimo, es decir, constitucionalmente válido, que persigue dicha restricción y que inspira directa o indirectamente la satisfacción de determinado *principio constitucional* (Klatt y Meister, 2014, p. 194, n. 9). Estos extremos generan la colisión de principios constitucionales que el examen de proporcionalidad está llamado a resolver.

En la dogmática alemana se ha consolidado el término *intervención* para referirse a "toda conducta estatal que, total o parcialmente, hace imposible al individuo un comportamiento o el goce de un bien jurídico, que se halla en el ámbito que protege un derecho fundamental" (Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher, 2014, p. 65) (se omitieron las cursivas del original). Empleo también en este sentido, como si fueran sinónimos, los términos *afectación, restricción* y *limitación* de un derecho fundamental, y lo seguiré haciendo; pero en adelante emplearé primordialmente aquél. Usar el vocablo *intervención* se justifica por la neutralidad que le da carecer de las connotaciones negativas de términos como *vulneración* o *conculcación* —tan habitual en México—, y no implicar prejuicio basado en una petición de principio en tanto una "afectación" al ámbito iusfundamental sólo ha de tenerse por ilícita hasta examinar su proporcionalidad; y por su naturaleza genérica que evita confundir conceptos muy específicos como las "configuraciones", las "delimitaciones" y las "restricciones" con que puede regularse un derecho fundamental.[14]

---

[12] *Cfr.* Prieto Sanchís (2003, pp. 232-233).
[13] *Cfr.* González Maldonado (2011, 74).
[14] *Cfr.* Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher (2014, p. 62) y Bernal Pulido (2005, pp. 494-500 y 616 y ss., n. 7). El término alemán para *intervención (Eingriff)* no es cabalmente "neutro", porque tiene una sutil connotación negativa: puede indicar "intrusión", "impacto", y en una acepción coloquial frecuente, pero técnicamente incorrecta por lo ya dicho, también "vulnerar" *(verletzen)* los derechos de alguien, véase Wahrig y Wahrig-Burfeind (1997, *s. vv.* "*eingreifen*" y "*Eingriff*").

Caracterizar la intervención en un derecho fundamental no sólo requiere identificar el bien jurídico que éste protege, sino también determinar cómo y en qué medida se produce dicha afectación. Lo anterior exige la *interpretación amplia* de los derechos fundamentales —conforme al mandato de optimización y el principio *pro homine,* y los respectivos deberes de protección y promoción— en dos sentidos: 1) maximizando sus alcances para que incluyan *cualquier elemento mínimamente relacionado* con su supuesto normativo;[15] y 2) concibiendo ampliamente como "intervención" *cualquier medida que obstaculice, aun mínimamente, el liso y llano ejercicio del derecho fundamental* con la amplia extensión que inicialmente le corresponde, incluyendo aquellas que "sólo" pretenden regular su ejercicio —argucia frecuente en México para evadir reclamaciones iusfundamentales—, puesto que también las disposiciones "meramente regulatorias" impiden el expedito ejercicio de los derechos.[16] Lejos de ser criticable, la interpretación amplia del derecho fundamental intervenido robustece su fuerza normativa, genera transparencia y seguridad jurídica;[17] y también resulta plausible por equitativa, en tanto esta interpretación extensiva igualmente debe efectuarse al determinar el fin legítimo que justificaría la intervención en el derecho fundamental.

Este último tema lleva a la cuestión de la calidad del "fin legítimo" que inspira la intervención en un derecho fundamental. Su respuesta oscilaría entre una posición que considera como tales los no prohibidos definitivamente por la Constitución;[18] y otra acorde con la jurisprudencia

[15] La libertad de expresión ofrece un modelo inigualable para lo anterior. Una concepción (muy) restrictiva de este derecho fundamental pensaría que sólo protege discursos lingüísticos, e incluso sólo aquellos relacionados con cuestiones políticas, y excluiría de su ámbito la expresión simbólica (como la quema de bandera que se dio en *Texas v. Johnson* (491 U.S. 397 [1989]) por no tratarse de un "discurso" en sentido estricto; en cambio, una interpretación amplia no tendría problema en acoger esta especie.

[16] Meister (2011, pp. 33-34). Véase uno de los primeros precedentes de la Suprema Corte mexicana que usaron la idea de proporcionalidad, hoy jurisprudencia vinculante: "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 442, p. 1491.

[17] Véase Klatt y Meister (2017, pp. 47-53).

[18] *Cfr.* Bernal Pulido (2005, pp. 692-702 y 790, n. 7).

constante del Tribunal Constitucional Federal alemán,[19] que sólo reconoce esa calidad a los propósitos avalados por la ley suprema, en tanto sólo éstos serían capaces de vencer la primacía que corresponde a los derechos fundamentales en el ordenamiento y específicamente en el plano constitucional.[20] Mas esta oposición es sólo aparente: una debida interpretación amplia de todas las disposiciones constitucionales relevantes en cada caso, impulsada por la fuerza normativa de la Constitución y el principio hermenéutico que prescribe dar plena eficacia a todos sus preceptos, lleva a dar máximos alcances también a otras normas constitucionales como la que fundaría la medida restrictiva de un derecho fundamental.[21] Esto último permite que casi la totalidad de los posibles fines de dicha medida sean acogidos —incluso con suma facilidad— por el orden constitucional, y que en la práctica su ilegitimidad sea una muy insólita excepción.[22]

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 inequívoca, 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*[23] que justifique con ese rango la intervención en el ámbito de un derecho fundamental, y con ello garantice la primacía que inicialmente corresponde a esta especie normativa.[24] Es muy

[19] Hesse (1999, p. 139, n. 7) y BVerfGE 83, 130 (139).
[20] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 258-259) (precisando además que los límites a los derechos fundamentales pueden estar previstos por preceptos constitucionales o infraconstitucionales para cuya expedición faculta la ley suprema) y Klatt y Meister (2017, pp. 14-18) (hablando de la doble primacía iusfundamental: definitiva frente a posiciones jurídicas ordinarias, y *prima facie* frente a las que tienen rango constitucional).
[21] *Cfr.* Alexy (2001, p. 122) y Sánchez Gil (2008, pp. 294-296).
[22] Que así sucede siempre, o casi, es la opinión de Klatt y Meister (2014, pp. 194-195). *Cfr.* "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADOS DERECHOS FUNDAMENTALES", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a CIII/2010, p. 184: "casi cualquier pretensión puede ser exitosamente presentada como […] incluida de algún modo dentro del ámbito de protección de uno u otro derecho fundamental".
[23] El cual desde luego puede desprenderse de la Constitución formal o de cualquier otro integrante del bloque de constitucionalidad, como indica Cárdenas Gracia (2014, p. 73).
[24] 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 para interpretar las disposiciones cons-

importante identificar el principio constitucional cuya realización se opone a un derecho fundamental, y hacerlo con toda precisión (Cárdenas Gracia, 2014, n. 23), no sólo para justificar su intervención en términos jerárquicos, sino también para determinar la materia que será objeto del examen de proporcionalidad y en consecuencia su resultado; no es difícil imaginar por qué la desacertada identificación de los principios constitucionales en colisión dará lugar a una solución equivocada.[25]

Se advierte con facilidad por qué son concomitantes —si no fueran lo mismo— la determinación del fin legítimo y la configuración de un conflicto constitucional que deberá resolver un análisis de proporcionalidad. Hasta que el fin legítimo se configura con rango constitucional y se adscribe a un principio con esta jerarquía, no se presenta una colisión de principios constitucionales que debe resolverse determinando cuál es más importante en el caso particular.

La intervención gratuita en un derecho fundamental, es decir, carente de finalidad alguna, se halla evidente y rotundamente prohibida. Es claro que una intervención impulsada por una finalidad carente de grado constitucional tampoco podría superar la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Sólo una afectación avalada por un fin "legítimo", o sea, sustantivamente basado en una norma constitucional, podría intervenir en un derecho fundamental, pero dicho fin por sí solo aún sería insuficiente para justificar esta acción.

Hasta el momento, el operador jurídico ha realizado una actividad interpretativa que apenas diagnostica el problema central: la colisión de principios constitucionales; *nada se ha resuelto sobre su solución,* por no haberse determinado aún si se han *optimizado* estas posiciones jurídicas

---

titucionales […] Sólo los derechos fundamentales de una tercera persona 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" (cursivas añadidas).

[25] Véase Alexy (2008, pp. 41-42) (advirtiendo que "[l]os principios acumulados no pueden ser substancialmente redundantes", porque "[s]us objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes").

fundamentales a las que debe darse plena eficacia. Que la intervención en un derecho fundamental esté avalada por un "fin legítimo", por plausible que sea, no representa por sí solo justificación alguna, pues esta restricción podría no ajustarse al cumplimiento de dicho propósito.

Como se expresó en una de las primeras reflexiones mexicanas sobre este concepto, no basta la buena intención al intervenir en un derecho fundamental (Cossío Díaz, 2006, pp. 320-330); también se requiere que ello sea *idóneo, necesario* y *proporcionado en sentido estricto* a un fin constitucionalmente válido,[26] analizar estos últimos aspectos es en lo que realmente consiste el examen de proporcionalidad. Aun estando explícitamente autorizada la restricción de un derecho fundamental por la Constitución para lograr un determinado objetivo, éste no puede alcanzarse indiscriminadamente y dicha habilitación no basta para que el legislador —o cualquier otra autoridad— perjudique aquel derecho de cualquier manera—.[27]

3. Idoneidad y necesidad

Entendiendo los derechos fundamentales como principios sujetos a un mandato de optimización según el cual deben realizarse en la máxima medida posible con relación a las posibilidades materiales y jurídicas, el examen de proporcionalidad puede entenderse dividido en dos segmentos: uno que atañe a dichas primeras posibilidades mencionadas y otro a las segundas (Alexy, 2001, pp. 75 y 100-101). Aunque la división es más bien esquemática, el primer segmento corresponde a las fases relativas a los subprincipios de idoneidad y necesidad, a los que me abocaré en la presente sección; y el segundo toca al análisis de la proporcionalidad en

[26] "PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, tesis 1a/J. 7/2019 (10a), p. 495.

[27] Véase "DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RELACIÓN CON SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES NO DEBE PLANTEARSE EN TÉRMINOS ABSOLUTOS", Pleno, *idem,* 10a época, lib. 74, enero de 2020, tomo I, tesis P. II/2019 (10a), p. 561. *Cfr.* BVerfGE 7, 377 (403-404) (concluyendo que "del contenido del derecho fundamental se genera una limitación al contenido de [la] discrecionalidad legislativa").

sentido estricto de una medida que interviene en un derecho fundamental, que trataré en el subapartado inmediato siguiente.

La *idoneidad* de la intervención en un derecho fundamental se refiere a la aptitud que ésta tenga para contribuir de algún modo a realizar el fin legítimo que busca esa medida. Si la intervención no tuviera la capacidad para lograr dicho fin, o contribuir a ello, alegarlo es simplemente un pretexto para intervenir en el derecho fundamental, y de tal manera esta afectación resultaría gratuita, inmotivada, injustificada. Es pertinente subrayar que la idoneidad no se refiere a que la restricción del derecho fundamental sea un medio directo o aislado para lograr el fin legítimo; basta que dicha restricción contribuya en algún grado a ello, para que supere esta fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

El criterio de *necesidad* exige que la intervención en el derecho fundamental se dé con un grado estrictamente imprescindible, y en este sentido puede decirse que se trata del punto central del examen de proporcionalidad con cuya esencia coincide a la perfección.[28] Lo anterior puede darse en dos vertientes: ya sea porque dicha medida es la única disponible para lograr el fin legítimo que la justifica, o porque entre varias que cumplen este objetivo con la misma intensidad resulta la menos lesiva al derecho fundamental porque lo afecta en menor grado.[29] En el análisis de esta fase, atendiendo al principio de división de poderes se reconoce a las autoridades un gran margen de apreciación, y sus estimaciones han de obtener una importante deferencia, especialmente si se trata de las que efectúa el legislador a cuyo favor también juega el principio democrático.[30]

---

[28] Se trata de un "punto central" en un sentido más "topográfico" que ontológico. Klatt y Meister (2014: 196) consideran que la ponderación es el "núcleo" (*Herzstück)* del principio de proporcionalidad, pero la relación entre ambos conceptos es mucho más compleja. Véase lo dicho *infra*, nota 45, sobre la relación entre la ponderación y el principio de proporcionalidad *lato sensu*.

[29] *Cfr.* BVerfG, 1 BvR 2926/13, 24 de junio de 2014, § 16, http://bit.ly/2be8Jyb.

[30] *Cfr.* Hartwig (2010, p. 788), Bernal Pulido (2005, p 790) y "ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 319, p. 3992.

Hasta aquí concluye el análisis de los aspectos materiales de la colisión de principios constitucionales por cuanto en estas fases del examen de proporcionalidad pueden evitarse los costos que el conflicto produce a las posiciones jurídicas contendientes. En este punto aún puede prevenirse el conflicto: si no se supera la idoneidad, resulta ser sólo aparente; si fuera la necesidad el aspecto reprobado, habría una alternativa que impediría o reduciría el costo para los principios en juego.[31] Pasado este punto, el sacrificio de alguno de ellos es inexorable;[32] la cuestión sería determinar con base en una evaluación del costo y del beneficio jurídico de cada posición, cuál de ellas habrá de prevalecer y —sobre todo— por qué, a lo que sirve la última fase del examen de proporcionalidad *lato sensu*.

4. Ponderación

Finalmente, la fase de examen de proporcionalidad *stricto sensu* corresponde al procedimiento comúnmente conocido como *ponderación* o *balancing*. En su configuración más desbrozada, la ponderación es sólo una parte del principio de proporcionalidad.[33]

En la dogmática alemana son *sinónimas y alternativas* las fórmulas "proporcionalidad en sentido estricto", "ponderación" y "adecuación" *(Angemessenheit)*.[34] La segunda es preferida en el uso común; en la doctrina se emplea con menor frecuencia la última,[35] y en los últimos tiempos parece preferirla el lenguaje judicial[36] —quizá porque no evoca los conflictos

[31] *Cfr.* Alexy (2009, 8) y Michael y Morlok (2012, 291).
[32] *Cfr.* Guastini (1998, pp. 230-231).
[33] Alexy (2009, pp. 8-9, n. 32). Sin embargo, la relación entre "ponderación" y "proporcionalidad" es semánticamente problemática, pues desde algunos puntos de vista los exámenes de idoneidad y necesidad ya podrían verse como un ejercicio ponderativo. Respecto de algunos de estos problemas conceptuales, véase Villaseñor Goyzueta (2011, pp.100-102). Particularmente sobre la difusa línea divisoria entre la necesidad y la ponderación, véase Borowski (2020).
[34] *Cfr.* Michael y Morlok (2012, p. 297, n. 32). Véase también Bernal Pulido (2005, 760, n. 7).
[35] Como ejemplo de este último uso, véase Klatt y Meister, 2017. Los mismos autores emplearon el término *ponderación (Abwägung)* en un trabajo dirigido a estudiantes y profesionales, lo que ilustra esta diferencia terminológica (Klatt y Meister, 2014, pp. 195 y ss.).
[36] Véase BVerfG, 2 BvR 2347/15, 26 de febrero de 2020, http://bit.ly/32saJsO, § 53-55, 223 y 264-265 (el ya célebre caso sobre el derecho al "deceso autodeterminado" *[selbstbestimmtes Sterben]*).

escolásticos de las otras—, aunque resulta criticable por ser "mucho más oscur[a] que l[a]s demás", como también opina Matthias Klatt.[37] Pero estas diferencias son meramente formales y en nada cambian la esencia de los conceptos que refieren.

