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.

La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Frida Daniela Ibarra Olguín

Sumario: A. Introducción; B. La importancia de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad; C. Los aspectos teóricos relacionados con el subprincipio de finalidad legítima; D. El análisis del subprincipio de finalidad legítima realizado por la SCJN; E. Conclusiones.

A. Introducción

El test de proporcionalidad es una herramienta metodológica de interpretación que tiene sus orígenes en Alemania y que ha sido incorporada y adaptada en distintos tribunales constitucionales alrededor del mundo. La misma es utilizada para resolver conflictos entre principios contando con cuatro gradas (finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Aunque algunos ordenamientos jurídicos han optado por visiones más flexibles, lo cierto es que esta perspectiva estructurada detenta un carácter más pedagógico y exige un mayor esfuerzo argumentativo por parte de los juzgadores.

En México el test de proporcionalidad se ha incorporado en la práctica constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y, desde entonces, se ha convertido en un tema de interés por parte de los estudiosos de derecho constitucional en nuestro país. No obstante, todavía no existe consenso sobre la manera correcta de usar esta herramienta.

Incluso el máximo tribunal constitucional ha aplicado el test de proporcionalidad de manera discrecional; en algunas ocasiones, confundiendo la estructura del test y, en otras, mezclando el contenido de los subprincipios que lo integran. Tampoco existe una postura uniforme sobre el carácter que debe detentar la aplicación del test de proporcionalidad entre la doctrina y las autoridades jurisdiccionales, es decir, si se trata de un instrumento de carácter obligatorio o, más bien, si posee un carácter optativo —destacando, recientemente, la publicación de la jurisprudencia 2a./J. 10/2019—.

Por otra parte, en nuestro país las investigaciones sobre el test de proporcionalidad se han enfocado en el carácter teórico y práctico del mismo en sentido amplio, sin concentrarse en los desafíos que reviste un determinado subprincipio del test de proporcionalidad. De esta manera, y con el propósito de explorar este último pendiente, el presente trabajo busca enfocarse exclusivamente en la finalidad como grada del test de proporcionalidad y tiene la intención de abordar tres aspectos: *1)* la importancia de esta grada, *2)* los aspectos teóricos relacionados con la identificación del fin y la determinación de su carácter legítimo y *3)* el análisis del subprincipio de finalidad realizado por la SCJN.

Para lograr este objetivo, en primer lugar, se presentan algunos aspectos teóricos necesarios para comprender la importancia de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad. En segundo lugar, se abordarán los principales desafíos que representa la tarea de determinación de la finalidad legítima de las medidas estatales sujetas a control constitucional por medio del test de proporcionalidad. En tercer lugar, por medio de un acercamiento práctico se analizará la forma en que la SCJN ha venido determinando este subprincipio mediante el estudio de cinco sentencias de nuestro Máximo Tribunal constitucional. Finalmente, se presentarán las conclusiones a partir de los resultados de la investigación realizada en este trabajo.

B. La importancia de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad

En este apartado se busca responder a la interrogante cuál es la justificación de la determinación de la finalidad legítima de una medida sujeta a control constitucional bajo el test de proporcionalidad. Para empezar a profundizar sobre la importancia de esta exigencia del subprincipio del fin legítimo primero se tratará la cuestión sobre si el subprincipio de finalidad debe ser un principio aparte o si debe encontrarse dentro de la grada de idoneidad. Posteriormente, se abordará el porqué de la exigencia de identificar el fin y su legitimidad a través de su relación con el mandato de optimización de los derechos fundamentales y su carácter relativo. Por último, se expondrá la importancia de esta grada para los demás subprincipios que componen el test de proporcionalidad.

Tradicionalmente —en su formulación alemana— el test de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto,* concibiendo la identificación del fin legítimo como un aspecto que forma parte del subprincipio de idoneidad de la medida (Sánchez Gil, 2017). De este modo, la postura alemana sostiene que en la idoneidad se requiere identificar dos cuestiones: *1)* que la medida persiga un fin constitucionalmente legítimo; y *2)* que dicha medida logre "en algún grado" fomentar su obtención. No obstante, otros autores sostienen que conciben la finalidad como un subprincipio independiente de la grada de idoneidad y que ésta requiere dos cuestiones: *1)* la identificación del fin y *2)* la determinación de su carácter legítimo (Barak, 2017).

Ahora bien, es necesario hacer hincapié en que la finalidad legítima (la identificación del fin y de su carácter) es un paso forzoso en el análisis de constitucionalidad de la medida bajo un test de proporcionalidad y no un aspecto que pueda ser considerado "ajeno" o "externo" a este instrumento metodológico de interpretación; toda vez que, "[s]i, al intervenir en un derecho, el legislador no persigue ningún fin, o persigue un fin constitu-

cionalmente ilegítimo o irrelevante, la ley deberá ser declarada inconstitucional por carecer de razonabilidad, o dicho con una terminología equivalente, por ser arbitraria" (Bernal Pulido, 2005: 418).

Por otra parte, la determinación del fin y su carácter legítimo es un paso indispensable en el análisis de toda medida sujeta a control constitucional bajo el test de proporcionalidad, más allá de si la exigencia de determinar la legitimidad del fin se encuentra dentro del subprincipio de idoneidad o como una grada aparte, toda vez que este último aspecto no cambia la manera en la que operan los subprincipios del test de proporcionalidad (Sánchez Gil, 2017). Sin embargo, no se debe negar la enorme utilidad pedagógica y argumentativa que conlleva el considerar la finalidad legítima como una grada concreta del test de proporcionalidad, fuera del subprincipio de idoneidad, considerando que este último paso más bien se caracteriza por la exigencia de determinar el grado en que los medios seleccionados por el legislador fomentan el fin perseguido por éste.

Expuesto lo ineludible que resulta el determinar el fin legítimo para el test de proporcionalidad, ahora se abundará en la razón de ser de dicha exigencia, abordando el mandato de optimización de los derechos fundamentales y su carácter relativo, así como la importancia de esta grada para los demás subprincipios que componen el test de proporcionalidad.

Para empezar, en una democracia constitucional no es suficiente que exista una autorización jurídica para intervenir en los derechos fundamentales, sino que además se exige un componente de legitimidad (Barak, 2017). Sin duda, la exigencia de que los fines sean legítimos refleja una "fuerte carga axiológica" (Barak, 2017: 277), según la cual no toda restricción puede ser considerada constitucionalmente válida para restringir un derecho fundamental. Por este motivo, como primer paso, el test de proporcionalidad exige la identificación del fin legítimo, lo cual, a su vez, requiere determinar los fines que persigue la medida estatal y si tales o cuales fines pueden ser considerados legítimos.

Por un lado, la importancia de la finalidad legítima como parte del test de proporcionalidad deviene de la exigencia de dotar de máxima efectividad a los derechos fundamentales en relación con la teoría de los principios de Robert Alexy, que exige que éstos sean realizados con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas (Cárdenas Gracia, 2014). En consecuencia, los derechos fundamentales no pueden ser menoscabados, a menos de que "se trate de una medida estrictamente imprescindible para realizar un propósito legítimo" (Sánchez Gil, 2017: XVIII).

Por otro lado, el examen de la finalidad de la medida parte del presupuesto de que existe una restricción a un derecho fundamental, toda vez que, aunque los derechos fundamentales deben ser protegidos en su máxima expresión, los mismos no son "absolutos", sino que gozan de relatividad y, por ende, pueden estar sujetos a restricciones.

En este orden, el objetivo del test de proporcionalidad consiste en identificar cuáles restricciones a los derechos humanos son constitucionalmente válidas y cuáles no. "En lo que concierne al componente del fin adecuado, la diferencia radica en la determinación de cuáles escenarios jurídicos deben ser incluidos dentro de los 'fines adecuados' que puedan justificar la restricción a un derecho humano" (Barak, 2017: 282).

