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 estructura de la finalidad legítima

Víctor Jesús Castañeda Rojo

Sumario: A. Introducción; B. Ideas principales de Ibarra; C. Reflexiones en torno a las ideas planteadas por Ibarra, I. Una suerte de confusión entre la identificación de los fines y su legitimidad, II. ¿El test de proporcionalidad es una herramienta interpretativa o un método para resolver conflictos?, III. La legitimidad del fin, IV. La identificación del fin, V. La ubicación de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad.

Las siguientes líneas buscan expresar las ideas principales planteadas por Frida Ibarra Olguín en el texto "La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación", para después reflexionar acerca de algunos puntos en particular: el esquema expuesto al abordar la identificación de los fines y su legitimidad; ciertas concepciones posibles sobre la legitimidad; la discrepancia percibida entre Aharon Barak y Ronald Dworkin respecto a la intención; y, el punto quizá más relevante, el requisito de coherencia al estructurar el test de proporcionalidad.

A. Introducción

En un texto presentado recientemente en el Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, Martin Borowski (2021) relata de forma sucinta la experiencia alemana en relación con esta herramienta metodológica. Desde 1960, el principio ya era estudiado a cabalidad en la doctrina alemana. Una experiencia diversa se ha tenido en México. Como recuenta

Frida Ibarra, en 2004 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad y en años recientes se ha desarrollado y discutido más a fondo. No es el propósito de este trabajo detallar la historia comparada del test de proporcionalidad en Alemania y en México, tan sólo se busca resaltar la importancia de textos como el de Ibarra para mejorar la comprensión del test en nuestro país.

La primera parte de este breve escrito se enfoca en analizar a grandes rasgos las ideas planteadas por Ibarra. En el desarrollo de su presentación, sigue en diversas ocasiones a Aharon Barak, Laura Clérico, Carlos Bernal Pulido y Rubén Sánchez Gil. Retoma aspectos teóricos de cada uno y conforma un marco conceptual, para después emplearlo a la luz de casos prácticos. En la segunda parte, haré algunas reflexiones de parte de la conformación de la obra de Ibarra: la legitimidad del fin, su identificación y la estructuración del test de proporcionalidad en lo que a la finalidad legítima concierne.

B. Ideas principales de Ibarra

En términos generales, son tres los temas abordados. El primero se configura por dos consideraciones: el porqué se debe tener una etapa de finalidad legítima (su justificación), y la composición de la grada del test. Segundo, la teoría desarrollada acerca de la identificación del fin y su carácter legítimo. Tercero, una breve e interesante ejemplificación a partir de sentencias de cómo ha utilizado el test de proporcionalidad la SCJN.

Ibarra, en sus primeras líneas, comenta brevemente acerca del significado del test de proporcionalidad: una herramienta de interpretación utilizada para resolver conflictos entre principios. A pesar de haberse incorporado en México desde hace unos años, persiste la confusión en cuanto a su composición y aún hay dudas acerca de si es una metodología obligatoria para todos los jueces. Ella aborda en específico la grada de finalidad legítima.

¿La finalidad legítima debe ser considerada una grada independiente a la de idoneidad? En algunas concepciones, la idoneidad sí incluye la finalidad legítima; la primera cuestión es si la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo y la segunda es si la misma medida fomenta la obtención del principio. Barak, al contrario, entiende la finalidad como una grada independiente de la idoneidad.

Para Ibarra, lo importante es que se persiga un fin legítimo, más allá de dónde se ubique la idoneidad dentro de la proporcionalidad. No obstante, acepta la utilidad pedagógica de separar la finalidad de la idoneidad. El requerimiento de la finalidad legítima debe cumplirse porque los principios de derechos humanos deben realizarse con la mayor amplitud posible —son mandatos de optimización—, al mismo tiempo que muestra el carácter relativo de los derechos. Una razón más en conexión con la justificación se encuentra en la determinación del propio test, dependiente del resultado de la finalidad legítima, por lo cual es un paso forzoso.

Como parte de los aspectos teóricos, Ibarra expone diversos conceptos —divididos en el apartado de 1) identificación del fin y 2) legitimidad de la medida—, como la presencia de cláusulas restrictivas generales y específicas, así como los fines implícitos y explícitos. Expresa Ibarra, los fines deberán estar fundamentados en un principio constitucional de forma explícita o implícita. Para la determinación de los fines, lo que conlleva un ejercicio interpretativo, existen varios métodos; Ibarra se concentra en el teleológico tanto subjetivo como objetivo. Otros dos conceptos relevantes son el fin mediato y el fin inmediato. El primero se refiere al mundo del ser y es indispensable en la etapa de idoneidad; el segundo consiste en el propósito de la medida en sí.