Usaré en lo sucesivo el término *ponderación* para referir esta última etapa del examen de proporcionalidad *lato sensu*. Pienso que es acertado este término por su amplia difusión en el ámbito hispanoparlante y por su simplicidad, pero sobre todo porque evita confundir los sentidos amplio y estricto de la proporcionalidad, y la idoneidad con la "adecuación".

La ponderación aparenta ser un procedimiento azaroso, sujeto a la arbitrariedad del operador jurídico. Da la impresión de ser una simple prestidigitación con la cual especialmente el operador jurídico trata de convencernos de la supuesta racionalidad de su decisión tomada *ad libitum*.[38] Pero lejos de obtenerse por intuición o tanteo, indeseables en el razonamiento jurídico,[39] el resultado de esta valoración está determinado por un parámetro objetivo fundamental consistente en una "ley de la ponderación" de carácter abstracto y formal, que expresa la relación objetiva que formalmente guardan los principios en colisión, y que Alexy formuló de esta manera: "Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 2009, p. 146).

En virtud de esta ley, la ponderación se efectúa en tres pasos elementales: 1) valorar la importancia de la posición que en el caso guarda el derecho fundamental conforme al grado de incumplimiento o perjuicio que se le ocasiona; 2) valorar los mismos aspectos con relación al principio que

[37] Correo electrónico de Matthias Klatt para Rubén Sánchez Gil, 18 de junio de 2020, 9:57 (Tiempo del Centro) (archivo del autor).
[38] *Cfr.* Alexy (2009, p. 143).
[39] "Tampoco debería un juez basar una respuesta a esa cuestión [sobre qué principio ha de prevalecer] en su propia ponderación intuitiva del daño frente a la necesidad —sin decir cómo funciona esa ponderación—" (Breyer, 2010, p. 170).

impulsa dicha intervención; y 3) determinar si la importancia de realizar uno de estos principios compensa la insatisfacción que produce a su contrario, y establecer a la vista de todas las circunstancias del caso cuál de ellos amerita mayor protección.[40] Así, se sopesa 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", y así elaborar una "regla de precedencia condicionada", es decir, una norma que indique las circunstancias en que ha de preferirse una posición sobre otra.[41]

El siguiente problema metodológico ha sido cómo valorar cada posición en la ponderación. Este procedimiento se encuentra hoy muy bien estructurado gracias a Robert Alexy, quien lo perfeccionó en el ensayo que expone su "fórmula del peso" —a mi juicio, la cima del pensamiento de este autor—,[42] y con la cual responde a la crítica relativa al elevado nivel de abstracción de la ley de la ponderación y la necesidad de elaborar una ley intermedia que, basada en aquélla, sirva para transitar a los niveles concretos de ponderación de cada caso particular.[43] Esta fórmula propone un procedimiento mediante el cual se concretizan los grados de afectación que en su colisión sufren el derecho fundamental por la intervención, y el fin legítimo en caso de no ser satisfecho, de conformidad con tres parámetros: 1) la intensidad de dichos perjuicios, 2) la importancia constitucional abstracta de cada principio y 3) la certeza con la que se les causaría dicha afectación.[44]

---

[40] *Cfr.* Alexy (2009, 9) y BVerfGE 7, 198 (210-211) —el célebre caso *Lüth*—.

[41] *Cfr.* Alexy (2009, p. 79-84) (cursivas del original suprimidas). Si esta "regla de precedencia condicionada" tiene carácter constitucional y por ende influye sobre los alcances de los principios constitucionales relevantes como dice Alexy, o se trata de una regla de naturaleza infraconstitucional relativa sólo a la medida en que en un caso concreto debe realizarse dichos principios como sostiene Barak (2012, pp. 41 y 239), es una discusión con alcances teóricos con poca o nula incidencia práctica.

[42] Alexy (2008, pp. 41-42, n. 25). Véanse algunos matices expresados en su "Epílogo a la 'Teoría de los derechos fundamentales'" (2002, pp. 13-64).

[43] Véase Barak (2012, pp. 542-543, n. 8).

[44] Abundando sobre la fórmula del peso alexiana, véase Sánchez Gil, Rubén, estudio preliminar a Klatt y Meister (2014, pp. XXVII- XXXIII) y Klatt, en esta misma obra.

La estructura formal de la ponderación y su "fórmula del peso" encauzan el razonamiento para solucionar el conflicto mostrando lo que es necesario justificar y demostrar para decidir en lo que a ello se refiere. Por supuesto, tales estructuras formales —y tampoco ninguna metodología por sí sola— puede asegurar que se empleen las premisas correctas y que se reflexione adecuadamente. Pero impiden tener la ponderación por un ejercicio de pura subjetividad,[45] porque permiten hacer valer todos los argumentos necesarios para sostener sus extremos, conduciendo y transparentando los razonamientos del operador jurídico, y con ello obteniendo control sobre ellos y mayor precisión en su realización.[46]

C. Recepción y consolidación en México

I. Tesis jurisprudencial P./J. 130/2007

Aunque no explícitamente, los tribunales federales mexicanos han realizado esfuerzos por aplicar el principio de proporcionalidad desde mediados de la década de 1990, a veces siguiendo literalmente diversas sentencias del Tribunal Constitucional español[47] que hizo lo propio con el alemán.[48] Un ejemplo significativo de esta época es el primer caso en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aplicó una formulación relativamente clara del principio de proporcionalidad para valorar los tratos diferenciados en normas fiscales; para ello, reprodujo los términos de una sentencia española;[49] sin embargo, lo hizo de modo incompleto, y así no pudo expresar con claridad las razones de su decisión.

Hubo diversos pronunciamientos de la SCJN atinentes al principio de proporcionalidad, pero ninguno lo expresó con carácter vinculante y

[45] Como insinúa Guastini (2001, pp. 145-147) (en términos más precisos que en Guastini [1998, pp. 230-231], por atribuir "doble discrecionalidad" a quien pondera).
[46] *Cfr.* Klatt y Meister (2014, pp. 27-29 y 40-42) y Breyer (2010, pp. 170-171).
[47] Para un recuento de los primeros precedentes mexicanos sobre este tema, véase Sánchez Gil, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana" (Carbonell 2008, pp. 252 y ss.).
[48] *Cfr.* Alvez (2010, pp. 374-375 y 381).
[49] STC 76/1990, F.J. 9, inc. A).

de modo genérico para cualquier materia. El principio de proporcionalidad se presentaba apenas como una herramienta de juicio más a la disposición potestativa de los tribunales, con alcances meramente específicos y con un carácter prácticamente anecdótico. Esta situación cambió cuando el Pleno del Máximo Tribunal estableció la jurisprudencia P./J. 130/2007:

> De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una *finalidad* constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, *idónea,* apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser *necesaria,* es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y d) estar *justificada en razones constitucionales*. Lo anterior conforme al *principio de legalidad,* de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.[50]

Con este criterio vinculante, la SCJN arraigó el principio de proporcionalidad en el ordenamiento mexicano. En resumen, su Tribunal Pleno: 1) enumeró con claridad básica las *fases clásicas* del examen de proporcionalidad, aunque la de ponderación no está nítidamente descrita en dicha tesis; 2) estableció dicho examen de modo *imperativo* en términos generales, no relacionados con un tema específico, y 3) asumió que su fundamento constitucional es el "principio de legalidad" en sus vertientes de prohibición del exceso de poder y de la arbitrariedad.[51]

Sobre esto último es preciso detenernos, porque para adoptar el principio de proporcionalidad como pauta de la intervención en los derechos

---

[50] "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.

[51] Véase Sánchez Gil (2009, pp. 481-485).

fundamentales conviene un apoyo constitucional explícito[52] o implícito, pues dicho parámetro implica acotar atribuciones que la ley suprema discierne a los órganos estatales —especialmente los parlamentarios— para limitar aquellos derechos.[53]

Específicamente, en el ordenamiento mexicano, la *garantía de motivación material* que prevé el artículo 16 constitucional es el principal fundamento para emplear el principio de proporcionalidad como criterio de validación de las intervenciones en los derechos fundamentales.[54] El señalamiento de la Suprema Corte en la jurisprudencia señalada corrobora lo anterior, pues la necesidad de justificación material para intervenir un derecho fundamental, en el cual se traduce aquella garantía, es el único aspecto del principio de legalidad que prevé el artículo 16 constitucional con el que puede vincularse la idea de proporcionalidad.[55] Actualmente, con esta garantía debe, además, relacionarse el artículo 1o. constitucional como sede implícita del mandato de optimización de los derechos fundamentales, conforme al cual debe asegurarse su goce "en los más amplios términos";[56] y como continente expreso de los deberes estatales de respeto, protección y promoción de los derechos reconocidos por la Constitución.

---

[52] En este rubro es ejemplar el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "*Cualquier* limitación del ejercicio de los derechos […] deberá ser […] respetar el contenido esencial […] respetando el principio de *proporcionalidad*, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general…" (cursivas añadidas).

[53] *Cfr.* Barak (2012; p. 211) y Díez Gargari (2012, pp. 83 y 92).

[54] Véase Sánchez Gil (2007, pp. 63-74). Sobre el principio de Estado de derecho como fundamento del examen de proporcionalidad, véase Barak (2012, pp. 226-234).

[55] Sobre la motivación como elemento de la garantía de legalidad, por todos véase "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, GARANTÍA DE", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995,* t. VI, tesis 264, p. 178. Concluyendo que "el derecho a la justificación es un derecho a la proporcionalidad, y el primero es la base moral del último", por lo cual "los derechos constitucionales […] necesariamente implican el principio de proporcionalidad", véase Klatt (2019, p. 191).

[56] "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 10, p. 827. Véase también "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 (expresando que "los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización").

II. Acción de inconstitucionalidad 2/2014

De la máxima importancia para el arraigo del principio de proporcionalidad en México es la acción de inconstitucionalidad 2/2014.[57] Dado el carácter rudimentario de la jurisprudencia P./J. 130/2007, este precedente puede considerarse como el más sólido fundamento jurisprudencial del examen de proporcionalidad por su naturaleza y claridad.

Se trata de una decisión adoptada por mayoría calificada de ocho votos[58] y, por ende, *vinculante*. En ella, el Pleno de la SCJN planteó el principio de proporcionalidad con nitidez y precisión técnica, encumbrándolo como la técnica *taxativamente* indicada para resolver la colisión de principios constitucionales, particularmente tratándose de los alcances de los derechos fundamentales frente a su afectación legislativa.

Aunque el caso versó acerca de la proporcionalidad de las penas que dispone el artículo 22 constitucional, para fundar su decisión, el Máximo Tribunal expuso el principio de proporcionalidad como premisa básica de su *ratio decidendi* en términos *generales y amplios,* sin limitarlo a un área jurídica específica. Sentados así los perfiles de la proporcionalidad como "límite de los límites" a los derechos fundamentales, la Suprema Corte simplemente subsumió el caso en este concepto general.

En esta resolución, nuestro Tribunal Constitucional afirmó distintas posiciones que consolidan el principio de proporcionalidad y sus postulados teóricos y dogmáticos. Señaló que: 1) "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"; 2) toda restricción a los derechos fun-

[57] *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; en adelante se referirá por aquella publicación).
[58] Sin embargo, en la respectiva sesión estuvieron ausentes los ministros Sergio A. Valls Hernández y presidente Juan N. Silva Meza.

damentales debe basarse en una "relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar [el legislador] a través de la medida de intervención respectiva"; 3) la jurisprudencia P./J. 130/2007 es el ancla del principio de "razonabilidad" o "proporcionalidad jurídica" en nuestro sistema jurídico; 4) "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 con exceso de poder o de manera arbitraria" (sujetando así al Poder Legislativo a la garantía de motivación material); y 5) debe emplearse su fórmula clásica alemana: fin legítimo, idoneidad, necesidad y "razonabilidad" (concepto que usó en vez de "ponderación" o "proporcionalidad en sentido estricto", pero con indudable alusión a ésta y en términos muy apegados a la doctrina de Alexy).[59]

III. Caso "Marihuana"

Al resolver el amparo en revisión 237/2014 sobre el uso lúdico de la marihuana, la SCJN formuló la mejor exposición del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. De este asunto derivó la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.):

> El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse *si la medida legislativa impugnada efectivamente limita el derecho fundamental*. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas

[59] Acción de inconstitucionalidad 2/2014, p. 74 (n. 57): "la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una *finalidad constitucionalmente legítima*; b) debe ser adecuada, *idónea,* apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser *necesaria,* es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser *razonable,* de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención" (cursivas añadidas).

> cubiertas *prima facie* o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección *prima facie* del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase debe examinarse *si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho*. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un *fin constitucionalmente válido;* (ii) que la medida resulte *idónea* para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que *no existan medidas alternativas* igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que *el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación* provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.[60]

Contra las apariencias, este criterio no debería considerarse una mera "tesis aislada", pues si bien aún carece del fuerte efecto vinculante de los

[60] "TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915 (cursivas añadidas).

precedentes antes señalados, por su vinculación sustantiva éstos lo apoyan para incrementar su autoridad, aparte de que los resultados de su aplicación parecen ya haberse reiterado suficientemente.[61] La aportación de este precedente a la indicada línea jurisprudencial radica en el detalle con que explica cómo examinar la proporcionalidad de una medida que interviene en un derecho fundamental; y en la precisión de sus términos, que se apegan a la ortodoxia teórica de este concepto —aunque parece distinguir cuatro fases del examen de proporcionalidad incluyendo la determinación del fin legítimo como una de ellas—.[62] Además, este criterio tiene gran utilidad práctica porque, a diferencia de lo acontecido con la acción de inconstitucionalidad 2/2014, su sistematización cumple una función pedagógica muy útil para divulgar el principio de proporcionalidad en México.

IV. Jurisprudencia interamericana

Last but not least, distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emplean esencialmente el principio de proporcionalidad para enjuiciar las restricciones a los derechos que reconoce el Pacto de San José, y para estimar si resultan necesarios en una sociedad democrática.[63] En nuestro contexto, son relevantes dos precedentes de este tribunal internacional.