Sumando los dos aspectos, el componente de fin legítimo tiene su razón de ser en la medida en que los derechos fundamentales pueden ser intervenidos ante su carácter relativo, pero no toda intervención sobre éstos puede ser considerada constitucionalmente válida a raíz de su mandato de optimización. Las intervenciones arbitrarias o irracionales a un derecho fundamental no encuentran cabida en una democracia constitucional. De ahí la importancia de determinar qué fin puede ser considerado legítimo en términos de autorizar una intervención a un derecho fundamental.

Otro aspecto a considerar sobre la importancia de la grada de finalidad es la relevancia que dicho subprincipio reviste en las demás gradas que

integran el test de proporcionalidad. Resulta imperativo identificar con precisión el fin que persigue la medida sujeta a control constitucional, pues éste define "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" (Sánchez Gil, 2017: XXIII).

En efecto, en todos los demás componentes que integran el test de proporcionalidad, la determinación del fin que persigue la medida será un aspecto fundamental para realizar el control constitucional de la misma; especialmente para la grada de idoneidad, pues sólo bajo el establecimiento del fin y la determinación sobre su legitimidad podrá examinarse si la medida legislativa resulta idónea para contribuir a fomentar tal fin. Esto es así, pues el análisis de idoneidad es un estudio de la relación medio-fin. "Sin fin el medio no puede ser escogido y, a su vez, sin fin, no se puede comprobar con posterioridad si el medio es adecuado para su fomento" (Clérico, 2010: 46).

Asimismo, la finalidad continúa siendo un componente ineludible para el análisis que exigen las demás gradas del test de proporcionalidad. Por tanto, en la necesidad se debe determinar si existen otras medidas alternativas que sean igual o más idóneas para alcanzar *dicho fin,* pero menos restrictivas del derecho fundamental, y en la grada de proporcionalidad en sentido estricto se debe identificar *el nivel de realización del fin* en comparación con el nivel de afectación del derecho fundamental.

C. Los aspectos teóricos relacionados con el subprincipio de finalidad legítima

Expuesta la justificación de la exigencia de determinar si la medida sujeta a control constitucional persigue una finalidad legítima, es necesario explorar algunos aspectos teóricos relacionados con esta tarea, para la cual los dividimos en dos: *A)* la identificación de los fines que persigue el legislador y *B)* la determinación del carácter legítimo del fin.

A) La identificación de los fines que persigue la medida legislativa

Ante la necesidad de identificar los fines que busca la medida impugnada, es necesario, por un lado, considerar la existencia de cláusulas restrictivas (generales y específicas) como herramientas que pueden servir como parámetro de identificación de los fines y, por otro lado, tomar en cuenta el caso especial de los fines implícitos. Ahora bien, dado que la identificación del fin exige hacer uso de la interpretación, se hará hincapié en este aspecto y, por último, se abordará el tema de la identificación de los fines mediatos e inmediatos.

Categorías de los fines

Los fines deben necesariamente estar fundamentados en un principio constitucional, ya sea de manera explícita o implícita.

En este orden, los fines explícitos pueden encontrarse en cláusulas restrictivas generales o en cláusulas restrictivas específicas indicadas en el texto constitucional. Respecto al primer caso, las cláusulas generales que contienen fines explícitos permiten identificar cuáles fines pueden ser considerados legítimos para intervenir sobre un derecho fundamental (determinación positiva) y, a su vez, permiten identificar cuáles no podrán ser considerados legítimos (determinación negativa). En este caso, Aharon Barak utiliza como ejemplo el numeral 1 de la Constitución de Polonia de 1997 que prevé una cláusula de esta naturaleza al contener una lista de fines considerados constitucionalmente válidos (Barak, 2017).

No obstante, en México, la cláusula general restrictiva prevista en el artículo 1o. constitucional no contempla una lista de fines que puedan ser considerados como válidos para intervenir sobre los derechos fundamentales (Barreto Nova, 2019).

Ahora bien, sobre el segundo supuesto, las cláusulas restrictivas específicas también son útiles para la determinación positiva y negativa de los

fines, pues contienen aquellas categorías y subcategorías que podrían justificar la intervención a un derecho fundamental concreto. Lo anterior en la medida en que "[…] la posición predominante con respecto a estas disposiciones es que la lista de fines expresos tiene carácter taxativo y, por lo tanto, no se debe deducir fines implícitos o sumar otros a la lista" (Barak, 2017: 294).

Un ejemplo de este tipo de cláusulas se encuentra en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos. En la Constitución mexicana una cláusula restrictiva específica se encuentra en el artículo 6o., el cual contempla el derecho a la libertad de expresión y establece que "la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público […]".

Ahora bien, respecto a los fines implícitos, "donde la constitución no contempla disposiciones específicas respecto a las categorías de los fines adecuados" (Barak, 2017: 294), no deben entenderse como una prohibición a la intervención de un derecho en razón de que el mismo sea absoluto, sino que, bajo la premisa del carácter relativo de los mismos, los fines que no se encuentran expresos tienen que ser derivados "[…] de manera implícita del texto constitucional y, de manera particular, de las disposiciones relativas a la naturaleza democrática del derecho" (Barak, 2017: 294). De esta manera, se asegura la exigencia de que los fines implícitos también se encuentren fundamentados en los principios constitucionales.

La tarea interpretativa que exige la determinación del fin

Si bien la existencia de cláusulas restrictivas generales y específicas previstas en la Constitución puede dar la pauta para la identificación del fin, lo cierto es que, en ocasiones, no resulta evidente cuáles son los fines

que subyacen a la medida legislativa sujeta al control constitucional. En este sentido, si los fines resultan imprecisos o han sido formulados de forma ambigua, vaga u oculta, es la función del juzgador hacer uso de la interpretación para detectar dichos fines de acuerdo al contexto de las medidas bajo los cuales fueron definidos (Clérico, 2010). Por lo cual, se afirma que "[l]a determinación del fin es una tarea interpretativa" (Bernal Pulido, 2007: 719).

Al respecto, existen muy diversos enfoques de interpretación que van desde la interpretación textual o gramatical, la sistemática, la originaria, la histórica y la teleológica, entre otras.

Dentro de los enfoques de interpretación teolológica, está la teleológica-objetiva, la cual puede servir para determinar el significado del fin a partir de las disposiciones y el preámbulo de la ley impugnada, y la interpretación teleológica-subjetiva, la cual puede ayudar a determinar el significado del fin con base en la exposición de motivos y de los trabajos parlamentarios que dieron como resultado la promulgación de la misma (Bernal Pulido, 2007).

Si bien este trabajo no pretende abundar en la discusión sobre los métodos de interpretación, lo cierto es que sí se puede concluir que, frente a varias interpretaciones plausibles sobre el significado del fin, se debe preferir aquella que sea compatible con la ley fundamental (Barak, 2017). Además, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido por Aharon Barak, en el método teleológico de interpretación en ocasiones es conveniente atender al fin objetivo de la ley que restringe un derecho fundamental, al momento de la interpretación, toda vez que la "interpretación es dinámica" (Barak, 2017: 321).

La determinación de los fines mediatos e inmediatos

Hasta este punto, cuando se ha hablado de fin se ha hecho referencia al fin mediato, es decir, aquél que encuentra su fundamento de manera

expresa o implícita en un principio constitucional. No obstante, la doctrina ha considerado necesario distinguir entre los fines mediatos e inmediatos, pues los mismos juegan una importancia fundamental en los exámenes de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Además, con esta distinción se pretende lograr una mayor claridad argumentativa gracias a la determinación precisa de los fines y a un mayor control racional sobre los mismos (Bernal Pulido, 2005).

En este sentido, mientras el fin mediato se refiere al fin ordenado por un principio constitucional y se encuentra en el mundo del "deber ser", el fin inmediato se define como "un estado de cosas fáctico o jurídico, que debe alcanzarse, en razón de estar ordenado por un principio constitucional" (Bernal Pulido, 2007: 719) y pertenece al mundo del "ser".