En cuanto al tema de la legitimidad de los fines, Ibarra, que retoma ideas de Bernal Pulido; considera que el legislador puede buscar los fines no expresamente prohibidos. Las prohibiciones pueden ser explícitas, implícitas, así como *prima facie* o definitivas. En general, las prohibiciones

definitivas resuelven el asunto sin detonar el test de proporcionalidad, mientras que las prohibiciones *prima facie* sí son ponderadas pero hasta la etapa de proporcionalidad en sentido estricto.

Entre los fines válidos se encuentran otros principios, conforme a Bernal Pulido. Para Barak, los intereses públicos sólo pueden limitar un derecho humano cuando son especialmente cruciales. Aquí se regresa a los fines identificados, el subjetivo o el objetivo, pero se añade la pregunta de cuál de los dos debe ser sujeto al análisis de legitimidad. Para Barak, ambos fines deben ser legítimos.

Los conceptos hasta ahora empleados por Ibarra sirven de marco teórico para analizar cinco resoluciones de la SCJN. Se hará referencia sólo a dos. Primero, el amparo en revisión 302/2016, en el cual, en el contexto de un amparo en contra de un artículo del Código Fiscal se analiza el fin inmediato de la disposición y se utiliza la interpretación sistemática para su entendimiento, se trata de un fin explícito en el texto constitucional. En el amparo en revisión 237/2014, acerca del uso lúdico de la marihuana, la Corte determinó que en primer lugar debían analizarse los fines y su validez; se estableció que los fines perfeccionistas no están protegidos por la Constitución y se determinaron fines legítimos y explícitos como la protección a la salud y el orden público, los cuales son identificados a partir de los procesos de reforma a la ley y las exposiciones de motivos.

En general, Ibarra observa la falta de uniformidad en las resoluciones de la Corte. En ocasiones la finalidad legítima es vista como un subprincipio independiente, en otras se concibe como parte de la idoneidad o como un presupuesto del test. El marco teórico se presenta en la práctica de forma intermitente, en ocasiones se prescinde de la distinción entre fines mediatos e inmediatos, o no siempre se determina de forma clara el fin perseguido por la medida

Lo dicho con antelación constituye una mirada panorámica de las ideas de Ibarra. Ahora procuraré entrar más a detalle en algunos temas.

C. Reflexiones en torno a las ideas planteadas por Ibarra

I. Una suerte de confusión entre la identificación de los fines y su legitimidad

Ibarra (2021, pp. 182-193) aborda los aspectos teóricos relacionados con el subprincipio de finalidad legítima en la tercera sección, dividida en dos apartados generales. El primero es el de la identificación de los fines perseguidos por la medida legislativa y el segundo es el de la determinación del carácter legítimo de los fines.

No obstante, en apariencia, hay una especie de confusión en el desarrollo. A pesar de ser una cuestión formal, parece adecuado hacerla explícita. En el apartado A, referente a la identificación de los fines, se incluyen consideraciones relacionadas con la legitimidad de los mismos. La autora menciona: "Respecto al primer caso, las cláusulas generales que contienen fines explícitos permiten identificar qué fines pueden ser considerados legítimos para intervenir sobre un derecho fundamental […]" (Ibarra, 2021, p. 183). Dicho de otra manera, la cuestión acerca de las categorías de los fines pareciera pertenecer conceptualmente a la idea de la legitimidad de los mismos.

Conviene subrayar la inclusión de elementos de legitimidad en la identificación del fin, porque es relevante establecer su diferencia. Una tarea es la de saber qué fines persigue la medida o el acto sujeto a análisis constitucional. Otra es la de si es legítimo o no. Barak distingue entre el aspecto interpretativo, centrado en cómo se le da un significado al acto legislativo, y la pregunta acerca de la constitucionalidad. En el primer caso, se trata del significado; en el segundo, de la validez (Barak, 2012, p. 287). Ibarra concuerda con lo anterior, pero, al momento de presentar la identificación del fin, se mezclan elementos sobre la legitimidad.

II. ¿El test de proporcionalidad es una herramienta interpretativa o un método para resolver conflictos?

Ibarra expresa que el test tiene ambas cualidades; no es su preocupación principal, sólo lo presenta a modo de una identificación *grosso modo* del test. Tampoco será el tema central de este texto, tan sólo se quiere enfatizar que es posible concebir al test, en efecto, de ambas formas.