En *Kimel vs. Argentina,* la Corte Interamericana estableció que la restricción a los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe satisfacer los criterios de *idoneidad, necesidad* y *estricta proporcionalidad;* y explicó con claridad en qué consisten éstos de

[61] Como sugieren las posteriores tesis jurisprudenciales relativas al consumo lúdico de marihuana como la referida *supra,* n. 27.
[62] Véase lo dicho al respecto *supra,* § 2.2.1. Otro punto plausible de la resolución de este asunto fue que la Suprema Corte expidió sendas tesis para enseñar con mayor precisión cada fase de dicho examen: 1) 1a. CCLXV/2016 (reg. 2013143); 2) 1a. CCLXVIII/2016 (reg. 2013152); 3) 1a. CCLXX/2016 (reg. 2013154); y 4) 1a. CCLXXII/2016 (reg. 2013136).
[63] Véanse Sánchez Gil (2009, pp. 249-252, n. 51), *Ricardo Canese vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2004, § 96 y 129, y Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller (2014, pp. 732-733).

manera congruente a la formulación clásica del principio de proporcionalidad *lato sensu*.[64] Llama particularmente la atención que en esta sentencia el tribunal interamericano explicó la ponderación en términos claramente tomados de Robert Alexy.[65]

Por último, aunque sin la precisión de la anterior, en una sentencia condenatoria para nuestro país, 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",[66] lo que enuncia la esencia del principio de proporcionalidad en sentido lato.

D. ¿Es optativo el examen de proporcionalidad?

I. La jurisprudencia 2a./J. 10/2019

El 17 de octubre de 2018, la Segunda Sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 388/2018 y sentó el criterio de que es *optativo* examinar la proporcionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales. En menos de un mes, el 14 de noviembre de 2018,[67] la misma Sala

[64] Fondo, reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84. Reiterado esencialmente en Álvarez Ramos vs. Venezuela, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2019, § 104-108.

[65] *Cfr. Kimel vs. Argentina, cit.*, nota 64, § 84, y Alexy (2009, p. 9).

[66] *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186; *cfr. supra,* nota 4. Véanse en general "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; y CoIDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, § 61, 68, 74 y 81.

[67] No estoy en contra, pero llama la atención la práctica de la Suprema Corte de la necesidad de resolver los asuntos "en diferentes sesiones" para sentar jurisprudencia por reiteración según los artículos 222 y 223 de la Ley de Amparo. Es frecuente que en sólo dos sesiones se resuelvan asuntos con ese propósito, contra la intención de estas disposiciones de que haya un estudio extendido en el tiempo para establecer un criterio jurisprudencial. Otro ejemplo de esta práctica puede verse en "RENTA. EL ARTÍCULO 28, FRACCIÓN XXX, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE

resolvió otros cuatro asuntos[68] en los que llegó a la misma conclusión repitiendo literalmente —salvo minucias insignificantes— los términos de aquella ejecutoria. Estos precedentes generaron la jurisprudencia 2a./J. 10/2019 según la cual, en síntesis, "el juzgador puede emplear diversos métodos […] que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto", por lo que le resultaría meramente potestativo examinar la proporcionalidad de una intervención en un derecho fundamental.[69]

Todos estos asuntos fueron promovidos por aerolíneas contra las reformas a la Ley de Aviación Civil y a Ley Federal de Protección al Consumidor publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 26 de junio de 2017.[70] Por lo que respecta a nuestro tema, en general las quejosas alegaron esencialmente que se vulneraron sus derechos humanos "a la libertad de comercio, la propiedad, el desarrollo económico por una adecuada rectoría económica del [E]stado y la libre competencia", pues "aun cuando pudiera considerarse que persiguen un fin legítimo, lo cierto es que [las medidas impugnadas] no son idóneas, necesarias ni proporcionales".[71]

Las siguientes son las más importantes razones de la Segunda Sala para decidir en el sentido del indicado criterio jurisprudencial, de acuerdo

---

A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2014, AL LIMITAR LA DEDUCCIÓN DE LAS EROGACIONES QUE A SU VEZ CONSTITUYAN INGRESOS EXENTOS PARA LOS TRABAJADORES, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 37, diciembre de 2016, t. I, p. 684.

[68] Amparos en revisión 583/2018 (pp. 28-36); 635/2018 (pp. 28-36); 579/2018 (§ 65-86; pp. 19-26); y 717/2018 (§ 72-98; pp. 21-30).

[69] *Cfr.* "TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, p. 838.

[70] Lo anterior conforme a la síntesis que al comienzo de su respectiva ejecutoria tienen los amparos en revisión 388/2018; 579/2018 y 717/2018. En el considerando sexto de sus resoluciones, los amparos en revisión 583/2018 y 635/2018 sólo señalan que se reclamó que los preceptos impugnados "violan los principios de razonabilidad y proporcionalidad". No obstante esta diferencia, por la naturaleza de estos asuntos puede suponerse que todas las quejosas presentaron la misma demanda.

[71] Amparo en revisión 388/2018, § 45, pp. 14-15.

con la ejecutoria que lo fundó y a la cual en adelante me referiré de modo exclusivo:[72]

- En Alemania, a la proporcionalidad "no se le dio carácter de norma jurídica ni mucho menos se le reconoció como un derecho fundamental o como un verdadero principio", ni se consagra en su Constitución, sino que su origen en ese país "se encuentra en los fallos de su Tribunal Constitucional que [lo empleó] para resolver algunos casos" (§ 56).
- En México, "tampoco se incorporó al texto constitucional ni se le elevó a derecho fundamental" (§ 57).
- Otro método interpretativo es el *escrutinio judicial* y sus diversos niveles, importado de los Estados Unidos y empleado en México particularmente en relación con las "categorías sospechosas" (§ 58-60).
- También se ha empleado en nuestro país la *interpretación conforme a la Constitución* —entendida en su sentido original, y no como la referencia a tratados internacionales, lo que me parece muy correcto—, y la *inaplicación o expulsión* de la norma cuando dicha interpretación es inviable (§ 61).
- Hay otras técnicas como la "ponderación", no en el sentido de Alexy, sino de la "valoración de las consecuencias de la toma de una decisión", y las interpretaciones sistemática, gramatical y teleológica (§ 62).
- Al juzgador "corresponde decidir, en cada caso concreto, cuál de esos métodos es el más apto o idóneo", pues su labor es resolver "si ha existido o no violación a un derecho humano, para lo que habrá de ejercer su libertad de jurisdicción" (§ 63).
- Las técnicas para enjuiciar las violaciones a los derechos fundamentales son sólo "herramientas", y no derechos humanos ni principios constitucionales en sí mismos (§ 64.b).

[72] *Ibidem*, § 43-69; pp. 13-22.

- El examen de proporcionalidad "es tan sólo uno de los tantos métodos que puede o no ser utilizado", y al juez corresponde determinar cuál usar (§ 64.c, 64.d y 66). Para lo anterior deberá analizar: 1) el derecho constitucional invocado, 2) si se trata de una "limitación gradual" o de una "restricción" al mismo, 3) los intereses en juego, 4) la "intensidad" de la violación alegada, y 5) la "naturaleza jurídica y regulatoria" de la norma impugnada" (§ 64.f).
- "[N]o existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad", así es que "resulta inexacto que sea la *única manera* de verificar si una norma es o no contraria a derechos humanos" (§ 65; énfasis en el original).
- El mero hecho de que en la demanda se alegue la falta de proporcionalidad, o la ausencia de idoneidad y necesidad de la limitación a un derecho fundamental, no obliga al tribunal a realizar el examen correspondiente (§ 67), pues ello supondría restringir su "libertad de jurisdicción" (§ 68).

La idea de que el examen de proporcionalidad es optativo no es nueva en México; ya había sido formulada por la propia Segunda Sala de la SCJN antes de la consagración jurisprudencial de dicha técnica en nuestro país, en los términos esenciales con que se presenta en esta ocasión.[73] Pero la diferencia de la proposición actual es que negar la aplicación taxativa del principio de proporcionalidad es particularmente grave porque no sólo contraviene la jurisprudencia vinculante del Pleno del Máximo Tribunal,[74] sino también la reforzada protección que otorgó a los derechos fundamentales la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

En realidad, la cuestión de si el examen de proporcionalidad es una técnica optativa de interpretación constitucional es una versión moderna, más sofisticada, de la "solución" que había dado la SCJN al problema de

[73] Amparo en revisión 143/2007, 13 de junio de 2007, con. III, pp. 38-43.
[74] Véase *supra,* § 3.

la pluralidad de "métodos" de interpretación, también en el sentido de que el juez está en libertad de escoger el que le parezca "más adecuado".[75] Señalar sin más que el juzgador puede resolver conforme a la técnica de interpretación que considere mejor, no sólo omite resolver cuestión alguna, sino que además *propicia la arbitrariedad* del intérprete judicial: el problema más importante respecto de las técnicas interpretativas no es inventariarlas, sino establecer la preferencia entre ellas, pues "diferentes cánones *(Kanon)* pueden conducir a diferentes resultados".[76]

Indicar que el juzgador puede escoger *ad libitum* el procedimiento interpretativo, comporta abandonar los alcances del derecho a las consideraciones subjetivas del operador jurídico. No muy diferente es indicar lineamientos genéricos —como los señalados en el párrafo 64.f de la ejecutoria comentada, sobre los que luego abundaré—, pues ellos tampoco precisan qué técnicas interpretativas deberían usarse en determinadas situaciones. La pregunta sigue siendo la misma: ¿"más adecuada" para qué ha de ser la técnica que debiera emplear el juzgador?

Como mero postulado formal, este principio de "determinación adecuada" *(Verhältnisbestimmung)* de los métodos de interpretación podría ser "plausible y fiable", y este punto es atribuible a favor de la ejecutoria que analizamos. Pero quizá este problema no pueda tener una respuesta con validez general, sino una vinculada a situaciones determinadas, pero con suficiente objetividad para establecer cuándo es o no "adecuado" usar una herramienta interpretativa. Si no fuera así, y se tuviera por "definitivamente irresoluble" el problema de la adecuación de las técnicas interpretativas, "no habría una superación de los problemas del

[75] "INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XIX, junio de 2004, tesis 1a. LXXII/2004, p. 234 (señalando, sin embargo, que "en principio deberá utilizarse el [método] literal" [lo que en realidad no soluciona nada, pues toda interpretación tiene el texto como referencia inicial]).
[76] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 19 y 303).

descubrimiento jurídico que inspire mayor o menor confianza", y nos hallaríamos a merced del "decisionismo de las sentencias de los tribunales terminales" (Engisch, 2010, p. 153).

II. Análisis crítico

1. Enfoque hermenéutico

Nuestro problema puede hallar solución con una comprensión hermenéutica moderna.[77] La interpretación es un procedimiento *muy complejo* y debemos guardarnos de simplificarlo apresuradamente.[78] No sólo consiste en esclarecer el sentido de las disposiciones de un texto, sino en adjudicarle un significado dentro de un determinado contexto para calificar normativamente la conducta de determinados sujetos. Esto se realiza creando una norma jurídica abstracta que reformula el texto —resultando así análoga a él— con las especificaciones que correspondan para ser inmediatamente aplicable a una situación particular.[79] No se trata de un procedimiento "lineal", sino de una espiral en la que el intérprete va una y otra vez al texto y al problema que busca solucionar, pero siempre alcanzando un nivel diferente, hasta que decide que ha obtenido una "solución satisfactoria" a la vista de "las valoraciones en que se inspira el orden jurídico positivo" (Recaséns Siches, 1999, p. 661).

Si la interpretación jurídica, y en especial la constitucional, tiene algún "método" —en el sentido de "procedimiento"—, éste consiste en una *argumentación dialéctica* en la que "se hacen valer razones, otras son contrapuestas a ellas y finalmente las mejores han de inclinar la balanza".[80] En efecto, estas razones han de ser las "más adecuadas", pero deben serlo para algo más que las "valoraciones propias, sólo relativamente válidas" del intérprete,[81] y este parámetro se determina por una *ideología* que,

[77] En lo sucesivo, como referencia general véase Sánchez Gil (2008, pp. 15 y ss).
[78] Véase Morin (2005, p. 47).
[79] *Cfr.* Guastini (1998, p. 8).
[80] *Cfr.* BVerfGE 82, 30 (38-39).
[81] *Supra,* nota 77.

entre otros, incluye una determinada concepción del derecho —general, constitucional y iusfundamental en particular[82]— y de la labor de sus operadores y que se forma primordialmente por las valoraciones que *objetivamente* informan el ordenamiento jurídico.[83]

Si bien es cierto que está en manos del intérprete seleccionar el instrumento "más adecuado" para llevar a cabo su labor, ello no quiere decir que le esté permitido incurrir en arbitrariedad, o que "la determinación de las relaciones entre los cánones de interpretación esté siempre abierta y cada vez haya que efectuarse de nuevo". El operador jurídico debe ajustarse a estas *valoraciones objetivas del sistema jurídico,* que expresan primordialmente las *disposiciones constitucionales* y los *precedentes judiciales* que les dan sentido; y, además, con base en el principio de universabilidad *(Universalisierbarkeit),* buscar una solución que pueda generalizarse y abarcar todos los casos con las mismas características esenciales.[84]

2. Exigencia constitucional

Empecemos por la imprecisa caracterización que la ejecutoria comentada expone sobre el principio de proporcionalidad en Alemania. El artículo 19.2 de la Ley Fundamental de este país dispone que "[e]n ningún caso podrá tocarse *(antasten)* el contenido esencial *(Wesensgehalt)* de los derechos fundamentales"; la doctrina alemana ha reconocido que justo el principio de proporcionalidad es la garantía de dicho contenido esencial.[85] Pero sobre todo, el Tribunal Constitucional Federal ha señalado

[82] Sobre la trascendencia de la teoría y la dogmática de los derechos fundamentales en su interpretación, la literatura alemana cuenta con el clásico trabajo de Böckenförde (1974, pp. 1529-1538). Para un resumen de este ensayo, basado en su versión española, véase Carbonell (2006, 33-44).
[83] Véanse Sánchez Gil (2008, pp. 39-41 y 388-389) (comentando *supra,* nota 75).
[84] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 305-306, n. 76). Sobre el principio de universabilidad, véanse Alexy (2001, pp. 335-336) y Lara Chagoyán (2007, pp. 221-247). Para una visión moderna en México del precedente judicial como fuente de racionalidad y seguridad jurídica, en particular sobre temas como el autoprecedente y el cambio jurisprudencial, véase Bernal Pulido, Camarena González y Martínez Verástegui (2018).
[85] Sobre la relación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, véase Sánchez Gil (2009, pp. 111-115, n. 4).

que este principio deriva particularmente de "la esencia *(Wesen)* misma de los derechos fundamentales", los cuales no pueden ser limitados si no fuera "imprescindible" para realizar un fin legítimo;[86] y de acuerdo con la doctrina dominante, esta postura judicial implica que pese a que la proporcionalidad no pueda adscribirse a una específica disposición constitucional, "su fundamento estriba sin más en la estructura de principios" que tienen las normas iusfundamentales (Borowski, 2003, p. 129).