Por este motivo, en el examen de idoneidad, el fin inmediato (hecho) es el que tiene relevancia, toda vez que esta grada requiere la existencia de un nexo empírico entre dos hechos: la medida impugnada y el fin inmediato. Por su parte, el fin mediato (norma) es el que figura en la grada de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que la misma requiere comparar dos objetos normativos: el derecho fundamental y el fin mediato (Bernal Pulido, 2005). Esto puede ser demostrado de la siguiente forma:

Grada de idoneidad (hecho)
- Nexo empírico entre el medio legislativo y el fin inmediato (hecho)

Grada de proporcionalidad en sentido estricto (norma)
- Nexo normativo entre el derecho fundamental y fin mediato (norma)

De ahí la importancia que diversos autores han atribuido al papel que juega la determinación del fin inmediato en el análisis de idoneidad de la medida. De acuerdo a esta distinción, en el subprincipio de finalidad no sólo se busca identificar el fin mediato y su legitimidad, sino que también es necesaria la identificación del fin inmediato, el cual deberá circunscribirse de manera interpretativa al primero (Bernal Pulido, 2007).

En este orden de ideas, el fin inmediato debe posibilitar la realización del examen de idoneidad ("adecuación técnica" en términos de L. Clérico), es decir, permitir, *a posteriori,* el análisis de la adecuación del medio seleccionado por el legislador para la consecución del fin (Clérico, 2010).

Por consiguiente, para la identificación del fin inmediato que persigue la medida sujeta a control constitucional es necesario considerar el estado inicial (la situación de partida), el estado final (la situación que se busca alcanzar) y el estado de llegada (la situación que de hecho se alcanzó) en el fomento del principio constitucional frente a la situación que se busca alcanzar (Clérico, 2010). También es necesario considerar que el paso de la situación actual al punto que se desea alcanzar debe ser posible jurídica y fácticamente (Bernal Pulido, 2007).

Otro aspecto a tomar en cuenta es que el fin legislativo inmediato debe revestir la mayor concreción posible de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas del caso concreto: "tanto más preciso el fin estatal perseguido, tanto más fácil resulta *a posteriori* la comprobación de si el medio promueve el fomento del fin" (Clérico, 2010: 48).

Lo anterior es así puesto que, cuanto más general sea el fin inmediato, más medidas legislativas podrán parecer tener la idoneidad necesaria para alcanzar dicho fin y menor será el control racional y la precisión con que el juzgador podrá realizar el examen sobre la adecuación del medio al fin inmediato respectivo, "corriendo el riesgo de abandonar la argumentación jurídica certera y allanarse al intuicionismo" (Bernal Pulido, 2007: 721).

B) La determinación del carácter legítimo de los fines que persigue el legislador

Una vez que se expusieron las problemáticas y los criterios relacionados con la identificación del fin o fines que persigue la medida legislativa, es necesario abordar aquellos relacionados con la determinación del carácter legítimo del fin perseguido por la medida en cuestión. Para ello, primero

se expondrá si los fines que podemos considerar constitucionalmente válidos se deben restringir a aquellos que estén expresos en la Constitución o aquellos que no estén prohibidos por la misma; enseguida se hará una breve mención de los fines que pueden ser considerados legítimos y finalmente se abordará el problema sobre el "test subjetivo" o el "test objetivo" para la determinación de la validez constitucional del fin.

Todo lo establecido en la ley fundamental o todo lo no abiertamente prohibido por la misma

Existen al menos dos posturas respecto a la cuestión de cuáles fines pueden ser considerados legítimos para restringir un derecho fundamental. La primera, señala como fines aquellos que no se encuentren constitucionalmente prohibidos y la segunda, sostiene que sólo pueden ser considerados legítimos aquellos fines que estén avalados por la ley fundamental, como en el caso de Alemania (Sánchez Gil, 2017). No obstante, como bien sostiene Rubén Sánchez Gil, "[e]sta oposición es sólo aparente" (Sánchez Gil, 2017: XXII). Una interpretación amplia de las disposiciones fundamentales permite que los fines puedan encontrar cabida en el orden constitucional, mientras que aquellos fines que son concebidos como ilegítimos sean excepcionales. En este sentido, resulta razonable considerar que un fin podrá ser considerado "legítimo" siempre y cuando no haya una prohibición clara por parte de la ley fundamental, pero en todo caso el requerimiento del fin adecuado exige que se fundamente en un principio constitucional (Sánchez Gil, 2017).

Esto se encuentra relacionado con el principio democrático y "el principio de libertad de fines del legislador" (Bernal Pulido, 2007: 698). Dicho principio implica que cualquier fin elegido por el mismo es legítimo siempre y cuando no se encuentre prohibido por la ley fundamental.

A su vez, este criterio sobre la legitimidad de los fines seleccionados por el legislador deriva de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo que significa que se presume que las leyes emitidas por el legislador

persiguen un fin constitucionalmente válido, mientras no se demuestre lo contrario —es decir, en tanto no se demuestre que dicho fin seleccionado por el legislador se encuentra abiertamente prohibido por la ley fundamental— (Bernal Pulido, 2007).

Prohibiciones explícitas e implícitas y su carácter *prima facie* o definitivo

En este punto, es necesario exponer que las prohibiciones constitucionales pueden ser expresas o implícitas y, a la vez, las mismas pueden tener carácter definitivo o un carácter *prima facie*.

Sobre las prohibiciones expresas o implícitas, las primeras se encuentran de manera evidente en el texto constitucional, mientras que las segundas tienen que ser deducidas mediante un ejercicio interpretativo (Bernal Pulido, 2007: 698). Tratándose del segundo aspecto, no resulta necesario detonar el examen de proporcionalidad cuando se está frente a prohibiciones definitivas, ya que sobre las mismas "no es necesario realizar una ponderación para determinar su prohibición" (Clérico, 2010: 45). Dentro de este tipo de prohibiciones podemos encontrar la establecida en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que prohíbe la pena de muerte y la tortura, o bien, la establecida en el artículo 1o. de la ley fundamental respecto a la prohibición de la esclavitud.

No obstante, en presencia de prohibiciones *prima facie* existen "[…] razones que hablan a favor de su validez definitiva, pero que no valen aun en forma definitiva, sino recién como resultado de ponderaciones" (Clérico, 2010: 46). En este sentido, en este último caso es necesario ponderar la prohibición *prima facie* con otros principios constitucionales a fin de resolver cual debe prevalecer; es decir, debe determinarse si la prohibición *prima facie* se convierte en una prohibición definitiva o si, por el contrario, puede dar lugar a una no-prohibición definitiva del fin perseguido por el legislador (Bernal Pulido, 2007).

Sobre este punto, se ha desatado una discusión teórica sobre si ante la presencia de una prohibición *prima facie: 1)* debe realizarse una ponderación *ad hoc* previa a los demás subprincipios del test de proporcionalidad, entre dicha prohibición y los principios constitucionales a favor de que el fin sea considerado como legítimo; *2)* debe simplemente concluirse que el fin es ilegítimo; o *3)* si debe aplicarse la presunción de legitimidad del fin, considerándolo *prima facie* legítimo hasta que el mismo sea ponderado con la prohibición *prima facie* dentro del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Bernal Pulido, 2007).

Respecto de esta problemática, la tercera postura parece ser la más conveniente. En efecto, para el paso de una prohibición *prima facie* a una prohibición definitiva es necesaria la ponderación a fin de resolver la colisión de principios que se presenta y no puede, sin más, operar una simple declaración automática de la ilegitimidad del fin. Sin embargo, la existencia de una ponderación *ad hoc* por encima de los demás subprincipios del test de proporcionalidad resulta superflua, ya que estos aspectos se analizan en el propio juicio de proporcionalidad en sentido estricto (Bernal Pulido, 2007).