A primera vista, pareciera de hecho ser distinto interpretar y solucionar el conflicto. Si por interpretar se entiende encontrar o descubrir el significado de algo, y la solución de conflictos es comprendida como un método para resolver contradicciones entre normas, da la impresión de que son cosas distintas. No obstante, es posible afirmar, el principio de proporcionalidad puede ser concebido como un método para solucionar conflictos, y a la vez como un método de interpretación en un sentido más abstracto. Para plantear el conflicto entre dos normas se requiere interpretación, de lo contrario no es posible saber cuál es el contenido de las normas en contradicción. Pero al solucionar el conflicto, también se habrá descubierto qué dice el derecho. Dicho de otra forma: podría concebirse el principio de proporcionalidad como una manera de interpretar segmentos del sistema jurídico.

III. La legitimidad del fin

Al respecto de la legitimidad, quisiera comentar algunas posibles concepciones sobre su entendimiento. ¿Qué significa que un fin sea legítimo? Como un punto preliminar, para Borowski (2021, p. 242) el componente de legitimidad es un aspecto normativo que debe ser determinado en cada orden constitucional. Es un aspecto normativo en contraposición con el elemento empírico de la idoneidad, en el que el objetivo es determinar si la medida realizará en algún grado el principio.

Barak (2012, p. 245) distingue la legalidad de la legitimidad. El carácter apropiado —legítimo— de un propósito requiere inspeccionar su natu-

raleza y el grado de urgencia requerido por el mismo. Para Barak (2012, p. 251) los propósitos legítimos se desprenden de los valores de un estado democrático. La democracia, como él la entiende, es un fenómeno multifacético, con un aspecto formal vinculado con el papel del pueblo como soberano; así como un aspecto sustantivo conectado con principios como la separación de poderes, el Estado de derecho, la independencia judicial, los derechos humanos y otros valores básicos, a lo cual refiere como la moralidad interna de la democracia (Barak, 2012, p. 253). En concreto, sostiene que los derechos de otras personas constituyen propósitos legítimos (Barak, 2012, p. 255). Los intereses públicos, al contrario, sólo pueden ser legítimos cuando revisten una importancia especial.

Robert Alexy expone la distinción entre tipos de validez, la cual está vinculada de forma estrecha con la legitimidad. Habla del concepto sociológico de validez, referente a si una norma es obedecida, en caso de desobediencia se aplica una sanción (Alexy, 2013, p. 87). El concepto de validez estrictamente jurídico se refiere al establecimiento de normas conforme al ordenamiento; el de validez moral, a si una norma está justificada en términos morales (Alexy 2013, pp. 88-89).

De lo anterior se infiere que la legitimidad hace referencia no sólo a la validez estrictamente jurídica, sino también a la validez moral. En ese sentido podría ser entendida la frase de Barak acerca de la insuficiencia de la legalidad y su apelación al Estado democrático constitucional. Se debe recordar, además, que Alexy (2013, p. 126) incluye en el concepto de derecho todo aquello en lo que se apoya o debería apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, así como la fórmula Radbruch, que establece la invalidez de las normas extremadamente injustas (Alexy, 2013, p. 125).

Entonces, se puede hablar por lo menos de tres sentidos de legitimidad, cada uno más complejo que el anterior. El primero sería una cuestión formal respecto a la Constitución, una aplicación de la validez estrictamente

jurídica. Por lo tanto, si una norma ha sido creada conforme al ordenamiento independientemente de su contenido, se podría afirmar su validez, esto es, su legitimidad. Ni Barak ni Alexy parecen tener eso en mente. Ellos añaden una validez más sustantiva. Barak refiere la moralidad interna de la democracia reflejada en distintos valores. Entonces, si una norma quiere ser válida debe apegarse igualmente a los principios ya mencionados (derechos humanos, separación de poderes, etcétera). Alexy pareciera ir más lejos al incluir principios de moralidad. Las injusticias extremas reflejadas en normas aisladas no serían derecho en su esquema de validez. Al parecer, Barak se queda en el plano constitucional sustantivo y no da el paso a una validez sujeta a consideraciones estrictamente morales.

IV. La identificación del fin

Ibarra, de nuevo siguiendo a Bernal Pulido, plantea la distinción entre fines subjetivos y objetivos, tras afirmar que la identificación del fin es una cuestión interpretativa y reconocer la existencia de diversos métodos de interpretación (Ibarra 2021, p. 191). Barak distingue entre quienes interpretan una norma conforme a la intención original de sus creadores al momento de su configuración —propósito subjetivo— y quienes interpretan de acuerdo con el significado —propósito objetivo— al momento de la interpretación del juez (Barak 2012, pp. 287-288). A él le interesa primordialmente determinar cuál de los dos propósitos debe ser sujeto al test de la legitimidad, lo cual es un asunto propiamente constitucional. Por ahora, la única intención es contrastar algunos presupuestos de la identificación del fin subjetivo de Barak con las consideraciones de Ronald Dworkin acerca de la intención.