En Alemania, el principio de proporcionalidad no es un concepto anecdóticamente aplicado por el Tribunal Constitucional Federal;[87] por el contrario, es uno de los más importantes que aprenden los estudiantes de Derecho (Klatt y Meister, 2014, p. 193, n. 8), y no hay manual de Derechos Fundamentales que carezca de una sección dedicada a él.[88] En particular, dicho principio se ha consagrado en ese país como el "argumento decisivo" para calificar el cumplimiento del principio de igualdad, vertiente que el tribunal de Karlsruhe ha "desarrollado impresionantemente" incluso antes que la doctrina (Borowski, 2003, p. 197).

La idea del "contenido esencial" de los derechos fundamentales también ha sido propuesta por la jurisprudencia mexicana que consagró el principio de proporcionalidad.[89] En particular, los términos de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2014 son muy claros sobre la relación entre ambos conceptos, y también en apuntar hacia la garantía de

---

[86] *Cfr. supra,* nota 4.

[87] Dicho tribunal concluyó que "*excepcionalmente* ninguna ponderación [era] necesaria" (cursivas añadidas); pero lo hizo en vista de diversos precedentes que ya habían establecido reglas para el supuesto específico que enjuició, y no sin considerar "la ocasión y el contexto", lo que en realidad importa una mínima —pero efectiva— ponderación de la "intensidad" de la afectación al derecho fundamental en conflicto con el del reclamante. Véase 1 BvR 2433/17, 14 de junio de 2019, http://bit.ly/2y2qQ22, § 16-21.

[88] Como los citados Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher (2014, p. 65) y Alexy (2012, p. 291).

[89] Pleno, amparo en revisión 307/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXVII, abril de 2008, pp. 830-831 (precedente relacionado con la jurisprudencia P./J. 130/2007). Véase también "LIBERTAD DE TRABAJO. LA GARANTÍA DEL ARTÍCULO 5o. CONSTITUCIONAL NO IMPIDE AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA REGLAMENTAR LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN SOBRE ESTA MATERIA", Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* 8a. época, t. VI, primera parte, julio a diciembre de 1990, p. 227.

motivación material del artículo 16 constitucional como fundamento del mencionado principio:

> Precisamente, uno de los caracteres esenciales de los derechos humanos se traduce en su capacidad de operar como límite a las decisiones mayoritarias (sea bajo la denominación de interés público o de derechos constitucionales de terceros). A ese respecto, cobran relevancia los conceptos de *contenido esencial* y *proporcionalidad* constitucional. / Dichos conceptos implican la idea de que el legislador bien puede limitar los derechos humanos con base en la Constitución, *siempre que lo haga de manera justificada,* es decir, estableciendo una relación de *proporcionalidad* entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva. / Del sistema jurídico mexicano, 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 con exceso de poder o de manera arbitraria.[90]

Sin embargo, reconocer el concepto de "contenido esencial" de los derechos fundamentales no es el argumento definitivo que sostiene el principio de proporcionalidad en el ordenamiento mexicano. Y aunque bastaría para ello, tampoco lo es la sola autoridad formal de la jurisprudencia vinculante del Pleno de nuestro Máximo Tribunal —apoyada por la interamericana—,[91] que la Segunda Sala pasó por alto negando la exigencia constitucional y jurisprudencial del examen de proporcionalidad. Lo verdaderamente decisivo para fundar el principio de proporcionalidad es el *mandato de optimización* de los derechos fundamentales del que el principio de proporcionalidad es corolario,[92] y que debemos tener

[90] *Cit.,* nota 57, pp. 73-74.
[91] *Supra,* § 3.
[92] Véase Sánchez Gil (2009, pp. 29-30, n. 3). El mandato de optimización es signo inequívoco de una concepción constitucional axiológica que tiene muchas implicaciones, entre ellas potenciar la eficacia de los derechos fundamentales y aplicar el principio de proporcionalidad como sugiere Barak (2012, pp. 40-41); sobre dicha concepción, véase Sánchez Gil (2015, pp. 637-660) (especialmente 643-644).

como un postulado fundamental —de ahí su carácter tácito[93]— en nuestro sistema jurídico.

Desde antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, en México se ha reconocido el mandato de optimización de los derechos fundamentales como previsto por el artículo 1o. constitucional, y en el sentido de que los señalados derechos deben gozarse "en los más amplios términos".[94] Esta maximización de los derechos fundamentales hoy es más intensa, pues dicha reforma buscó "fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto […] de [los] derechos humanos" y "ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto".[95]

Si entendemos que en México existe un mandato constitucional para maximizar los alcances y la protección que brindan los derechos fundamentales, y que el Estado tiene la obligación positiva de protegerlos, ha de aceptarse que tales derechos se menoscaben sólo de modo indispensable para satisfacer un fin constitucionalmente válido. El examen de proporcionalidad es *el* procedimiento para enjuiciar de modo definitivo la pretendida necesidad de interferir con un derecho fundamental, porque dado su carácter comprehensivo, holístico, es la *única* técnica que permite encauzar y controlar al máximo el razonamiento judicial.[96]

---

[93] "Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto", Zagrebelsky (2003, p. 9). Véase también Tribe (2008, pp. 6-8) (exponiendo que "la Constitución *en todo momento* depende de fuentes extratextuales de significado" [cursivas en el original]).

[94] *Supra,* nota 56.

[95] "DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XXI, junio de 2013, t. 1, tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.), p. 602.

[96] *Cfr.* Alexy (2009, 8) y Michael y Morlok (2012, p. 291) (calificando de "holística" la teoría en que se basa el examen de proporcionalidad); y *supra,* n. 47. "La proporcionalidad es la técnica dominante de la aplicación judicial de los derechos en el mundo. *No es sólo un examen o un método entre muchos otros*; más bien, es el principal medio que permite estructurar procesos de justificación en el razonamiento de los derechos con el máximo grado de racionalidad" (Klatt, 2019, p. 159) (cursivas añadidas).

Pensar que la intervención en un derecho fundamental podría ser válida aunque no persiga un fin legítimo, ni sea idónea, necesaria o ponderada a su respecto, supone que no habría obligación de dar a los derechos fundamentales los máximos alcances que les corresponderían en cada situación concreta; y que el legislador (primordialmente) podría limitar su goce a un grado menor que "sus más amplios términos" alegando *cualquier* argucia. Sin embargo, esta última opción es inadmisible, por *no tomar en serio los derechos,* ya que no los protege ni los promueve como dispone el párrafo tercero del vigente artículo 1o. constitucional.

Conforme a nuestro ordenamiento, el principio de proporcionalidad se funda en dos pilares de cualquier sociedad democrática: la plena eficacia de los derechos fundamentales y la exigencia de justificar las decisiones del poder público.[97] Ambos conceptos forman parte del núcleo de la Constitución mexicana: aquel mandato de optimización se desprende del papel rector —"la esencia misma"— de los derechos fundamentales, y obtiene apoyo textual del artículo 1o. constitucional que dispone el respeto, la protección y la promoción de tales derechos, y la progresividad de éstos; y el segundo se encuentra claramente anclado en la garantía de motivación material que prevé el artículo 16 de nuestra ley suprema. Estos sentidos constitucionales son postulados ideológicos básicos para un verdadero Estado democrático.[98]

3. Vínculos con otras técnicas

Debe pensarse el examen de proporcionalidad *con relación, y no en oposición,* a otras técnicas de aplicación constitucional. Ésta es una actividad

[97] *Cfr.* Klatt (2019, pp. 169, 186 y 190) (vinculando los conceptos de "derecho fundamental *(constitutional)*", "justificación" y "proporcionalidad"). Breyer (2010, p. 171): "Usar los valores y la proporcionalidad es promover sentencias *(opinions)* transparentes, *apoyarse fuertemente en la explicación racional*, y *proteger los derechos individuales* que subyacen a las disposiciones constitucionales" (cursivas añadidas).

[98] *Cfr.* "NORMAS CONSTITUCIONALES. POR REGLA GENERAL REQUIEREN DE REGULACIÓN A TRAVÉS DE LEYES SECUNDARIAS, SIN QUE EL LEGISLADOR PUEDA APARTARSE DEL ESPÍRITU DE AQUÉLLAS", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, lib. XXXIII, enero de 2011, tesis 2a. CXXIX/2010, p. 1474.

compleja que requiere una visión multidimensional que integre elementos heterogéneos en un "juego sistemático" en que se complementan entre sí, pero paradójicamente manteniendo cierta autonomía.[99] Esta visión "integradora" de la interpretación jurídica no es nueva: es la que en realidad propuso Savigny al exponer sus "métodos" clásicos (literal, sistemático, histórico y teleológico).[100]

Desde este punto de vista, es peculiar la posición del principio de proporcionalidad en el elenco de técnicas interpretativas (me referiré en adelante a las señaladas en la ejecutoria comentada). En ciertos aspectos, por un lado, es absolutamente dependiente de instrumentos "tradicionales"; y, por el otro, complementa la insuficiencia de éstos para responder cabalmente las cuestiones constitucionales y lograr respuestas *sumamente específicas* para el caso particular, y para superar la incertidumbre que generan. Y en determinados contextos, también colma los vacíos de técnicas modernas de aplicación constitucional para lograr este último cometido. A continuación me referiré a las herramientas de juicio constitucional que la ejecutoria comentada señaló en relación con el principio de proporcionalidad.

a. Criterios tradicionales

El examen de proporcionalidad depende de una interpretación "tradicional" para identificar los principios constitucionales relevantes al caso, sus alcances en el caso concreto y determinar que colisionan.[101] En tanto la cuestión jurídica no se configure como una oposición entre ciertos principios constitucionales que tiene lugar en determinadas circunstancias, el examen de proporcionalidad es irrelevante. Pero hasta aquí llega la utilidad de los criterios tradicionales de interpretación, pues éstos son insuficientes para dar una respuesta concluyente a los problemas concretos de aplicación jurídica, pues su jerarquía no es absoluta ni rígida.[102]

---

[99] Véase Morin (2005, pp. 9-12, 21, 67 y 91-93).
[100] Véase Sánchez Gil (2008, pp. 36-37).
[101] *Cfr.* Guastini (1998, pp. 220-221, 302 y 304).
[102] *Supra,* nota 65.

Si bien suponiendo que se han superado las incertidumbres relativas a las distintas formas que pueden adoptar y la manera de satisfacerlas, los criterios basados en la literalidad textual y en la voluntad del legislador tienen primacía, pero ésta "no es completamente imposible de abatir" y puede ser vencida con base en "motivos razonables" que demuestren la necesidad de soslayar dichos aspectos por la "mucha mayor importancia" de otros, y los cuales de alguna manera racional deberá establecer el intérprete.[103] Comprobar la existencia de estas razones, evaluarlas y concluir sobre la prevalencia de uno de estos extremos, es justamente la labor que el examen de proporcionalidad lleva a cabo en un nivel más elevado de la "espiral hermenéutica", en una "vuelta de tuerca" posterior al cumplimiento de la función de los criterios tradicionales.

Lo anterior muestra la utilidad de un enfoque hermenéutico contemporáneo y la importancia de contar con el principio de proporcionalidad. Al intérprete le corresponde hacer *con sutileza* las preguntas correctas para caracterizar el problema que debe solucionar y tener la oportunidad de resolverlo efectivamente y no sesgar sus conclusiones.[104] La mera consideración del principio de proporcionalidad y sus implicaciones orilla al operador jurídico a cuestionarse si una medida jurídica incide en un derecho fundamental, si dicha intervención está apoyada por otro fin constitucionalmente válido y en qué medida éste exige tal interferencia.[105]

Así, el principio de proporcionalidad se adscribe a los criterios sistemático y teleológico, de los cuales resulta una manifestación;[106] en particular, enunciar el fin legítimo que impulsa la intervención iusfundamental

[103] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 121-122, 303, n. 65, y 305-306).
[104] *Cfr.* Larenz (2001, 309-310) (apercibiendo de que "[e]l texto [s]ólo contesta a quien le interroga rectamente") y Grande Yáñez (2018, p. 84) (subrayando que "la pregunta […] puede ser más útil para la comprensión que la respuesta").
[105] *Cfr.* Breyer (2010, p. 252) (expresando que "la proporcionalidad ha ayudado a enmarcar la cuestión" que los jueces han de resolver).
[106] Véanse Breyer (2010, p. 258), Sánchez Gil (2009, pp. 30-33) y Sanchez Gil (2008, pp. 294-296).

requiere una interpretación finalista. Pero se trata, como señalé, de una *interpretación sistemática y teleológica efectuada en un nivel diferente,* ulterior a aquellos en que respectivamente se establecen el sentido del texto y la intersección de los valores jurídicos que tutela, para inquirir la solución al conflicto entre éstos, y muy especialmente las razones específicas para adoptarla con preferencia a otra. Si la cuestión no se lleva a este último nivel, el problema se resolverá de alguna otra manera, pero ésta no necesariamente será acertada ni considerará *a plenitud* las relaciones jurídicas en que incide.

b. Criterio de especialidad

Aunque la ejecutoria analizada no lo menciona como uno de los argumentos para hacer optativo el examen de proporcionalidad,[107] por la estrecha y contradictoria relación con éste, me parece necesario abordar el criterio de especialidad *(lex specialis derogat generali)* para la solución de antinomias.[108]

En un primer momento en que se establecen los principios relevantes y se configura su colisión, el criterio de especialidad es un enfoque sistemático que podría servir —en especial basándose en una perspectiva primordialmente literal— para prevenir dicho conflicto,[109] realizando una interpretación adecuadora de los textos correspondientes para formular dos diferentes reglas de la que una sea excepción de la otra, y constituir así una primera variante en que cobra aplicación dicho criterio tradicional de solución de antinomias.[110] El problema de esta respuesta es que *no necesariamente es definitiva,* porque puede competir con otra hipótesis interpretativa —impulsada, por ejemplo, por una perspectiva teleológica—,

[107] Pero sí en relación con diverso concepto de violación (§ 40).
[108] Veáse en general Sánchez Gil (2008, pp. 56-59 y 294-296).
[109] Guastini (2001, p. 232): "el criterio de especialidad sirve para evitar, más que para resolver, antinomias".
[110] *Cfr.* Sánchez Gil (2008, pp. 36-37) y Guastini (2001, pp. 222-223) [describiendo la interpretación adecuadora] (226-227 y 237).

y faltaría una regla "aún más especial" que dirima el conflicto entre estas divergentes interpretaciones y establezca una preferencia entre los "métodos" en que se apoyan.[111] Esta última regla habría de construirse valorando las hipótesis interpretativas contendientes para determinar cuál ha de prevalecer por tener mayor importancia jurídica; la correcta realización de lo anterior requiere la aplicación del principio de proporcionalidad para formular la *lex specialissima* que rija el caso particular.