Hasta este punto, podemos establecer un par de conclusiones:

1) El fin de la medida sujeta a control constitucional sólo puede ser considerado ilegítimo si se encuentra prohibido de manera implícita o expresa por la Constitución en sentido definitivo.

2) Cuando el fin se encuentre prohibido *prima facie* opera la presunción de constitucionalidad de la ley y el fin debe ser considerado *prima facie* legítimo hasta que se determine su verdadero carácter en la ponderación realizada en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Tipos de fines

Dentro de los fines que pueden ser considerados legítimos en una democracia constitucional se encuentra una cantidad amplia, dada la regla de que

todo fin es en principio legítimo mientras no se encuentre prohibido de manera abierta por la ley fundamental. No obstante, es posible mencionar como fines que generalmente se consideran válidos en términos constitucionales para intervenir sobre derechos fundamentales la protección de otros derechos fundamentales, la realización de otros principios constitucionales (un bien colectivo o un bien jurídico) y los principios constitucionales de segundo grado, los cuales pueden derivar de una reserva de ley específica o general de intervención de los derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2007). Dichas reservas consagran una habilitación al legislador para intervenir en los derechos sin determinar cuáles son los fines que éste se debe proponer (Bernal Pulido, 2007).

Ahora bien, Aharon Barak realiza una importante distinción entre la protección de los derechos fundamentales y la protección del interés público u otros principios constitucionales como fin. Mientras que "[l]a protección de un derecho fundamental constituye por sí misma un fin adecuado. En contraste, no todo interés incluido dentro del interés público puede pasar el umbral requerido para convertirse en un fin adecuado" (Barak, 2017: 288-289). Respecto al interés público, este término puede implicar una vulneración a los derechos y a la democracia si es interpretado de manera muy amplia; en cambio, si es interpretado de manera muy estrecha, puede poner en riesgo la existencia de la democracia y su capacidad para proteger los derechos fundamentales (Barak, 2017). En este sentido, "[la] consideración del interés público debe ser de tal nivel de importancia social que la sociedad debe considerarlo lo suficientemente crucial como para justificar una restricción a los derechos fundamentales" (Barak, 2017: 298).

El "test subjetivo" o el "test objetivo" para la determinación de la validez constitucional del fin

Como vimos, para la determinación del significado del fin es necesario realizar un ejercicio interpretativo, el cual, sin embargo, no resulta útil para la determinación de la validez constitucional del fin.

Sobre este último aspecto, se ha suscitado cierta controversia respecto a si se debe preferir un "test subjetivo" o "un test objetivo" para determinar la legitimidad del fin elegido por el legislador; en otras palabras, si la cuestión de validez constitucional del fin debe ser primordialmente determinada por la intención del legislador al momento de que la medida se convirtió en norma (test subjetivo) o más bien debe atenderse al fin que sigue la medida al momento en que es interpretada (test objetivo) (Barak, 2017). Lo anterior, toda vez que es posible visualizar tres escenarios:

1) El fin subjetivo y el fin objetivo son legítimos.
2) El fin objetivo es ilegítimo, pero el fin subjetivo es legítimo.
3) El fin subjetivo es ilegítimo, pero el fin objetivo es legítimo.

El primer supuesto es un caso sencillo donde ambos tipos de fines coinciden y no representa mayor problema ante la conclusión de que el fin, a todas luces, debe ser considerado como constitucionalmente válido. No obstante, en los otros dos supuestos, los fines resultan discordantes entre sí y es en este punto donde se desata la cuestión de cuál test debería prevalecer: el objetivo o el subjetivo.

Sobre este dilema, Aharon Barak presenta varias opciones: la primera sería considerar que el fin subjetivo de la medida restrictiva determina el fin legítimo; la segunda, por el contrario, sería concebir que el fin objetivo de la medida restrictiva determina el fin legítimo; por último, la tercera opción sería establecer que tanto el fin objetivo como el fin subjetivo deben ser considerados para determinar su legitimidad (Barak, 2017).

Para este autor la respuesta radica en realizar un test combinado que considere como legítimo el fin en el cual tanto el fin subjetivo como el fin objetivo pueden ser considerados válidos en términos constitucionales. Esto, al pensar en dos aspectos (Barak, 2017):

- Por un lado, el examen de intención subjetiva al momento de la promulgación de la ley se encuentra dirigido a evitar la creación de

leyes que busquen perseguir un fin ilegítimo, así como a evitar que los juzgadores terminen aceptando como legítimos fines que utilizan un lenguaje neutral, pero que, en realidad, buscan un fin inadecuado.

- Por otro lado, el examen de la intención subjetiva no es suficiente, sino que requiere del examen del fin al momento en que la ley es sujeta a interpretación, con el propósito de garantizar que los derechos fundamentales en cuestión se encuentren protegidos no sólo al momento de la creación de la ley, sino durante su vigencia.

Sobre esta postura, Barak ha reconocido que existen tres argumentos en contra del "test combinado": *1)* no es posible derivar una intención de los miembros del poder legislativo; *2)* aunque éste cuerpo tenga una intención, se vuelve imposible extraer la misma; y *3)* en el caso de que el fin al momento de su promulgación persiguió un fin ilegítimo, pero al momento de su interpretación se le puede dar un fin legítimo (fin objetivo), pierde relevancia el examen subjetivo de la intención porque el legislador podrá volver a promulgar la ley con este nuevo objetivo.

Sobre las primeras dos oposiciones en contra del test combinado, el autor sostiene que ambas carecen de relevancia, toda vez que la tarea interpretativa sí puede llevar a determinar la intención del legislador (como una voluntad colectiva que dio creación a la ley) y, aunque dicha tarea goce de alta complejidad probatoria, la misma ha sido realizada previamente por los tribunales constitucionales mediante el análisis de la evidencia "circunstancial y directa" sobre la intención de la ley (Barak, 2017: 335).

Respecto al tercer argumento, el autor afirma que no existe certeza de que la ley se vuelva a promulgar bajo el fin objetivo y, aun cuando este fuera el caso, la determinación de considerar el fin inconstitucional por su fin subjetivo podría ser un mecanismo de disuasión del legislador para emitir nuevamente la misma ley ante el riesgo de que ésta sea declarada inconstitucional a pesar de ocultarlo bajo un nuevo fin (Barak, 2017).

D. El análisis del subprincipio de finalidad legítima realizado por la SCJN

Una vez destaca la importancia de la finalidad legítima como subprincipio del test de proporcionalidad, así como los aspectos teóricos relevantes sobre la identificación del fin y su carácter legítimo, es factible analizar cómo la SCJN ha hecho el análisis de este subprincipio. Con esto en mente, se hará, primero, una muy breve mención a las tesis y jurisprudencias relevantes sobre el test de proporcionalidad, haciendo hincapié en la finalidad legítima para, después, exponer el análisis de dicho subprincipio por parte del máximo tribunal constitucional en cinco sentencias ejemplificativas.

La finalidad legítima del test de proporcionalidad en México

El proceso de incorporación del test de proporcionalidad en México ha sido un proceso paulatino y reciente, hasta el 2004 la SCJN utilizó este método de interpretación para resolver una colisión de principios (amparo en revisión 988/2004) (Díez Gargari, 2012) y, finalmente, sería en el 2007 cuando esta herramienta adquiriría un carácter vinculante y genérico gracias a la jurisprudencia P/J. 130/2007 del Pleno de la SCJN. En este criterio jurisprudencial aparecieron las gradas tradicionales que integran esta herramienta, incluyendo la finalidad legítima como subprincipio del test al indicar que el principio de proporcionalidad exige al legislador "perseguir una finalidad constitucionalmente legítima".