En el esquema de Barak, ambos propósitos, el subjetivo y el objetivo, deben ser legítimos. Esto es, para considerar una finalidad como legítima tanto el propósito intencionado por el legislador como el propósito objetivo interpretado por el juez deben satisfacer los requisitos de legitimidad. En defensa de su modelo combinado, Barak proporciona diversas razones, conectadas al mismo tiempo con la posibilidad de conocer la intención

del legislador. La primera crítica realizada al modelo de Barak consiste en la imposibilidad de un cuerpo colectivo, como una legislatura, de tener una intención, porque ésta sólo puede ser adscrita a individuos. La respuesta consiste en enfocarse en una intención agregada del legislativo. La intención agregada se traduce en las negociaciones llevadas a cabo por los miembros de la agrupación y el resultado reflejado (Barak, 2012, p. 300). Como segundo argumento relevante para este texto, se aduce que aun si se pudiera adscribir una intención a la legislación, su identificación sería casi imposible. Barak, como es de esperarse, difiere, pues responde que es posible capturar la intención legislativa mediante evidencia circunstancial y directa, por ejemplo, por medio de los efectos del acto en sí, del contexto histórico e incluso de testimonios de legisladores (Barak, 2012, p. 302).

Ante la pregunta de Barak sobre qué propósito debe prevalecer, si el subjetivo o el objetivo, ¿qué respondería Dworkin? Me parece que él rechazaría la idea de la intención del legislador. Denegaría de lleno la de la intención de los redactores, en el ámbito constitucional; rechaza la noción de la intención como un hecho psicológico complejo guardado por la historia, pues lo único que existe está a la espera de ser inventado (Dworkin, 2012, p. 60). En el caso del propósito de la medida legislativa, se trata de un nivel subconstitucional en términos de Barak, y aunque Dworkin estima que se ha acuñado un término especializado —distinto al de las convenciones lingüísticas— de la intención de los legisladores (referente a las declaraciones pronunciadas en un informe de la comisión de un proyecto de ley), mantiene la idea de la intención legislativa como un concepto interpretativo. Dicho de otra manera, Dworkin adoptaría una versión del propósito objetivo, a partir de su propia teoría de la interpretación constructiva.

V. La ubicación de la finalidad legítima en el test de proporcionalidad

Uno de los primeros elementos considerados por Ibarra se relaciona con los componentes del test de proporcionalidad. Tal como lo menciona,

"se trata de la cuestión sobre si el subprincipio de finalidad debe ser un principio aparte o si debe encontrarse dentro de la grada de idoneidad" (Ibarra, 2021, p. 179). La respuesta a esta cuestión ha sido diversa en la teoría.

Un primer acercamiento expuesto por Ibarra consiste en la perspectiva alemana de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una presentación reciente de tal perspectiva es proporcionada por Borowski (2020, p. 4). Él reconoce que la idoneidad (*suitability)* es en ocasiones dividida en la legitimidad del propósito (lo cual es una cuestión normativa), y la idoneidad como cuestión empírica acerca de la racionalidad instrumental. Ello corresponde, expresa Borowski, sólo a una sistematización diversa de los mismos criterios. En particular, incluye la finalidad legítima en la idoneidad.

Sin embargo, pareciera que la tradición alemana no es unívoca. Para Alexy la legitimidad del propósito no forma parte de la idoneidad. Si por legitimidad se entiende validez, esto es, la cuestión de qué debe ser colocado dentro o fuera del ordenamiento jurídico, como previamente se ha comprendido, entonces la validez tratándose de los principios sería un problema poco frecuente (Alexy, 2014, p. 85); reconoce que puede haber conflictos entre principios cuando uno de ellos sea declarado inválido —situación que se presenta en los conflictos entre reglas, dentro de su teoría—, pero tal evento sería extraordinario, y menciona el ejemplo del principio de discriminación racial, el cual no tiene precedencia frente a otros principios. La finalidad legítima, para Alexy, constituye un presupuesto para los conflictos entre principios. Sánchez Gil (2017, p. XXI) refiere una idea similar cuando alude la expresión del Tribunal Constitucional español, del *prius* lógico.

Siguiendo con la exposición de Ibarra, Barak (2012, p. 246) incluye la finalidad legítima como una fase separada de la idoneidad, como una cuestión inicial (*threshold examination*).