En una segunda variante, el criterio de especialidad tiene una aplicación peculiar. Este supuesto se actualiza cuando la interferencia entre las normas es parcial para ambas; se trata de una oposición concreta —por su aplicación en el caso particular—, eventual y contingente; y su ejemplo paradigmático es la colisión entre principios constitucionales. En estos casos, "el criterio de especialidad no puede ser empleado sino *después* de haberse instituido, entre las dos normas en conflicto, una relación jerárquica, y precisamente una jerarquía axiológica", a través de una ponderación.[112] En efecto, el principio de proporcionalidad, y muy particularmente la última fase de su examen, conducen a formular una "regla de precedencia condicionada" —*lex specialissima*— para el caso concreto,[113] cuyo supuesto normativo son las condiciones en que el principio prevaleciente "deroga" a su contrario, y este resultado es su consecuencia.

Lo anterior muestra que, lejos de ser contrario al principio de proporcionalidad, éste es una versión muy sofisticada del criterio de especialidad, acorde con la compleja naturaleza de las normas constitucionales y sus problemas.

---

[111] Si bien el criterio literal goza de primacía, ésta no es definitiva y puede ser vencida, como se ha dicho. Véase *supra,* nota 65.

[112] *Cfr.* Guastini (1998, pp. 227-229) (cursivas en el original suprimidas; énfasis añadido). Véase también Guastini (1998, pp. 302-304) (cuestionando sin más explicación "por qué no puede aplicarse la regla '*lex specialis*'").

[113] Cabe discutir si las fases de idoneidad y necesidad constituyen una "interpretación". Desde mi punto de vista, dan lugar a una "en concreto" subsumiendo un caso dentro el ámbito de aplicación de una norma. Véase Guastini (1998, pp. 8-10).

c. Interpretación conforme a la Constitución

Esta figura tiene lugar cuando una disposición ordinaria puede interpretarse en dos sentidos: uno ajustado a la Constitución y otro opuesto a ella, debiendo el intérprete —obviamente— tomar partido por el primero.[114] En ningún momento esta figura entra en conflicto con el examen de proporcionalidad, pues no es capaz de ser una alternativa a él.

En primer lugar, esta modalidad hermenéutica *no es una herramienta para interpretar la Constitución, sino elementos jurídicos ordinarios* y, por lo tanto, es inútil para resolver cualquier clase de antinomia constitucional. Se trata de una modalidad de la "interpretación conforme al rango" (Wank, 2001, p. 66), con la que se pretende garantizar la supremacía constitucional, asegurando la plena realización de sus valores en todo acto de creación y aplicación jurídica, y la coherencia del sistema jurídico. Su realización presupone que se ha definido la interpretación constitucional, pues de otra manera no habría parámetro que sirviera de referencia para orientar el significado de los elementos jurídicos ordinarios. De esta manera, si en el caso hubiera un conflicto constitucional, sería preciso resolver éste de alguna manera, para que pueda haber una guía para elegir entre las distintas hipótesis interpretativas de un elemento jurídico ordinario.[115]

En rigor, en esta interpretación jerárquica y sistemática consiste la "interpretación conforme". Me parece incorrecto —como se ha hecho en México[116]— designar de esta manera la interpretación de la Constitución que busca ajustarla a las normas de derechos humanos previstas en

---

[114] Por todos véase "PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 358, p. 1363. Véase en general Ezquiaga Ganuzas, 2006: 85-92.

[115] "INTERPRETACIÓN CONFORME. SU NATURALEZA DUAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 56, julio de 2018, t. II, tesis I.1o.A.E.78 K (10a.), p. 1503.

[116] Sin reparar en su sentido —que no comparto—, sino sólo en este uso lingüístico, *e. g.* "DERECHOS FUNDAMENTALES…", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XX, mayo de 2013, t. 2, tesis I.3o.P. J/1 (10a.), p. 1221.

tratados internacionales, como ordena el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional, porque en realidad se trata de normas con un mismo nivel jerárquico,[117] "contiguas" en la terminología de Guastini,[118] cuya interpretación conjunta estriba en un criterio sistemático horizontal, no vertical.[119] En estos casos, de haber conflicto normativo, el examen de proporcionalidad es el método más adecuado para resolverlo.[120]

En segundo lugar, cuando la alternativa es entre una interpretación conforme a la Constitución y otra "más conforme" con ella, esta modalidad interpretativa depende definitivamente del examen de proporcionalidad. No se trata de salvaguardar la ley fundamental de cualquier modo, sino que es necesaria la aplicación normativa "más conforme" con la ley fundamental, que haga prevalecer de la "mejor" manera los valores y principios constitucionales,[121] eligiendo la hipótesis interpretativa que "materiali[ce] de modo más efectivo, en el caso concreto, las previsiones constitucionales".[122] Se tiene en estos casos un conflicto entre dos interpretaciones que, en principio, se ajustan a la Constitución, pero que un giro hermenéutico ulterior habrá de establecer cuál tiene mayor importancia constitucional y, por tanto, amerita protección; y esto sólo puede hacerse (de la manera más correcta posible) mediante un examen de proporcionalidad. En virtud de éste como *criterio determinante,* se advierte que en estos casos sí existiría al cabo una hipótesis "contraria" a la Constitución: la que no valora adecuadamente la importancia de los principios constitucionales en juego, y que por ello debe ser rechazada. Ejemplos paradigmáticos de esta situa-

---

[117] Con la debida reserva en cuanto a las "restricciones expresas", como estableció el Pleno de la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011.
[118] Véase en particular Guastini (1998, p. 233).
[119] Véase Sánchez Gil (2014, pp. 321-322).
[120] *Cfr.* Pleno, contradicción de tesis 293/2011, resolución de 3 de septiembre de 2013, voto particular del ministro Cossío Díaz, p. 6.
[121] *Cfr.* Ezquiaga Ganuzas (2006, pp. 91-92, n. 114) (usando precisamente la expresión "más conforme con las normas constitucionales").
[122] "CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXVIII, noviembre de 2008, tesis 1a. LXX/2008, p. 215.

ción son los casos de *Drittwirkung,*[123] y aquellos en que la interpretación *pro homine* del derecho de una persona lleva a intervenir la esfera iusfundamental de otra.[124]

En conclusión, la "interpretación conforme" no tiene ninguna utilidad para resolver los conflictos constitucionales, y en este sentido no compite con el principio de proporcionalidad. En cambio, en determinadas condiciones, éste es el criterio que define el parámetro de control constitucional que deberá emplearse en aquella interpretación, que entonces se vuelve dependiente de dicho principio.

d. Niveles de escrutinio judicial

Finalmente, el examen de proporcionalidad tampoco se opone completamente a emplear distintos estándares de control judicial. De hecho, esta última idea deriva del aspecto epistémico de la proporcionalidad.[125]

Lo criticable es la idea de distintos niveles de escrutinio basados sólo en la mayor o menor libertad de configuración del legislador, o sólo en que sean de "menor" importancia los derechos fundamentales en juego[126] y que no pregunten si para alcanzar un fin legítimo es realmente indispen-

---

[123] *Cfr.* "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES", Primera Sala, *idem,* 10a. época, lib. XIII, octubre de 2012, t. 2, tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), p. 798.

[124] Véanse "PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN NO JUSTIFICA QUE EN LA TUTELA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE VULNEREN OTROS", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 19, junio de 2015, t. III, tesis I.5o.C.9 K (10a.), p. 2363. *Cfr.* "PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI LA LIMITACIÓN AL EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO DERIVA EN LA VIOLACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO", *idem,* 10a. época, lib. 42, mayo de 2017, t. I, tesis 2a./J. 41/2017 (10a.), p. 634.

[125] El Tribunal Constitucional Federal alemán señaló "parámetros diferenciados" para enjuiciar pronósticos del legislador (BVerfGE 50, 290 [332-333]), pero ello es sólo un aspecto epistémico de su control, no abdicación de sus facultades. Véase Alexy (2001, 56-57).

[126] Por todos, véase "TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 51, febrero de 2018, t. I, tesis 2a./J. 11/2018 (10a.), p. 510.

sable afectar un derecho fundamental.[127] Como el *justice* Felix Frankfurter, pienso que aquella idea de diferentes niveles de escrutinio judicial "expresa un complicado proceso de juicio *(adjudication)* constitucional por medio de una fórmula engañosa" que conduce a una "jurisprudencia mecánica", en la que resulta muy fácil caer "por el uso de fórmulas demasiado simplificadas".[128]

Hay relación entre el principio de proporcionalidad y la doctrina del escrutinio judicial diferenciado, en tanto ésta es una imprecisamente simplificada expresión de aquél. De un modo sinóptico y, por ende, perdiendo muchos matices, esto puede explicarse así: se trata de una expresión más de la proverbial tensión entre los derechos fundamentales y la democracia —encarnada primordial, mas no únicamente, en la acción legislativa—, que se traduce en reconocer mayor o menor libertad al legislador de modo inversamente proporcional al grado de afectación de un derecho fundamental y a la certeza de las premisas de su actuación, lo que manifiesta la "ley epistémica de la ponderación". Pero la libertad de configuración del legislador es resultado, no antecedente, del examen de proporcionalidad.[129]

En México, el paradigma de aplicación del escrutinio judicial estricto, en oposición a uno ordinario, es el análisis basado en "categorías sospechosas". Por tener la apariencia de ir contra una prohibición constitucional explícita, los tratos diferenciados basados en estas categorías adolecen de

---

[127] *Cfr.* Klatt, 2019: 186: "*todo* derecho constitucional es 'un interés humano básico de suficiente importancia para que *cualquier* limitación suya por una autoridad pública autorice el control formal de su corrección por un tribunal'" (cursivas añadidas; citando a Rivers, 2014, p. 432). Aunque con las variaciones de opinión de este texto, véase Sánchez Gil (2009, pp. 583-606) y también Ibarra Olguín (2018).

[128] *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77, 96 (1949) (concurrente). Aunque aludió a la "*preferred position*" de la libertad de expresión y la consecuente presunción de inconstitucionalidad de sus limitaciones, por la vinculación de estos conceptos con el examen de proporcionalidad, a mi juicio, la crítica de Frankfurter es aplicable por analogía a la diferencia de niveles de escrutinio; máxime que aquella primacía deriva de la famosa nota 4 de *Carolene Products,* sentencia que —como refirió la ejecutoria comentada (§ 58)— fundó la doctrina de los grados de escrutinio judicial en la jurisprudencia norteamericana.

[129] *Cfr.* Alexy (2001, pp. 37-52).

una presunción de inconstitucionalidad, y para superarla requieren de una "justificación robusta", por lo que el juzgador deberá analizar con todo rigor si sirven a un fin legítimo y si son idóneas y necesarias para conseguirlo.[130]

Puede explicarse perfectamente en términos alexianos el rigor del escrutinio de categorías sospechosas, cuya sede natural sería la fase de ponderación: por hallarse explícitamente formulada en la Constitución, el peso abstracto de esta prohibición es muy alto[131] y contribuye en buena medida a que prevalezca; y si esto se combina con una muy intensa afectación, la fuerza que exponencialmente obtiene el derecho fundamental por lo general hace imposible superar su importancia en el caso concreto por ser abismal su diferencia con la del principio competidor.[132] Esto incluso podría explicar, sin las dificultades que ha tenido la jurisprudencia mexicana,[133] que el mismo escrutinio estricto aplique con acciones afirmativas y que su constitucionalidad se sostenga con claridad.

Otra importante aplicación de la doctrina de los niveles de escrutinio judicial es el análisis del ejercicio de atribuciones fuertemente discrecionales —sobre todo a efectos regulatorios— por parte de los poderes públicos, primordialmente en relación con medidas de corte económico.[134] También estas situaciones pueden explicarse plenamente, y de una manera

---

[130] Sin embargo, ni siquiera en estos casos resulta tan estricto el escrutinio: la jurisprudencia mexicana *no incluye la fase de ponderación*. Por todos véase "CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 25, diciembre de 2015, t. I, tesis 1a./J. 87/2015 (10a.), p. 109.
[131] Alexy, 2008; Alexy, 2008, 23 y 27-28.
[132] *Cfr.* Alexy (2008, pp. 32 y 35). Véase también Alexy (2009, pp. 13, n. 32).
[133] *E. g.* "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a. CIV/2010, p. 183 (imponiendo un nuevo matiz al escrutinio diferenciado: el de la acción afirmativa es laxo).
[134] Por todos véase "PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO", Primera Sala, *idem,* 9a. época, t. XXXII, septiembre de 2010, tesis 1a. CII/2010, p. 185.

más racional, mediante la aplicación de un examen de proporcionalidad conforme con la teoría de Alexy.

Normalmente, estos poderes implican un muy amplio margen de apreciación carente de parámetros jurídicos, sin que exista una "unidad de solución justa",[135] y en general intervienen en derechos fundamentales con peso abstracto relativamente bajo —como la propiedad o el libre desarrollo de la personalidad[136]—. En tal virtud, el menoscabo de estos derechos tiene tan poca importancia que para el principio opuesto es fácil superarlos aun teniendo un *peso abstracto* igualmente bajo o una *certeza* baja respecto de la protección que la intervención en el derecho fundamental le otorga,[137] máxime cuando valorar esta última condición queda en la responsabilidad política del órgano que interfiere en ese derecho en función de su legitimidad democrática o de su especialización técnica.[138] Sin embargo, esto es muy distinto a afirmar que haya casos en que no pueda enjuiciarse la intervención en un derecho fundamental o que cualquier motivo la justifique.

Según el caso, el principio de proporcionalidad da lugar a un escrutinio estricto o uno ordinario. Pero esta diferencia de niveles es *efecto,* no premisa, de aquel principio, y no deriva de una determinación apriorística y al arbitrio del operador jurídico, sino de la naturaleza objetiva de las

---

[135] Sobre diversos aspectos de la discrecionalidad, imposibles de abordar aquí, véase en general García de Enterría, 2016: 30-49 (señalando la proporcionalidad como un principio general de derecho para el control judicial de poderes discrecionales).

[136] "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. BRINDA PROTECCIÓN A UN ÁREA RESIDUAL DE LIBERTAD QUE NO SE ENCUENTRA CUBIERTA POR LAS OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXII/2016 (10a.), p. 896.

[137] De acuerdo con la "ley epistémica de la ponderación", por la que "[c]uanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención". Véanse Alexy (2008, pp. 37-40) y Klatt y Schmidt (2010, pp. 9-10).

[138] En *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (467 U.S. 837 [1984]), la Suprema Corte norteamericana estableció parámetros de deferencia en relación con la agencia reguladora ambiental, que a mi juicio pueden extenderse al legislador y a otros entes administrativos cuando se enjuicia su discrecionalidad; véanse Breyer (2010, pp. 116-120). *Cfr.* Klatt y Schmidt (2010, pp. 3-4), Hartwig (2010, p. 788), Bernal Pulido (2005, p. 790) y "ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 319, p. 3992.

normas constitucionales relevantes y de sus recíprocas afectaciones, siempre bajo la directiva general de que a todos los principios relevantes se les debe dar máxima eficacia. Entender así el escrutinio judicial evita una categorización absoluta entre derechos de primera y segunda clase, y desde un inicio brinda a todos los derechos fundamentales la máxima protección posible que toca a su doble primacía (Klatt y Meister, 2017, pp. 3-6). De lo contrario, estaríamos ante una petición de principio, porque se asignaría de antemano a cada principio participante en el conflicto un peso concreto que sólo puede concluirse luego de examinar sus características.