Asimismo, tiene relevancia la acción de inconstitucionalidad 2/2014 en donde el Pleno de la SCJN estableció al principio de proporcionalidad como una metodología diseñada para la resolución de la colisión de principios constitucionales. En esta acción se estableció que el test de proporcionalidad se compone de cuatro subprincipios: el fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la "razonabilidad" (la proporcionalidad en sentido estricto).

A pesar de que la SCJN, en un principio, confundió la función de las gradas del test de proporcionalidad y no siempre fue constante en la tarea de abarcar todos los subprincipios que integran esta herramienta de interpretación constitucional, posteriormente, se encontrarían resoluciones del máximo tribunal que harían un uso del test de proporcionalidad de una manera más técnica.

En este punto, destaca el amparo en revisión 237/2014 en el cual la SCJN resolvió la constitucionalidad de la prohibición del uso personal y adulto de cannabis ("uso lúdico" en términos de la SCJN) establecida en la Ley General de Salud. Este caso dio origen a la tesis aislada de rubro: test de proporcionalidad. metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental. Tesis [A.]: 1a. CCLXIII/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 915, Reg. digital 2013156.

En tal tesis se estableció 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 […]" y cuya importancia radica en su esfuerzo pedagógico y expositivo del contenido del test de proporcionalidad en sentido amplio, así como del contenido de cada uno de los subprincipios que integran el test de proporcionalidad, incluyendo la finalidad legítima como primera etapa de este instrumento metodológico de interpretación.

Por consiguiente, en términos de este criterio, el test de proporcionalidad se compone de cuatro gradas: *1)* el fin constitucionalmente válido; *2)* la idoneidad, que busca examinar si la medida sometida a control constitucional tiende a alcanzar "en algún grado" el fin constitucionalmente válido; *3)* la necesidad, entendido como el hecho de "que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental", y *4)* la proporcionalidad en sentido estricto, la cual hace referencia a "que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada".

En lo que respecta al subprincipio de finalidad, como primera grada del test de proporcionalidad, la tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.) indica que:

1) El subprincipio de finalidad legítima exige examinar dos aspectos: *i)* identificar los fines que persigue el legislador con la medida y *ii)* determinar si dichos fines son constitucionalmente válidos.
2) Los fines que pueden encontrar justificación para limitar un derecho fundamental pueden tener una naturaleza muy diversa.
3) Concretamente, los derechos humanos, así como los bienes jurídicos y colectivos, garantizados como principios constitucionales, son fines legítimos para intervenir sobre un derecho fundamental.

Análisis del subprincipio de finalidad legítima en las sentencias de la SCJN

Las consideraciones de la tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.) parecen ir en línea con los aspectos abordados en los capítulos anteriores. La grada de finalidad requiere la determinación del fin y la de su legitimidad para intervenir sobre un derecho fundamental; además, los fines pueden ser muy variados, pero existe consenso en cuanto a considerar legítimos aquellos que buscan proteger otros derechos humanos o bienes jurídicos o colectivos fundamentados por principios constitucionales.

Sin embargo, hace falta todavía tener un acercamiento a la puesta en práctica de este subprincipio por parte de la SCJN. Para ello, se analizarán cinco sentencias de este tribunal a fin de conocer la manera en que fueron seleccionadas a partir de la búsqueda en el *Semanario Judicial de la Federación* de tesis aisladas y jurisprudenciales que contengan la expresión *test de proporcionalidad*.

Dicho análisis no pretende ser exhaustivo, pero sí ejemplificativo de la forma en que el Máximo Tribunal constitucional está determinando el fin que persigue el legislador y la legitimidad del mismo. Por cuestiones de

espacio tampoco se expondrá un análisis de todas las sentencias que figuraron a partir de dicha búsqueda.

En este orden, se expondrá una breve descripción del caso, después se analizará cómo la SCJN ha identificado el fin (haciendo hincapié en el examen del tipo de interpretación utilizado por la Corte, si identifica la existencia de cláusulas restrictivas, así como de fines implícitos o explícitos y si realiza la distinción entre fin mediato e inmediato) para, finalmente, estudiar cómo la SCJN determina si el fin en cuestión persigue una finalidad constitucionalmente válida (observando si se contempla la naturaleza del fin, la existencia de prohibiciones *prima facie* o definitivas, así como la presunción de constitucionalidad de la ley).

Amparo en revisión 302/2016

Descripción del caso:

La Segunda Sala de la SCJN se avocó a analizar la negativa de amparo dictada por el juez de distrito contra el artículo 17, fracción X, inciso d), del Código Fiscal de la Federación (CFF). Dicho artículo dispone que los certificados (de sellos o firmas digitales) que emita el Servicio de Administración Tributaria (SAT) quedarán sin efectos cuando se detecten ciertas conductas en el ejercicio de sus facultades de comprobación.

Esta hipótesis fue incorporada a raíz de la reforma al CFF publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 9 de diciembre de 2013. Por esta razón, la SCJN hace referencia a la exposición de motivos del decreto respectivo donde se advierten las justificaciones que dieron origen a la adición del artículo 17-H impugnado.

Concretamente, la SCJN se refiere a la exposición de motivos del decreto presentado en la Cámara de Diputados el 8 de septiembre de 2013, donde el Ejecutivo federal manifestó las razones para adicionar el artículo 17-H, del CFF. Del mismo modo, la SCJN tomó en consideración el trámite del

proceso legislativo, en donde la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados indicó sus razones a favor de la adición del precepto legislativo impugnado.

Ante este razonamiento, la SCJN consideró que tal medida de control busca evitar la obstaculización de los objetivos de la Administración tributaria; "ello, con la finalidad de verificar el efectivo cumplimiento de la obligación prevista por el artículo 31, fracción IV, de la Ley Fundamental, así como de combatir las conductas tendentes a su evasión, fraudes o actos ilícitos, *fin que es constitucionalmente válido*".

De esta manera, con base en la exposición de motivos, así como del proceso legislativo que dio origen a la adición del artículo 17-H del CFF, la SCJN considera que el fin inmediato que persigue dicho precepto es el de *combatir el fraude fiscal de los contribuyentes,* el cual se encuentra fundamentado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución. Mientras que el fin mediato que busca el precepto sujeto a control constitucional es el de *cumplir con la obligación de contribuir a los gastos públicos por todos aquellos que estén llamados a satisfacerla*. Para llegar a dicha conclusión, la SCJN se basa en la tesis aislada 1a. CXVIII/2006.

Ante dicha determinación, la SCJN tiene por acreditado que la medida sujeta a control constitucional persigue una finalidad constitucionalmente válida y objetiva y, acto seguido, analiza las demás gradas del test de proporcionalidad.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

Para la tarea de identificación del fin, la SCJN analiza la exposición de motivos y el proceso legislativo que conllevó a la adición del artículo 17-H del CFF. En este sentido, la SCJN señala hacer uso de la interpretación sistemática con el fin de determinar el significado del fin seguido por el precepto impugnado.

Asimismo, identifica tanto el fin inmediato como el mediato:

Fin inmediato: combatir el fraude fiscal por parte de contribuyentes fundamentado en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

Fin mediato: contribuir a los gastos públicos por *todos* los obligados.

De ahí que la SCJN encuentra que el fin inmediato (hecho) consiste en combatir el fraude fiscal, fundamentado en un principio constitucional consagrado en el texto constitucional (concretamente el artículo 31, fracción IV, constitucional), que establece el fin mediato de *contribuir al gasto público* de manera proporcional y equitativa (norma). Es aquí donde la SCJN realiza la labor de subsumir el fin inmediato al fin mediato, topándose con un fin explícito en el texto constitucional.

Respecto del fin mediato que consiste en contribuir al gasto público, hace referencia a una tesis aislada, la cual indica que se estima como un fin legítimo, mediante una interpretación sistemática de los artículos 3, 16, 25 y la fracción IV del 31, de la Constitución, "que la legislación fiscal combata la manipulación impositiva efectuada por los causantes por medio de prácticas evasoras, así como la realización de posibles fraudes o actos ilícitos en perjuicio del fisco federal, mejorando el control fiscal y asegurando la efectiva recaudación del impuesto".