III. Técnica definitiva

Del recuento anterior puede observarse que la aplicación judicial de la Constitución, y en particular la de los derechos fundamentales, dista mucho de ser un proceso simple. Incluso, es uno mucho más complejo de lo que ya se pensaba.

Es preciso aceptar esta complejidad, abandonar visiones simplistas y "eufóricas" sobre su naturaleza, que mutilan la realidad que pretenden describir; y admitir que cada especie de herramienta para la interpretación constitucional se distingue de las demás, pero a la vez se conjunta con ellas y se implican recíprocamente.[139] Esta visión compleja del juicio constitucional requiere un enfoque comprehensivo que brinde una concepción integradora de las técnicas de la labor judicial.

Sin embargo, a pesar de la variedad de instrumentos que requiere la interpretación constitucional, el examen de proporcionalidad se cierne como una técnica definitiva y prevaleciente, pero de los cuales —paradójicamente— también puede depender. Dicho examen constituye la piedra de toque de todas las demás herramientas de aplicación constitucional, pues su resultado determina cuál ha de imponerse —en especial tratán-

[139] *Cfr.* Morin (2005, p. 9 [expresando el texto del epígrafe de este trabajo] 86-87 y 104).

dose de los criterios tradicionales (literal, sistemático, etc.)—. Esta supremacía se comprueba reparando en que, aun cuando en un inicio una cuestión constitucional aparentemente no requiera del examen de proporcionalidad, dada la apertura de las disposiciones de la ley suprema, haciendo las preguntas correctas se le podría configurar como una colisión de principios constitucionales que exija dicha técnica.[140] Brevemente: el principio de proporcionalidad tiene la última palabra.

A lo anterior no se opone la jurisprudencia 2a./J. 10/2019. En primer lugar, porque en la medida en que torna optativo el examen de proporcionalidad contradice precedentes vinculantes del Pleno de la Suprema Corte y de la justicia interamericana que consagran este procedimiento en nuestro sistema jurídico.[141] En segundo lugar, porque, como ya indiqué, el examen de proporcionalidad no compite con otras herramientas de juicio constitucional, sino que entronca con ellas como parámetro definitivo. Y en tercer lugar, porque las demás opciones que relaciona la ejecutoria de que procede aquel criterio, en realidad aluden claramente a él: la "ponderación" que atiende a las consecuencias de la decisión judicial no es diferente a la propuesta en líneas anteriores con base en el pensamiento de Robert Alexy (§ 62), y los diversos elementos que considera como lineamientos para elegir la técnica interpretativa "más adecuada" son distintos aspectos que cobran relevancia dentro del examen de proporcionalidad (§ 64.f).

E. Retos argumentativos

I. Cargas de argumentación y de prueba

La ejecutoria comentada pone de relieve que el primer problema argumentativo práctico del examen de proporcionalidad se refiere a los tér-

[140] *Supra,* notas 23, 104 y 105.

[141] Y habría que ver si el carácter potestativo que atribuye a la proporcionalidad no contradice la tesis 1a. CCLXIII/2016 (*supra,* nota 60), en tanto ésta no parece dar opción a dicho procedimiento para enjuiciar las intervenciones en los derechos fundamentales. En su caso, corresponderá al Pleno dirimir la cuestión.

minos en que debe impugnarse una contravención al principio relativo. Inicial y generalmente, son relevantes para esta cuestión los conceptos de carga de argumentación y carga de la prueba;[142] aunque la última debe tomarse con reserva por su concepción dinámica que en los últimos años se ha extendido en nuestro país,[143] y por la discusión doctrinal recientemente iniciada a su respecto.[144]

Dice la mencionada sentencia que el mero hecho de que en la demanda se alegue la falta de proporcionalidad, o la ausencia de idoneidad y necesidad de la limitación a un derecho fundamental, no obliga al tribunal a realizar el examen correspondiente (§ 67). Esta afirmación me parece inexacta porque pasa por alto la naturaleza y el fundamento jurídico del principio de proporcionalidad, y las peculiaridades de cada etapa procesal. En lo sucesivo, me enfocaré al juicio de amparo, pero en el entendido de que mis consideraciones serían generalmente aplicables a otros procesos constitucionales.

Como cualquier otro agravio, el relativo al examen de proporcionalidad necesita un *planteamiento adecuado,* que exponga con pertinencia y claridad que se vulnera un derecho y caracterice la manera en que esta lesión se produce.[145] Es necesario plantear así la cuestión para que ésta obtenga una respuesta lo más exacta posible; es preciso interrogar correctamente al derecho y al tribunal.[146] Sin embargo, a mi juicio, este planteamiento debería ser mucho más fácil para los justiciables de lo que aparenta en un primer momento.

---

[142] Véase en general Sánchez Gil (2007, pp. 86-103, n. 3).
[143] Por todos véase "CARGA DE LA PRUEBA. SU DISTRIBUCIÓN A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS LÓGICO Y ONTOLÓGICO", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 12, noviembre de 2014, t. I, tesis 1a. CCCXCVI/2014 (10a.), p. 706.
[144] Véase Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán y Giannini (2019).
[145] *Cfr.* "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ESTUDIEN, BASTA CON EXPRESAR CLARAMENTE EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS LA CAUSA DE PEDIR", Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 1341, p. 1503; y "CAUSA DE PEDIR EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (APÉNDICE 1917-2000, TOMO VI, MATERIA COMÚN, TESIS 109, PÁGINA 86)", *idem,* t. II, tesis 2377, p. 2774.
[146] *Cfr. supra,* nota 104.

Si la impugnación se construye en un nivel interpretativo elemental, en el plano de una lectura literal y aislada de las disposiciones iusfundamentales, es posible que la cuestión planteada no se solucione sino por medio de una respuesta igualmente elemental. No se trata de si el juzgador quiere o no "correr" un examen de proporcionalidad, sino de que quizá no advierta un conflicto constitucional que lo requiera. Pero estamos hablando de un planteamiento tan básico, que apenas alcance a exponer una causa de pedir, por consistir en la determinación de una mera intervención en un derecho fundamental cuya valoración se somete al tribunal. Por dicha amplitud, éste tendría una gran discrecionalidad, una extensa "libertad de jurisdicción" como dijo la ejecutoria analizada (§ 63), para resolver el caso.

Por ejemplo: impugnar una clausura por violación a la libertad de trabajo, con base en que impide realizar una actividad económica, ya plantea la lesión a un derecho y expone cómo se ocasiona, pero nada más. Y como sabemos, hay muchos argumentos que en principio, en este básico nivel interpretativo, podrían sostener la licitud de dicho agravio.

En cambio, dando una vuelta en la espiral hermenéutica, puede alegarse a secas que dicha clausura resulta "innecesaria" (y aun negando simplemente que sirva a un fin legítimo, y que lo haga de modo idóneo, necesario y ponderado). Este argumento, llamémosle de "segundo nivel", *cambia significativamente la litis:*[147] *ésta ya no consiste en interrogar al tribunal si dicha lesión menoscaba o no la libertad de trabajo —se da por sentado que lo hace—, sino que pregunta por la justificación* para hacerlo. Y en una vuelta ulterior, con base en el correspondiente estudio, puede formularse una causa de pedir —de "tercer nivel"— más precisa, que ya no simplemente niegue la proporcionalidad de la intervención, sino que exprese argumentos para corroborar la desproporción.

Aun en casos regidos por el principio de estricto derecho, en el segundo nivel de interpretación ya se encuentra una causa de pedir suficiente para

[147] Véase "CAUSA DE PEDIR…", *cit.*, nota 146.

realizar el examen de proporcionalidad, y más aún en el tercer nivel. Con argumentos de esta clase, el quejoso insta al tribunal a responder *si es imprescindible* intervenir su derecho fundamental, y aun a analizar pormenorizadamente las razones que expuso para aseverar que la vulneración de su derecho es innecesaria.

En estos casos, el tribunal no tiene más opción que efectuar el examen de proporcionalidad, pues, de lo contrario, se vulnerarían los principios procesales de congruencia y exhaustividad que inspira el derecho fundamental a una justicia completa.[148] La satisfacción de este principio constituye la *cuestión efectivamente planteada* por el quejoso; incluso al meramente alegar que fue innecesaria la intervención en su derecho fundamental con un argumento de segundo nivel, y aunque no mencione el concepto de "proporcionalidad", el quejoso formula una causa de pedir suficientemente clara para que el juzgador estudie si fue precisa dicha afectación, y el instrumento definitivo para hacerlo es el examen de su idoneidad, necesidad y razonabilidad con relación a un fin constitucionalmente válido, porque en esa falta de justificación material consiste la contravención al principio de proporcionalidad.[149]

A este efecto, también adolece de una visión incompleta afirmar que el principio de proporcionalidad "no constituye un derecho fundamental", y por eso su alegación no vincula al juzgador. Como hemos visto, el principio de proporcionalidad se funda en el *mandato de optimización* de los derechos fundamentales imbíbito en nuestro ordenamiento, y en la garantía de *motivación material* que exige a los actos de autoridad razones suficientes para ocasionar cualquier perjuicio al gobernado.[150] Podemos

---

[148] Véase "CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 322, p. 3997.

[149] *Cfr.* "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. PARA QUE SE ANALICEN ES INNECESARIO QUE SE MENCIONE EL NOMBRE DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL QUE SE ESTIMA VIOLADO", Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXV, mayo de 2007, tesis 2a. XXXVI/2007, p. 1183.

[150] Véanse *supra,* los apartados 3 y 4.2.2 de este texto.

discutir si estas normas constitucionales son "derechos humanos", "garantías" —en el sentido de la reforma de 2011—, principios "estructurales" o "formales"; pero lo cierto es que son "*derechos fundamentales*" en el sentido de que, sin adjetivos, esencialmente se trata de pretensiones *tuteladas con rango constitucional* a favor del gobernado[151] para que 1) sus derechos constitucionales "principales" tengan *plena eficacia y máximos alcances*, y 2) sólo sean restringidos bajo *estricta necesidad y con suficiente justificación material*. La autoridad que restringe desproporcionadamente un derecho fundamental infringe estas normas constitucionales.

De esta manera, cuando se hace valer el principio de proporcionalidad a través de los argumentos de segundo o tercer nivel que describí, aunque no lo diga así, el quejoso postula la vulneración de estos deberes de optimización y motivación material, en relación con el derecho fundamental "principal" que señala como vulnerado de modo esencial. Por su finalidad protectora y promotora, ambos conceptos deben verse al menos como "garantías" de los derechos "principales" que reconoce nuestro orden constitucional,[152] y en tal virtud es clara la procedencia de una acción constitucional en específica relación con su incumplimiento.

Evadir estas cuestiones constitucionales cuando han sido efectivamente planteadas en un proceso es *denegación de justicia*. Para que el tribunal tenga el deber de estudiarlas basta formular una causa de pedir elemental, que en términos generales niegue la justificación, la necesidad o la razonabilidad de la intervención en un derecho fundamental. La primacía de los derechos fundamentales, que *prima facie* han de ser gozados por el gobernado (Klatt y Meister, 2017), arroja las cargas de argumentación y

---

[151] *Cfr.* Pieroth, Schlink, Kingreen y Poscher (2014, p. 13) y Preciado Domènech (2016, pp. 43-44).
[152] *Cfr.* "EXPROPIACIÓN. LA CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA SON GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 27, PÁRRAFO SEGUNDO[,] DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 21.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)", Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 9, agosto de 2014, t. I, tesis 1a. CCLXXXVIII/2014 (10a.), p. 529.

de prueba sobre la autoridad para demostrar que dicha intervención se basa en razones suficientes.[153] Y por la reforma constitucional en materia de justicia de 2017, que privilegia la resolución del fondo del litigio por encima de formalismos procesales, dicha evasión sería mucho más injustificada.[154]

II. Otros problemas de argumentación

Desde luego, ha habido objeciones al principio de proporcionalidad, y en particular a la ponderación; pero han de tenerse hoy por superadas, al menos las de carácter fundamental, porque la teoría de los principios de Robert Alexy las responde de modo satisfactorio (Klatt y Meister, 2017, 3-6). Además, aún carecen de respuesta varias preguntas específicas sobre diversas minucias de las fases del examen de proporcionalidad.[155] Por tanto, en esta sección me ocuparé de dos aspectos que inquietan a su práctica en México: 1) su *correcta realización material,* mucho más allá de su configuración teórica; y 2) la *incertidumbre* que se le atribuye por su supuesta volatilidad.[156]

1. Complejidad

Hay dos puntos atinentes al principio de proporcionalidad sobre los cuales pacíficamente podría acordarse: 1) exige a los juristas —de uno y otro lado de la barandilla— algo muy difícil de alcanzar: *"gran competencia argumentativa",*[157] y 2) en un Estado constitucional democrático, el ejer-

[153] *Cfr. United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 816-817 (2000) (aunque con referencia a un caso que implicó escrutinio estricto, concepto tratado arriba (§ IV.2.C.d), señalando que "es obligación del Gobierno probar que la alternativa no será efectiva para alcanzar sus metas").
[154] Véase "PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO FRENTE A FORMALISMOS PROCEDIMENTALES Y SOLUCIONES DE FONDO DE LOS CONFLICTOS. ÉSTAS DEBEN PRIVILEGIARSE FRENTE A AQUÉLLOS, SIEMPRE QUE NO SE AFECTE LA IGUALDAD DE LAS PARTES, EL DEBIDO PROCESO U OTROS DERECHOS", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 51, febrero de 2018, t. III, tesis (IV Región)2o.13 K (10a.), p. 1524.
[155] Véase Barak (2012, pp. 245 y ss, n. 8).
[156] *Supra,* nota 45.
[157] *Cfr.* Klatt y Meister (2014, p. 196, n. 9).

cicio de las amplias facultades de los poderes públicos es legítimo mientras lo apoye "un depurado razonamiento práctico".[158] Como punto de partida para su reflexión, ambos puntos se relacionan con el primer reparo práctico al examen de proporcionalidad que señalé.

En efecto, la complejidad de esta herramienta la hace complicada; esta característica es un elemento de aquella cualidad, y es ineluctable: no puede simplificarse, y nada puede hacerse al respecto, lo que da lugar a varias dificultades. Primeramente, la correcta realización del examen de proporcionalidad requiere un conocimiento claro de sus conceptos y de su procedimiento, y una atención detallada en cada una de sus fases. Esto es algo que los juristas mexicanos, en general, no hemos podido dominar, sobre todo por la carencia de una idea clara de las implicaciones de este instrumento.[159]

Esta situación siempre se ve agravada en el contexto forense por los plazos procesales y las cargas laborales, aunados a la necesidad de formular una argumentación precisa, cuidadosa, y a veces muy extensa para emitir un juicio de proporcionalidad. Frecuentemente, el estudio que requiere la aplicación de este principio tiene que darse en un contexto en el que no puede investigarse minuciosamente cada aspecto de dicho procedimiento. Pero este problema se presenta en todo momento de la vida humana, pues como supuestamente dijo Immanuel Kant, "[l]a necesidad de decidir excede la capacidad de comprender";[160] y no debe pasmarnos afrontar esta dificultad en *todo proceso,* o en su gran mayoría, pues "no tiene sentido alguno creer que nuestras dudas ético-conductuales […] encontra-

[158] *Cfr.* Prieto Sanchís (2013, pp. 47-48).

[159] Véase, *e. g.,* la ejecutoria de "VIOLACIONES PROCESALES. EL ARTÍCULO 174 DE LA LEY DE AMPARO, AL ESTABLECER QUE EL QUEJOSO DEBE PRECISAR LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON EN SU PERJUICIO AL RESULTADO DEL FALLO, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS", Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 29, abril de 2016, t. II, tesis 2a. X/2016 (10a.), p. 1371.

[160] "*Die Notwendigkeit zu entscheiden reicht weiter als die Fähigkeit zu erkennen*", citado por Klatt y Schmidt (2010, p. 1, n. 2). Es imposible traducir esta frase con toda su riqueza; el último verbo que emplea puede significar "notar", "distinguir", "reconocer", y así de un solo golpe su autor denota muchas situaciones cognoscitivas; véase Wahrig y Wahrig-Burfeind (1997, n. 14, *s. v. "erkennen"*).

rán una solución cierta", pues la aplicación judicial del derecho se da indefectiblemente con una racionalidad sin certeza, estabilidad y plenitud totales.[161]

El ejemplo paradigmático de esta situación, a mi parecer, es la suspensión del juicio de amparo a partir de la reforma del 6 de junio de 2011 y la ley reglamentaria de este proceso constitucional. Estos cambios obligan a una *suspensión ponderativa,* en la que el juzgador tiene un arbitrio amplísimo, cuyo parámetro de control definitivo debe ser el principio de proporcionalidad.[162] Antes de dichas reformas, la argumentación de esta medida cautelar era relativamente poco exigente, porque la prohibición legal de otorgarla cuando fuera contra el orden público o el interés social hacía que jueces y postulantes se concentraran en alegar lo relativo a estos conceptos. En cambio, en vista de que pueden obtener múltiples efectos de la suspensión, quienes postulan en muchos casos han de formular una argumentación compleja para apoyar su pretensión cautelar, y los jueces deben analizarla con cuidado o efectuarla *motu proprio* para cumplir las exigencias de esta medida. Si ya suena complicado, añádase la presión de hacerlo dentro de los plazos legales y sin desatender otras obligaciones profesionales, y tenemos una situación muy lejos de ser ideal. Desde luego, una visión simplista de esta medida cautelar "resolvería" estos problemas, pero propiciaría una aplicación jurídica desacertada y aun graves afectaciones.

Empero, y pese a que la racionalidad jurídica es limitada y parcial (Luzzati, 1999, p. 516) si se quiere satisfacer la *pretensión de corrección* inherente a todo sistema jurídico,[163] los jueces y los postulantes no tienen más opción que efectuar el análisis de proporcionalidad con el mayor esfuerzo

[161] Véase Luzzati (1999, 422, 473-476) (hablando de una "racionalidad adecuadora" que opera como un sofisticado mecanismo de [retroalimentación], como un sensible *instrumento de control y de autocorrección*" [cursivas en el original], y su relación con "[l]a exigencia práctica de tomar una decisión en un tiempo razonablemente breve").
[162] Véase en general Sánchez Gil (2014, pp. 1218-1220).
[163] Véase Alexy (2001, pp. 264-268 y 428-429, n. 76).

posible.[164] Una perspectiva simplista de la aplicación jurídica facilitaría el trabajo de los juristas, pero el principio de proporcionalidad busca más bien una verdadera *hermenéutica de la ley fundamental:* una actividad interpretativa con matices y precisión, que busque la justicia en sentido no sólo formal, sino también material. Dicho principio busca *dar de manera óptima a todo principio constitucional lo que efectivamente le corresponda en cada caso particular;* pretende una lectura de la Constitución que no deshaga sus nudos gordianos con una burda estocada, sino con una incisión quirúrgica, bajo el postulado de buscar la máxima corrección de su resultado.[165]

Si la facilidad fuera el criterio definitivo para la aplicación judicial del derecho, hasta podría considerarse una manera que incluso reduce al máximo las dificultades de los operadores y la duración de los procesos: abandonar su decisión a la suerte.[166] Desde luego, hoy lo anterior es impensable; el tiempo de las ordalías ya pasó y se impone una concepción racional de la aplicación judicial del derecho. Además, esto es totalmente indeseable para la eficacia de la ley fundamental y el cumplimiento de sus funciones en un auténtico Estado constitucional democrático, en que los tribunales deben dar plena eficacia a todas las normas constitucionales, y en el que toda autoridad debe justificar sus actos.

2. Imprecisión e incertidumbre

El debate principal en torno a la proporcionalidad, y en especial a la ponderación, se refiere a su supuesta falta de racionalidad y a la posibilidad de que constituya un mero artilugio para embozar la arbitrariedad de los operadores jurídicos. Una formulación más elaborada de esta objeción trasciende a la práctica del examen de proporcionalidad: la impre-

[164] *Cfr.* Nieto (2000, p. 266) y "GARANTÍA PARA QUE SURTA EFECTOS LA SUSPENSIÓN. SI NO SE PUEDE MOTIVAR SU CUANTÍA", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXXIII, febrero de 2011, tesis I.4o.C.52 K, p. 2331.
[165] Véase Beuchot (2007, pp. 129 y 142-146).
[166] Véase Taruffo (2003, p. 30).

cisión que tiene lugar al efectuarse la ponderación y la incertidumbre que genera. Se trata de otra manera de expresar la objeción concerniente a que la ponderación se presenta como una operación de cálculo que "aspira a la ilusión de la precisión de las ciencias naturales, pero sin poderla alcanzar".[167] Me referiré a una manifestación muy específica de esta objeción que toca a la imprecisión y la incertidumbre que se dice existe al valorar los factores de la ponderación (intensidad de la intervención, peso abstracto del principio relativo y certeza de este menoscabo).

Es posible obtener una precisión aceptable al estimar los distintos factores de la ponderación. Mucho depende de utilizar una gradación suficientemente específica; Alexy ha propuesto una triádica (leve/medio/grave), pero sólo con fines meramente ilustrativos, pues ha aclarado que "con frecuencia" sería necesario usar una escala "más refinada" como una que posee hasta nueve niveles.[168] En mi experiencia, una escala con cinco grados es muy práctica en la mayoría de los casos, porque permite un razonamiento más preciso, pero no tan minucioso.

Es difícil lograr unanimidad en las estimaciones de los factores de la ponderación, pero sí es posible lograr un consenso dentro de ciertos márgenes a su respecto dentro de una determinada comunidad en la que se lleva a cabo, por la *intersubjetividad* que tiene lugar en su seno.[169] Ésta se trata esencialmente de una "subjetividad compartida", indicativa de un grado de probabilidad de alcanzar la "verdad objetiva", que se produce cuando un sujeto persuade a otros que piensan diferente de la verdad de sus afirmaciones; requiere una importante labor de argumentación contradictoria, apoyarse sobre unos elementos objetivos mínimos —pacíficamente aceptados[170]— que sirvan de base a la discusión, y condiciones para que este intercambio pueda realizarse.[171] Conforme a sus estándares contem-

[167] Véase Klatt y Meister (2017, pp. 45-47) (exponiendo y respondiendo esta impugnación).
[168] *Cfr* Alexy (2008, pp. 29 y 34).
[169] Véase Klatt (2019, pp. 165-166).
[170] Véase Sánchez Gil (2008, pp. 49-51).
[171] Véase Wellmer (1988, pp.259-260).

poráneos, el proceso es un instrumento ideal para lograr este consenso: la contradicción de las partes permite establecer la fuerza de los argumentos sobre los que habrá de decidirse, y la discusión entre los integrantes de tribunales colegiados refuerza la posibilidad de puntos de vista comunes, basados en razones que logran formar una mayoría a su alrededor.[172]

Así, por ejemplo, podría haber desacuerdo en si una pena de 10 años de prisión, como intervención en el derecho a la libertad personal, tiene una intensidad media o grave, y es posible que haya consenso a favor de una u otra opción; pero difícilmente alguien sostendrá que se trata de una pena leve. En cuanto al peso abstracto de la libertad personal, considerando que la Suprema Corte ha señalado que se trata "[d]el valor más importante después de la vida",[173] pocos reparos habrá para atribuirle una importancia inmediatamente inferior a la más alta de la escala, que correspondería al último derecho. Asimismo, es francamente impensable que haya quien no califique con el máximo grado la certeza con que dicha pena afectará la libertad personal. Como muestra lo anterior, puede haber un *ineluctable grado de subjetividad e incertidumbre* en la ponderación, pero quedarán acotadas por márgenes aceptables y no serán abandonadas al relativismo.

Debe recalcarse la mayúscula importancia del precedente judicial para el examen de proporcionalidad,[174] y la ponderación en particular, más allá del lugar común de la seguridad jurídica que aquella figura brinda.

En primer lugar, como mostró el ejemplo anterior, los precedentes pueden dar pautas muy relevantes para calificar los distintos aspectos de la

[172] Véase Limbach (2005, pp. 756-758).
[173] "AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. PUEDE PROMOVERSE EN CUALQUIER TIEMPO CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA POR LA QUE SE IMPONE UNA PENA DE PRISIÓN, NO OBSTANTE QUE ÉSTA HUBIERA SIDO COMPURGADA", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XVIII, marzo de 2013, t. 1, tesis 1a./J. 3/2013 (10a.), p. 477.
[174] Son varias las interacciones, con beneficios recíprocos, entre el precedente y la proporcionalidad. Véanse en general Bernal Pulido (2016, pp. 107-122) y Klatt (2019, pp. 176-178).

ponderación, y con ello la ponderación gana en *certeza y predictibilidad*. Esta función del precedente es particularmente importante para establecer el peso abstracto de los principios en juego, cuya determinación es interpretación constitucional pura, y para la cual los criterios judiciales que dan significado a la ley fundamental son elementos de obligada referencia.

En segundo lugar, el precedente judicial también favorece la certeza y la predictibilidad en el examen de proporcionalidad, pero ya no sólo para el caso particular, sino para el ordenamiento en general a través de la solución de casos futuros. Los resultados del examen de proporcionalidad en el caso actual, serán precedente de los posteriores, y determinarán su resultado en tanto no haya un cambio jurisprudencial justificado; así, el examen efectuado en éstos no será *ex nihilo,* sino que se apoyará en las precisiones que paulatinamente han elaborado los tribunales.[175] Una consecuencia previsible es que problemas novedosos o difíciles, que en un principio requirieron una compleja ponderación para su primera solución, pueden terminar siendo rutinarios mediante la repetición casi mecánica del análisis ya efectuado.[176]

Finalmente, es cierto que hay una medida de subjetividad e incertidumbre en la realización del examen de proporcionalidad, pero no es significativamente mayor que la de cualquier otra técnica jurídica. Como para toda aplicación jurídica, también para el principio de proporcionalidad —y quizá con mayor razón porque trata con las fronteras de los principios constitucionales— hay que abandonar la ilusión de una racionalidad que brinde certezas absolutas, y asumir una indefectible medida de incertidumbre que debe buscarse reducir, pero que jamás podrá ser totalmente suprimida. Sin embargo, ello no quiere decir que con él sea imposible obtener resultados cuya explicación los pueda hacer objetivamente aceptables para la comunidad jurídica y para la sociedad.[177]

---

[175] "CONFLICTOS…", *cit.,* nota 55.
[176] Véase por ejemplo Borowski (2003, p. 129).
[177] *Cfr. supra,* nota 163; y Morin (2005, pp. 11, 49-50, 93 y 98).

Negar la incertidumbre del derecho y la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional no las disminuirán; "al contrario […] su reconocimiento sirve para promover un lenguaje constitucional más preciso y riguroso" (Ferrajoli, 2006, p. 64). Por exigir mayor precisión en el razonamiento para operar con los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, precisamente lo último es una de las consecuencias del examen de proporcionalidad, herramienta que permite en el máximo grado posible que sea racional, transparente y controlada una aplicación jurídica que de otro modo quedaría plenamente al arbitrio de quien la realiza.

F. Reflexiones finales

El principio de proporcionalidad es una herramienta imprescindible para la aplicación exacta de los derechos fundamentales y su óptima eficacia. Soslayarlo en el juicio constitucional o considerarlo como un instrumento de carácter meramente optativo, eleva la probabilidad de no determinar correctamente los alcances de los derechos fundamentales, porque se carecería de un procedimiento que encauce el razonamiento y le establezca parámetros que permitan su transparencia y su control.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad sólo puede funcionar correctamente si sus conceptos se emplean con rigor, y si en cada caso particular estos se concretizan con argumentos sustantivos y pertinentes. La configuración del examen relativo no puede hacer nada en relación con estos dos problemas; toca a los operadores jurídicos conocer y dominar las exigencias de esta herramienta de aplicación jurídica, y hacerlo con la sutileza necesaria para darle el contenido que cada caso requiera. Sin duda, tiene un grado importante de dificultad, incrementado por las exigencias cotidianas de la impartición de justicia; es quimérica la imagen de un estudio sosegado de la aplicación de los derechos fundamentales, por el cual se piense a cabalidad cada aspecto de la misma, porque ni siquiera en un ambiente académico puede tener lugar con plenitud ideal.

Sin embargo, que su realización tenga muchas dificultades no es razón suficiente para descartar el examen de proporcionalidad o para negarle el lugar protagónico que tiene en la práctica constitucional. Ello supondría renunciar a la exigencia de dar a los derechos fundamentales *máxima eficacia,* y a la de pretender que se hallen *cabalmente justificadas* las limitaciones que les impongan las autoridades ordinarias que deben siempre ajustarse a lo que prescriben.

En México, la clave para superar estos obstáculos se halla en diversos esfuerzos que se deben realizar, sobre todo desde la academia en sus vertientes de formación profesional y de crítica —en el sentido más puro de la palabra— de las resoluciones judiciales. En primer lugar, es necesario sentar con suficiente *precisión y claridad* los pasos del examen de proporcionalidad, lo que logró de manera muy plausible la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el referido caso *Marihuana*. A continuación, se requiere una constante crítica a las resoluciones judiciales que aplican el examen de proporcionalidad, para mostrar tanto sus aciertos como sus errores. Con ambas acciones, se comprendería más el sentido del examen de proporcionalidad y se naturalizaría su empleo entre los operadores jurídicos, al grado de que en algún momento se logre satisfactoriamente su aplicación habitual y rutinaria al menos en sus aspectos elementales.