De esta manera, la SCJN consideró que, para alcanzar el fin mediato de que todos contribuyan al gasto público es necesario asegurar el fin inmediato, es decir, combatir el fraude fiscal.

Establecimiento del carácter legítimo del fin:

Sobre este punto, para la determinación del carácter legítimo de la medida legislativa, la SCJN se enfoca en una interpretación sistemática de diversos artículos de la Constitución (artículos 3, 16, 25 y fracción IV del 31) y en el precepto constitucional expreso (artículo 31, fracción IV).

La SCJN no hace mención expresa a la naturaleza del fin mediato, pero éste aparece como un principio constitucional.

Amparo en revisión 237/2014

Descripción del caso

En este asunto, la SCJN resolvió la constitucionalidad de los artículos establecidos en la Ley General de Salud (LGS) que contienen la prohibición absoluta del uso personal de marihuana.

Para ello, el máximo tribunal usó el test de proporcionalidad para determinar si existía una justificación constitucional para que dicha medida limite el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De este modo, la SCJN determinó, en primer lugar, si la medida legislativa persigue una finalidad constitucionalmente válida, para después detonar el análisis de los demás subprincipios que integran este test (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido).

La SCJN consideró que el primer paso que exige la grada de finalidad es identificar los fines que persigue la medida y, posteriormente, determinar si dicha finalidad resulta constitucionalmente válida. El máximo tribunal sostiene que "las intervenciones basadas en *fines perfeccionistas* no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud". Además, indica que para poder identificar el fin que persigue el legislador se puede atender a los "documentos que informan el proceso legislativo de las disposiciones analizadas o bien a la interpretación de las propias normas combatidas".

Para analizar la constitucionalidad de la norma impugnada de la LGS, en este caso, la SCJN analizó los procesos de reformas referentes a las disposiciones combatidas que conforman el "sistema de prohibiciones administrativas".

De manera similar, hizo hincapié en la exposición de motivos de la última reforma al artículo 245 de la LGS, donde se indicó que el consumo y comercialización de drogas, además de representar un problema de salud público serio a nivel internacional y aumentar las actividades ilícitas que enriquecen a los grupos criminales, provoca un impacto en la salud pública porque aumenta los padecimientos, trastornos y muertes a consecuencia de su uso adictivo, teniendo consecuencias en "el ámbito social, económico y político".

Además, la SCJN especificó que la LGS tiene como objetivo reglamentar el derecho a la protección de la salud en los términos del artículo 4o. de la Constitución, lo cual comprende, en materia de salubridad general, tanto la *prevención del consumo* de estupefacientes y psicotrópicos como la creación de un programa contra la farmacodependencia.

Después de realizar dicho análisis, la SCJN concluye que la finalidad que busca la prohibición absoluta del consumo de marihuana y demás actividades correlativas, establecida en la LGS, es la protección de la "salud" y el "orden público".

Lo anterior, afirma la propia Corte, bajo una interpretación sistemática de dicha ley, así como de los distintos procesos de reforma, se puede observar que "el legislador tuvo la intención de procurar la salud de los *consumidores* de drogas y proteger a la *sociedad*" de las afectaciones que ocasiona el consumo de drogas, sosteniendo que "esta actividad tiene efectos nocivos tanto para el consumidor como para la sociedad en general".

De esta manera, la SCJN concluyó que las disposiciones impugnadas de la LGS persiguen dos finales constitucionalmente válidas:

1) la *protección de la salud,* considerando que la misma es una finalidad legítima por ser un derecho fundamental reconocido por el artículo 4o. de la CPEUM, derecho que tiene una dimensión tanto individual como pública o social; y

2) la *protección del orden público,* la cual se trata de un principio constitucional que se encuentra íntimamente relacionado con la protección de la salud pública y que, a pesar de su complejidad para definirlo, se trata de "un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general" y que implica la "persecución de objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o políticas públicas". Por ende, la protección del "conglomerado social" es un interés que se encuentra justificado por la ley fundamental.

Resulta interesante que, después de considerar ambos fines como legítimos, la SCJN descarta como legítimo "la prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral". Toda vez que, en palabras de la SCJN, la ley fundamental "no impone un ideal de excelencia humana". En consecuencia, la SCJN considera que las supuestas afectaciones al desempeño social relacionadas con el consumo de la marihuana no son razones válidas desde el punto de vista constitucional para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Hecho esto y ante la determinación de los fines que persigue la medida y su carácter legítimo, la SCJN se avoca a realizar los exámenes restantes que exige el test de proporcionalidad.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

Para la identificación del fin, la SCJN realiza una interpretación sistemática y hace un análisis de los procesos de reforma y la exposición de motivos de la LGS que incluyeron los artículos impugnados.

En este caso, a diferencia del anterior, la SCJN no identifica el fin mediato e inmediato.

No obstante, la SCJN reconoce la existencia de un fin explícito (la protección del derecho a la salud, el cual se encuentra contenido en el ar-

tículo 4o. constitucional) y de un fin implícito (el orden público). Resulta relevante detenerse en el hecho de que la SCJN descarta como fin legítimo el "evitar la autodegración moral" o alcanzar "la excelencia humana" dado que no puede circunscribirse a un principio constitucional.

Establecimiento del carácter legítimo del fin:

Para la determinación de la legitimidad de los fines que persigue el "sistema de prohibiciones administrativas" contenido en la LGS, la SCJN reconoce que la finalidad de proteger el "derecho a la salud" encuentra su legitimidad al tratarse de un derecho fundamental consagrado en el artículo 4o. de la Constitución; mientras que la SCJN sostiene que la finalidad consistente en la protección del "orden público" es un interés que se encuentra justificado por la ley fundamental.

Amparo directo en revisión 6889/2016

Descripción del caso

En este caso, la Primera Sala de la SCJN revisó la constitucionalidad de las fracciones II y IV del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial bajo un test de proporcionalidad.

La SCJN sostuvo que dicha disposición persigue una finalidad legítima dado que "al establecer que las denominaciones genéricas o descriptivas de los bienes o servicios no serán registrables como marca, protege los derechos de los titulares de la marca, así como de los consumidores, a la vez que impide prácticas de competencia desleal".

El Máximo Tribunal destacó que las marcas forman parte del derecho a la propiedad intelectual y, si bien en la ley fundamental no se encuentra un artículo expreso, las mismas cuentan con protección constitucional a partir de diversas disposiciones, como el artículo 28, párrafo noveno, de la Constitución, que indica que no "constituyen monopolio los privilegios

que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

En este sentido, la SCJN sostuvo que dicho artículo "atiende a que la protección de una marca no crea de ningún modo un monopolio, sino que otorga el uso exclusivo de un signo distintivo para que los consumidores puedan ejercer sus libertades comerciales".

Además, destacó que la Primera Sala se ha pronunciado de manera previa a la protección de los intereses de los consumidores, la cual se encuentra fundamentada en el artículo 28, párrafo tercero de la Constitución a fin de reducir las asimetrías en las relaciones de consumo. Asimismo, destacó que la fracción III del artículo 2o. de la Ley de la Propiedad Industrial establece como objeto "impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores". Mientras que diversos artículos de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) reconocen el derecho de los consumidores a la información clara y adecuada sobre bienes y servicios, esto comprende, en palabras de la Corte, la marca de los mismos, a fin de evitar "error o confusión en los consumidores".

Dicho lo anterior, la Corte considera necesario analizar la idoneidad de la medida, así como la necesidad y la "razonabilidad" de la medida.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

Sobre la identificación del fin que persigue la medida legislativa, la SCJN parece identificar distintos fines: la protección de los intereses de los consumidores, la protección de los titulares de las marcas y el impedir prácticas de competencia desleal; no obstante, sólo argumenta sobre la identificación de los dos primeros.