Fuentes

Alexy, R. (enero-junio de 2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* (11), p. 8. Disponible en http://bit.ly/2reSzMn.

_____ (2008). La fórmula del peso. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Trad. de Carlos Bernal Pulido. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en http://bit.ly/2c5bsKx.

_____ (2001). *Theorie der Grundrechte*. 4a ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.

_____ (2001). *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 4a ed. Fráncfort del Meno: Suhrkamp.

_____ (septiembre-diciembre de 2002). Epílogo a la "Teoría de los derechos fundamentales". Trad. de C. Bernal Pulido. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22(66), pp. 13-64. Disponible en http://bit.ly/2MkK1ve.

Alvez, A. (enero-junio de 2010). ¿"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, LX*(253), pp. 374-375 y 381.

Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Trad. de Doron Kalir. Nueva York: Cambridge University Press.

Bernal Pulido, C. (2016). El precedente y la ponderación. En A. Martínez Verástegui (Coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*. México: SCJN.

_____ (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2a ed. Madrid: CEPC.

Bernal Pulido, C., R. Camarena González y A. Martínez Verástegui (Coords.) (2018). *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: SCJN.

Beuchot, M. (2007). *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho.* San Luis Potosí: UASLP.

Böckenförde, E.-W. (28 de agosto de 1974). Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *Neue Juristische Wochenschrift,* año 27, 35, pp. 1529-1538.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Borowski, M. (2020). *Necessity and Balancing*. Manuscrito inédito.

Breyer, S. (2010). *Making our Democracy Work: A Judge's View*. Nueva York: Vintage Books. [Versión en español: (2017). *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*. Trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. México, Fondo de Cultura Económica.]

Carbonell, M. (2006). *Los derechos fundamentales en México*. 2a ed., México, Porrúa/UNAM/CNDH.

Carbonell, M., H. Fix-Fierro, D. Valadés y L. R. González Pérez (Coords.) (2015), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 2. México: UNAM.

Cárdenas Gracia, J. (enero-abril de 2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVII, 139, p. 73.

_____ (2005). *La argumentación como derecho*. México: UNAM.

Cossío Díaz, J. R. (julio-diciembre de 2006). La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* 15, pp. 320-330.

Díez Gargari, R. (enero-junio de 2012). Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* 26, pp. 83 y 92.

Engisch, K. (2010). *Einführung in das juristische Denken*. 11a ed. actualizada por T. Würtemberger y Dick Otto. Stuttgart: Kohlhammer.

Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2006). *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*. México: TEPJF.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. de A. Greppi. Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E., y C. M. Pelayo Möller (2014). Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos. En C. Steiner y P. Uribe (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: SCJN/Fundación Konrad Adenauer. Disponible en http://bit.ly/2YodKuc.

García de Enterría, E. (2016). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Navarra: Civitas/Thomson Reuters.

Gómez Lara, C. (2004). *Teoría general del proceso.* 10a ed. México: Oxford University Press.

González Maldonado, M. A. (2011). *La proporcionalidad como estructura argumentativa de la ponderación: un análisis crítico*. México: Novum.

Grande Yáñez, M. (2018). *Filosofía del derecho hermenéutica*. Madrid: Tecnos.

Guastini, R (2001). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. Trad. de P. A. Ibáñez. En *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.

_____ (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milán: Giuffrè.

Hartwig, M. (2010). La "proporcionalidad" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un "ius constitutionale commune" en América Latina?,* t. I. México: UNAM/Instituto Max Planck/IIDC.

Hesse, K. (1999). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20a. ed. Heidelberg: C.F. Müller.

Ibarra Olguín, F. D. (2018). *El uso de los niveles de escrutinio: su inconveniencia para el test de proporcionalidad* (tesina de licenciatura). México: CIDE. Disponible en http://bit.ly/2Bw43Rj.

Klatt, M. (2019). Proportionality and Justification. En E. Herlin-Karnell et al. (Eds.), *Constitutionalism Justified. Rainer Forster in Discourse*. Nueva York: Oxford University Press.

Klatt, M., y M. Meister (marzo de 2014). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus. *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Referendariat,* año 54(3), pp. 194-195.

_____ (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Trad. de R. Sánchez Gil. México: UNAM/Senado de la República/UADY.

Klatt, M. y J. Schmidt (2010). *Spielräume im öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*. Tubinga: Mohr Siebeck.

Lara Chagoyán, R. (enero-junio de 2007). El principio de universalidad en el razonamiento jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 247, pp. 221-247. Disponible en http://bit.ly/2yQX2Uh.

Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. 2a ed. Trad. de M. Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel.

Limbach, J. (2005). La interpretación de la Constitución. Trad. de R. Sánchez Gil. En E. Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), *Interpretación constitucional*. T. II. México: Porrúa/UNAM.

Luzzati, C. (1999). *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Milán: Giuffrè.

Meister, M. (2011). *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlín: Duncker & Humblot.

Michael, L. y M. Morlok (2012). *Grundrechte*. 3a ed. Baden-Baden: Nomos.

Morin, E. (2005). *Introduction à la pensée complexe*. París: Seuil.

Nieto, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

Nieva Fenoll, J., J. Ferrer Beltrán y L. J. Giannini (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Pieroth, B., B. Schlink, T. Kingreen y R. Poscher (2014). *Grundrechte. Staatsrecht II*. 30a ed. Heidelberg: C. F. Müller.

Preciado D., y C. Hugo (2016). *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*. Navarra: Aranzadi/Thomson Reuters.

Prieto Sanchís, L. (2003). El juicio de ponderación constitucional. En F. J. Laporta (Dir.), *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Ministerio de la Presidencia/CEPC.

_____ (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

Recaséns Siches, L. (1999). *Tratado general de filosofía del derecho*. 14a ed. México: Porrúa.

Rivers, J. (2014). The Presumption of Proportionality. *The Modern Law Review, 77*, p. 432.

Sánchez Gil, R. A. (2008). *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (tesis de doctorado). México: UNAM. Disponible en http://bit.ly/1jeqGWK.

_____ (2009). La intensidad del control constitucional sobre el legislador. En E. Ferrer Mac-Gregor y C. de J. Molina Suárez (Coords.), *El juez constitucional en el siglo* XXI. T. II. México: UNAM/SCJN. Disponible en http://bit.ly/1iOXeWs.

_____ (julio-diciembre de 2009). Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (21), pp. 481-485.

_____ (2014). Suspensión ponderativa. En E. Ferrer Mac-Gregor, F. Martínez Ramírez y G. A. Figueroa Mejía (Coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. 2a ed. México: UNAM. Disponible en http://bit.ly/1uzKJa8.

_____ (2007). *El principio de proporcionalidad*. México: UNAM.

SCJN (s. f.). Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 319, p. 3992.

_____ (abril de 2016).Violaciones procesales. El artículo 174 de la Ley de Amparo, al establecer que el quejoso debe precisar la forma en que trascendieron en su perjuicio al resultado del fallo, no

transgrede el principio de progresividad de los derechos humanos, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 29, t. II, tesis 2a X/2016 (10a), p. 1371.

_____ (agosto de 2011). Conflictos que involucran derechos fundamentales. Su resolución jurídica, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXIV, tesis P. XII/2011, p. 23.

_____ (agosto de 2014). Expropiación. La causa de utilidad pública y la indemnización relativa son garantías de protección del derecho de propiedad (interpretación de los artículos 27, párrafo segundo[,] de la Constitución federal y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 9, t. I, tesis 1a CCLXXXVIII/2014 (10a), p. 529.

_____ (diciembre de 2011). 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, tesis P. LXV/2011 (9a), p. 556.

_____ (diciembre de 2015). Constitucionalidad de distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa. Forma en que debe aplicarse el test de escrutinio estricto, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 25, t. I, tesis 1a/J. 87/2015 (10a), p. 109.

_____ (diciembre de 2016). Renta. El artículo 28, fracción XXX, de la ley del impuesto relativo, vigente a partir del 1 de enero de 2014, al limitar la deducción de las erogaciones que a su vez constituyan ingresos exentos para los trabajadores, no transgrede el principio de proporcionalidad tributaria, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 37, t. I, p. 684.

_____ (enero de 2011). Normas constitucionales. Por regla general requieren de regulación a través de leyes secundarias, sin que el legislador pueda apartarse del espíritu de aquéllas, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, lib. XXXIII, tesis 2a CXXIX/2010, p. 1474.

_____ (enero de 2020). Derecho a la información. La relación con sus límites constitucionales no debe plantearse en términos absolutos, Pleno, *idem,* 10a época, lib. 74, , tomo I, tesis P. II/2019 (10a.), p. 561.

_____ (febrero de 2011). Garantía para que surta efectos la suspensión. Si no se puede motivar su cuantía, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a época, t. XXXIII, tesis I.4o.C.52 K, p. 2331.

_____ (febrero de 2018). Principio de mayor beneficio frente a formalismos procedimentales y soluciones de fondo de los conflictos. Éstas deben privilegiarse frente a aquéllos, siempre que no se afecte la igualdad de las partes, el debido proceso u otros derechos, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 51, t. III, tesis (IV Región)2o.13 K (10a), p. 1524.

_____ (febrero de 2018). Test de proporcionalidad de las leyes fiscales. La intensidad de su control constitucional y su aplicación, requieren de un mínimo de justificación de los elementos que lo conforman, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 51, t. I, tesis 2a/J. 11/2018 (10a), p. 510.

_____ (febrero de 2019). Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 63, t. I, tesis 1a/J. 7/2019 (10a.), p. 495.

_____ (febrero de 2019). Test de proporcionalidad. Al igual que la interpretación conforme y el escrutinio judicial, constituye tan sólo una herramienta interpretativa y argumentativa más que el juzgador puede emplear para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a época, lib. 63, t. I, p. 838.

_____ (julio a diciembre de 1990). Libertad de trabajo. La garantía del artículo 5o. constitucional no impide al Presidente de la República reglamentar las leyes del Congreso de la Unión sobre esta materia, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* 8a época, t. VI, primera parte, p. 227.

_____ (julio de 2018). Interpretación conforme. Su naturaleza dual en el sistema jurídico mexicano, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 56, t. II, tesis I.1o.A.E.78 K (10a.), p. 1503.

_____ (junio de 2004). Interpretación de la ley. Si su texto es oscuro o incompleto y no basta el examen gramatical, el juzgador podrá utilizar el método que conforme a su criterio sea el más adecuado para resolver el caso concreto, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XIX, tesis 1a. LXXII/2004, p. 234.

_____ (junio de 2013). Derechos humanos. Los tratados internacionales vinculados con éstos son de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XXI, t. 1, tesis 1a. CXCVI/2013 (10a.), p. 602.

_____ (junio de 2015). Principio pro persona. Su aplicación no justifica que en la tutela de un derecho fundamental se vulneren

otros, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 19, t. III, tesis I.5o.C.9 K (10a.), p. 2363.

_____ (marzo de 2013). Amparo directo en materia penal. Puede promoverse en cualquier tiempo contra la sentencia condenatoria por la que se impone una pena de prisión, no obstante que ésta hubiera sido compurgada", Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 10a. época, lib. XVIII, t. 1, tesis 1a./J. 3/2013 (10a.), p. 477.

_____ (mayo de 2007). Conceptos de violación. Para que se analicen es innecesario que se mencione el nombre del principio constitucional que se estima violado, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXV, tesis 2a. XXXVI/2007, p. 1183.

_____ (mayo de 2017). Progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de aquel principio, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 42, t. I, tesis 2a./J. 41/2017 (10a.), p. 634.

_____ (noviembre de 2008). Contradicción de tesis. Selección de la interpretación legal más conforme con la Constitución, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXVIII, tesis 1a. LXX/2008, p. 215.

_____ (noviembre de 2014). Carga de la prueba. Su distribución a partir de los principios lógico y ontológico, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 12, t. I, tesis 1a. CCCXCVI/2014 (10a.), p. 706.

_____ (noviembre de 2016). Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Brinda protección a un área residual de libertad que

no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 36, t. II, tesis 1a. CCLXII/2016 (10a.), p. 896.

_____ (noviembre de 2016). Test de proporcionalidad. Metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* 10a. época, lib. 36, t. II, p. 915.

_____ (octubre de 2012). Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares, Primera Sala, *idem,* 10a. época, lib. XIII, t. 2, tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), p. 798.

_____ (s. f.). Análisis constitucional. Su intensidad a la luz de los principios democrático y de división de poderes", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. II, tesis 319, p. 3992.

_____ (s. f.). Causa de pedir en los conceptos de violación. Alcances de la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Apéndice 1917-2000, tomo VI, materia común, tesis 109, página 86)", *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 2377, p. 2774.

_____ (s. f.). Conceptos de violación. Para que se estudien, basta con expresar claramente en la demanda de garantías la causa de pedir, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 1341, p. 1503.

_____ (s. f.). Congruencia y exhaustividad en sentencias dictadas en amparo contra leyes. Alcance de estos principios, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. II, tesis 322, p. 3997.

_____ (s. f.). Fundamentación y motivación, garantía de, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995,* t. VI, tesis 264, p. 178.

_____ (s. f.). Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 442, p. 1491.

_____ (s. f.). 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.

_____ (s. f.). Igualdad. casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas (interpretación del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)", Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 10, p. 827.

_____ (s. f.). Principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011,* t. I, tesis 358, p. 1363.

_____ (septiembre de 2010). Principio de igualdad. Interpretación constitucional para determinar si en un caso procede aplicar escrutinio intenso por estar involucrados derechos fundamentales, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* 9a. época, t. XXXII, tesis 1a. CIII/2010, pp. 183-185.

Silva García, F. (2012). *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*. México: Porrúa.

Taruffo, M. (2003). *Cinco lecciones mexicanas: Memoria del Taller de Derecho Procesal*. México: TEPJF. Disponible en http://bit.ly/2I9Q44M.

Tribe, L. H. (2008). *The Invisible Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.

Villaseñor Goyzueta, C. A. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México: Porrúa/Escuela Libre de Derecho/Universidad Complutense de Madrid.

Wahrig, G., y R. Wahrig-Burfeind (Eds.) (1997). *Wörterbuch der deutschen Sprache*. Múnich: DTV.

Wank, R. (2001). *Die Auslegung von Gesetzen*. 2a. ed. Colonia: Carl Heymann.

Wellmer, A. (1988). Intersubjetividad y razón. Trad. de S. Saab. En L. Olivé (Comp.), *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología,* pp. 259-260. México: Siglo XXI Editores/ UNAM.

Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law*. Ed. de Z. Bańkowski y N. MacCormick. Dordrecht: Kluwer.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5a. ed. Trad. de M. Gascón. Madrid: Trotta.

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.