En este caso, queda manifiesto que no se establecen con claridad los fines que perseguirá la medida y si tales fines pueden ser distinguidos entre mediatos e inmediatos o si en realidad todos son fines mediatos, pues la Corte intercambia de manera constante los fines e, inclusive, en la grada de idoneidad pareciera que el fin que toma en consideración es la protección de los derechos de los consumidores; mientras que, en la grada de necesidad considera como fin de la norma impugnada "prevenir actos que atenten contra la propiedad industrial y la competencia desleal". Por si fuera poco, prescinde del análisis de proporcionalidad en sentido estricto (o "razonabilidad" en sus términos), lo cual vuelve imposible conocer qué fin se hubiera tomado en consideración en dicha grada.

Aquí la Corte no hace referencia al tipo de interpretación utilizada para determinar el significado del fin, aunque afirma que los fines (protección del interés del consumidor y protección de las marcas) se derivan del texto constitucional (artículo 28, párrafos tercero y noveno), así como de las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad Industrial (fracción III del artículo 2).

Respecto al fin consistente en la protección de las marcas, éste parece ser un fin implícito de diversas disposiciones constitucionales, como el artículo 28, párrafo noveno de la Constitución; mientras que la protección de los consumidores es un fin constitucional expreso fundamentado en el artículo 28, párrafo tercero de la Constitución.

En otro punto, la Corte sostuvo que el artículo impugnado "atiende a que la protección de una marca no crea de ningún modo un monopolio, sino que otorga el uso exclusivo de un signo distintivo para que los consumidores puedan ejercer sus libertades comerciales". Esto pareciera indicar que la protección de la marca termina otorgando protección a los intereses de los consumidores, por lo cual, no está claro si con esta afirmación la SCJN indica que la protección de las marcas puede ser visto como un fin inmediato que conlleva a la persecución de un fin mediato consistente en la protección de los consumidores.

Establecimiento de su carácter legítimo

Sobre la legitimidad del fin o fines perseguidos por el legislador, en este caso concreto, la SCJN solamente refiere que la disposición impugnada persigue una finalidad legítima dado que "al establecer que las denominaciones genéricas o descriptivas de los bienes o servicios no serán registrables como marca, protege los derechos de los titulares de la marca, así como de los consumidores, a la vez que impide prácticas de competencia desleal". Lo anterior, con base en que los mismos encuentran fundamento en el texto constitucional (artículo 28, párrafos tercero y noveno).

Amparo en revisión 181/2011

Descripción del caso

En este caso, la SCJN analizó la constitucionalidad del artículo 163 Bis del Código Penal para el Distrito Federal por considerar que la pena establecida para el delito de secuestro express es desproporcional para el derecho fundamental a la libertad ambulatoria. Aquí resulta interesante que la SCJN consideró que la determinación de los fines que persigue la medida sujeta a control constitucional, así como la de su legitimidad, son una premisa necesaria para realizar el test de proporcionalidad, pero no forman parte del mismo.

La SCJN estimó necesario identificar el fin que se busca promover con la determinación de la pena, distinguiendo entre fines inmediatos y mediatos, afirmando que los primeros "son aquellos estados de cosas cuya satisfacción debe alcanzarse por virtud de algún principio constitucional", mientras que los segundos "se identifican con los principios constitucionales protegidos por el tipo penal".

En este sentido, el máximo tribunal consideró que el artículo 163 bis del Código Penal del Distrito Federal tiene como fin inmediato "la prevención general de las conductas constitutivas del delito de secuestro express"

y como fin mediato "la protección del derecho fundamental a la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad", los cuales son considerados bienes jurídicos protegidos por este tipo penal de conformidad con el amparo directo en revisión 1987/2006.

Una vez identificado el fin mediato e inmediato que persigue el artículo impugnado, la SCJN se avocó a determinar la legitimidad del fin perseguido por la medida. En este punto, el Máximo Tribunal afirma que:

> (L)a finalidad perseguida por el legislador al incrementar la pena para el delito de secuestro express es una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional, toda vez que está encaminada de modo inmediato a instrumentar una política criminal que busca prevenir la realización de determinadas conductas y de forma mediata está dirigida a proteger principalmente la libertad ambulatoria de las personas. (Sentencia recaída al Amparo en Revisión 181/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de abril de 2011).

Dicho esto, la SCJN analiza el test de proporcionalidad, es decir, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

La SCJN identifica los fines mediatos e inmediatos de la medida legislativa, concluyendo que el artículo 163 Bis del Código Penal del Distrito Federal persigue como fin inmediato "la prevención general de las conductas constitutivas del delito de secuestro express" [*sic*] y como fin mediato "la protección del derecho fundamental a la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad". No especifica qué tipo de interpretación realiza para determinar el significado del fin, ni tampoco hace referencia a si se trata de fines implícitos o explícitos.

Determinación del carácter legítimo del fin:

Se observa que la SCJN, en este caso, no abundó sobre el razonamiento que llevó a la determinación acerca de la legitimidad del fin que persigue la medida. La SCJN simplemente consideró como legítimo el fin perseguido por la medida legislativa, dado que la misma está encaminada a lograr el fin inmediato consistente en instrumentar una política criminal que busca prevenir la realización de determinadas conductas y alcanzar el fin mediato de protección de la libertad ambulatoria de las personas.

Respecto de la naturaleza del fin, tanto la protección del patrimonio como la de la libertad ambulatoria consisten en bienes jurídicos.

Amparo directo en revisión 1399/2011

Descripción del caso

En este caso, la SCJN nuevamente analizó la constitucionalidad de la penalidad prevista en el artículo 163 Bis del Código Penal para el Distrito Federal mediante un test de proporcionalidad.

Esto, con el objetivo de determinar si la norma cuestionada intervenía de manera injustificada sobre el derecho fundamental a la libertad. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, aquí se considera el subprincipio de finalidad legítima como parte del examen de idoneidad, entendido como aquel que implica "determinar si la interferencia al derecho fundamental que se restringe persigue un fin constitucionalmente legítimo y si esa medida afectiva, restrictiva o limitativa, es idónea para la finalidad buscada".

La SCJN analizó el dictamen de reforma del artículo impugnado en el cual se establece el agravamiento de las penas en materia de secuestro en cualquiera de sus modalidades, incluyendo el secuestro express. Para empezar, la Corte hace referencia a la prohibición constitucional establecida en el artículo 22. De ahí, la SCJN indica que esta prohibición cons-

titucional no contempla la pena restrictiva de la libertad, aunado a que el artículo 18, primer párrafo, de la Constitución admite de manera explícita, para determinados delitos, la pena de prisión.

Ante ello, la SCJN concluye que la intervención al derecho fundamental en cuestión (la libertad) prevista en la norma impugnada del Código Penal para el Distrito Federal persigue un fin constitucionalmente legítimo.

Con base en este razonamiento, la SCJN transita a analizar la idoneidad de la medida (puesto que asume que la finalidad y la idoneidad comprenden una sola grada), preguntándose si la pena de 20 a 40 años de prisión resulta una medida idónea para la finalidad *de limitar la libertad,* afirmando que sí, toda vez que "la cárcel, en ocasiones es el único medio con el que cuenta el legislador para desaprobar los actos antisociales cometidos por individuos que con franco desprecio hacia sus semejantes, atentan gravemente contra bienes jurídicos tutelados de alta estirpe".

Enseguida, la SCJN hace referencia a la "potestad constitucional" del legislador para determinar la política criminal y establecer las penas que considere convenientes para proteger el bien jurídico tutelado. Siendo que dicha potestad no significa una autorización al legislador para "obrar caprichosamente", sino que debe perseguir fines legítimos.

Por último, la SCJN sostiene que la norma impugnada consistente en una pena de 20 a 40 años no contraviene el artículo 22 constitucional. Dicho esto, la SCJN finalmente afirma que la pena sobre el delito de secuestro express busca proteger la libertad de las personas y su patrimonio, a la vez que pretende "desalentar la comisión de ese delito, ya que a su decir su frecuencia se ha vuelto excesiva".

Establecida la legitimidad del fin y la idoneidad de la medida, la SCJN continua con el análisis de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

Estudio sobre el análisis del subprincipio de finalidad legítima en el caso concreto

Identificación del fin:

La SCJN, en este caso concreto, no especifica el tipo de interpretación que realiza, tampoco determina el fin mediato e inmediato, a diferencia del caso anterior, ni queda claro si se trata de un fin explícito o implícito en la Constitución.

Sin embargo, sí manifiesta que analizó el dictamen de reforma del artículo impugnado, aunque realmente no termina por indicar qué fin persigue la norma en cuestión, sino hasta el momento en que introduce la idoneidad, sosteniendo que la pena sobre el delito de secuestro express busca proteger la libertad. Asimismo, al final de este examen agrega dos finalidades más: la protección del patrimonio y desalentar la comisión de dicho delito, sobre los cuales no se determina su legitimidad.

Determinación del carácter legítimo del fin

Para empezar, la Corte hace referencia a la prohibición constitucional establecida en el artículo 22, pero para analizar si la medida seleccionada por el legislador se encuentra prohibida, no respecto al fin consistente en proteger la libertad. De ahí, la SCJN indica que esta prohibición constitucional no contempla la pena restrictiva de la libertad; sumando que, el artículo 18, primer párrafo, de la Constitución admite de manera expresa, para determinados delitos, la pena de prisión.

La SCJN, al analizar la validez constitucional del fin que persigue la medida (que consiste en incrementar la pena del delito de secuestro express) hace referencia a la "potestad constitucional" del legislador para determinar la política criminal y establecer las penas que considere convenientes.

En otras palabras, la SCJN da valor a la libertad legislativa y ante la ausencia de prohibiciones constitucionales claras sobre la medida legislativa asume que la misma tiene cabida constitucional.

Respecto a la naturaleza de los fines, la Corte expresa que la medida busca la protección de un derecho fundamental (libertad) y se puede observar que los demás consisten en un bien jurídico (protección del patrimonio) y un interés público (desalentar la comisión de un delito).

E. Conclusiones

El presente trabajo se concentró en el primer paso que exige la proporcionalidad, es decir, el subprincipio de finalidad legítima, buscando explorar tres aspectos: *1)* la justificación de su exigencia; *2)* algunas cuestiones teóricas relacionadas con la tarea de identificación del fin y la determinación de su carácter legítimo; y *3)* el aspecto práctico, es decir, cómo la SCJN ha utilizado esta grada mediante el análisis de cinco sentencias meramente representativas.

Sobre el primer propósito, entre los hallazgos encontrados es posible mencionar que, más allá de si la exigencia de determinación del fin y su aspecto legítimo se considera como un subprincipio propio o como un aspecto que se encuentra inmerso en el análisis de idoneidad de la medida, la identificación de la finalidad que persigue la medida legislativa y su legitimidad es un paso *forzoso* para el análisis de los demás subprincipios que integran el test de proporcionalidad en sentido amplio. Asimismo, la exigencia de que la medida establecida por el legislador persiga una finalidad legítima encuentra su fundamento en el mandato de optimización de los derechos fundamentales y la relatividad de los mismos. Por último, la importancia de la grada de finalidad radica también en que la identificación del fin resulta para detonar el análisis de las demás gradas que exige el test de proporcionalidad, determinando, incluso, la materia y resultado de esta herramienta metodológica de interpretación.

En cuanto al segundo objetivo, se encontró que a menos de que se esté en presencia de fines explícitos, la identificación de los fines que persigue el legislador requiere de un enorme ejercicio interpretativo. Por otra parte, la relevancia entre identificar los fines mediatos e inmediatos radica

en su relación con la grada de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Además, para el análisis de la legitimidad del fin, se concluye que el mismo sólo será considerado ilegítimo si se encuentra prohibido de manera implícita o expresa por la Constitución en sentido definitivo. En caso de que el fin se encuentre prohibido *prima facie,* opera la presunción de constitucionalidad de la ley hasta que, mediante la ponderación se determine su verdadero carácter.

Por último, a partir del análisis de las cinco sentencias de la SCJN es posible extraer varias conclusiones:

1) Como ocurre con el propio test de proporcionalidad, en el subprincipio de finalidad legítima se presentan muy diversas variaciones. En ocasiones, el máximo tribunal constitucional concibió a la grada de finalidad legítima como un subprincipio específico del test de proporcionalidad, en otro caso, la SCJN determinó que el mismo forma parte del examen de idoneidad y, en otro más, se encontró que dicho tribunal sostuvo que la finalidad legítima era un presupuesto del test de proporcionalidad.

2) Por otra parte, no existe un consenso sobre la necesidad de realizar la distinción entre fines mediatos e inmediatos, ya que, en algunos casos se determinó tales fines y en otros se prescindió de su identificación.

3) También llama la atención que la SCJN no siempre identifica con precisión qué fin persigue la medida, ni expone de manera clara la argumentación realizada, ya sea al momento de identificar los fines que persigue el legislador o bien al momento de determinar su carácter legítimo.

Este trabajo fue apenas una mirada breve a algunas cuestiones relacionadas con el subprincipio de finalidad, todavía queda pendiente una gran cantidad de tareas que consisten en profundizar sobre la utilidad de hacer la distinción entre los fines mediatos e inmediatos; sobre los beneficios de preferir la "teoría subjetiva", la "teoría objetiva" o el "test combinado" al

momento de determinar la validez constitucional del fin; así como un estudio enfocado en el ejercicio de interpretación para la identificación del fin que persigue el legislador, entre otras cuestiones relevantes. Asimismo, sería interesante realizar un estudio más exhaustivo sobre la manera en que la SCJN identifica el fin y su legitimidad. Por lo pronto, a la luz de los resultados de este trabajo, es posible concluir que la SCJN identifica los fines y fija su validez constitucional bajo muy variables consideraciones, pues en el máximo tribunal constitucional todavía no existe consenso sobre qué lugar debe ocupar la exigencia de identificar el fin y su legitimidad.

Fuentes

Barak, A. (2017). Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones, trad. de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores.

Barreto Nova, O. G. (2019). Breve nota teórica sobre la cláusula restrictiva de los derechos fundamentales en México. México: Centro de Estudios Constitucionales SCJN. Disponible en gob.mx/cec/blog-cec/breve-nota-teorica-sobre-la-clausula-restrictiva-de-los-derechos-fundamentales-en-mexico.

Bernal Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3a. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2005). Tribunal constitucional, legislador y principio de proporcionalidad: una respuesta a Gloria Lopera. En Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 74, pp. 417-443.

Cárdenas Gracia, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVII, núm. 139, pp. 65-100.

Clérico, M. L. (2010). El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional. Eudeba: Buenos Aires.

Díez Gargari, R. (2012), Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 26, pp. 66-106.

Sánchez Gil, R. (2017). Estudio preliminar. En M. Klatt y M. Meister, La proporcionalidad como principio constitucional universal (pp. XI-LVII). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Sentencia recaída al Amparo directo en revisión 6889/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, 28 de junio de 2017.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 181/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 6 de abril de 2011.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 4 de noviembre de 2015.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 1399/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, 24 de agosto de 2011.

Sentencia recaída al Amparo en revisión 302/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek, 13 de julio de 2016.

Tesis [A]: 1a. CCLXIII/2016 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 902, Reg. digital 2013143.

Tesis [A]: 1a. CXVIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 263, Reg. digital 174410.

Tesis [J]: 2a./J. 10/2019, *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 838, Reg. digital 2019276.

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.