Sánchez (2017, p. XXI) menciona que otros autores, como Fernando Silva García, añaden el criterio del conflicto constitucional entre dos principios. Para Sánchez, incluir estos componentes es una cuestión formal, que no cambia los componentes ni los conceptos, debido a que se encuentran en la formulación tradicional. También da cuenta de la perspectiva de Matthias Klatt y Moritz Meister, para quienes la legitimidad del fin, así como la legitimidad del medio, se consideran fases del examen de proporcionalidad, pero un conjunto separado de los tres subprincipios clásicos.

Más adelante en el texto, como producto del análisis realizado a los casos prácticos, puede observarse que la SCJN tampoco ha tratado de forma unánime el tema de la finalidad legítima; en diversas resoluciones ha adoptado algunas de las posturas teóricas mencionadas. En ocasiones, la finalidad legítima se incluye en la idoneidad, en otro momento se le considera una etapa independiente y, a veces, como un presupuesto (Ibarra, 2021, p. 212)

Siguiendo a Bernal Pulido y a Sánchez Gil, la autora considera que la fase de la finalidad legítima es un paso forzoso y no un aspecto que pueda ser considerado "ajeno" o "externo" al instrumento metodológico de interpretación, más allá de si se incluye o no en la idoneidad o se le cree una grada aparte (Ibarra, 2021, pp. 181-182 y 211). Al mismo tiempo, considera útil desde el punto de vista pedagógico separar la finalidad legítima de la idoneidad, pues en esta fase la cuestión es distinta, consiste en determinar si los medios promueven la finalidad (Ibarra, 2021, p. 182).

Con lo dicho hasta ahora es clara la existencia de distintos entendimientos acerca de los componentes del test de proporcionalidad, en concreto, sobre la finalidad legítima. No hay consenso teórico, así como tampoco hay un acuerdo en su uso por la Corte, tal como lo hace ver el ensayo de Ibarra.

El debate anterior lleva a preguntar cómo se debe entonces entender la finalidad legítima. Se podría pensar, como en parte lo hace Borowski,

que es posible generar diversos entendimientos siempre y cuando se realicen las mismas preguntas. Se puede ir más lejos y pensar que es una cuestión trivial, o sin relevancia práctica, si la finalidad legítima se incluye en algún componente o si se le considera un criterio independiente. No obstante, es relevante que todas las formulaciones se sometan al criterio de consistencia interna. Esto es así porque quizá tomar muy a la ligera la forma en la que se estructura el test de proporcionalidad en cada una de sus gradas haga perder la atención sobre la coherencia entre los componentes.

De acuerdo con Alexy, los principios son mandatos de optimización conforme a las posibilidades jurídicas y fácticas; no se aplican sin más, no son mandatos definitivos. Por esa razón el principio de proporcionalidad se deduce de los principios. "Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto" (Alexy, 2014, p. 92). Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se derivan de las posibilidades fácticas. Dicho brevemente, deben adoptarse medios para la mayor realización de los principios, lo cual incluye adoptar medidas menos lesivas.

Se dice lo anterior porque incluir la finalidad legítima como un componente más del test, como sugiere Barak, por ejemplo, puede llevar a inconsistencias con la propia definición de los principios y con el test de proporcionalidad. En el esquema de Alexy los dos primeros subprincipios, idoneidad y necesidad, se refieren a las posibilidades fácticas. Pero si se incluye la finalidad legítima como un componente más, anterior a la idoneidad, entonces se hacen consideraciones normativas incluso antes de la ponderación. Quizá para evitar esta tensión, Alexy ve la validez de los principios como un presupuesto del test de proporcionalidad.

No se pretende decir con lo anterior que la única forma consistente de entender el principio de proporcionalidad es la de Alexy. Bien podría modificarse la idea de principio, o bien podría aceptarse que los sub-

principios requieren igualmente consideraciones normativas. Lo importante es construir un cuerpo coherente de ideas y no caer en la tentación de configurar el test sin consideración de asunciones previas.

Otra forma de presentar una inconsistencia en el test, por integrar sus componentes de cualquier forma, es la siguiente. Supongamos que hemos incluido la finalidad legítima como un componente al mismo nivel que la idoneidad, la necesidad y la ponderación. La finalidad legítima consta de dos etapas. La primera, en identificar el fin, y la segunda, en la determinación de su legitimidad. Como se expresó, Ibarra, siguiendo a Clérico, comenta que en el caso de prohibiciones expresas con carácter definitivo no resulta necesario detonar el examen de proporcionalidad (Ibarra, 2021, p. 189). La inconsistencia resulta en que si se considera la finalidad legítima como parte del test de proporcionalidad y en la primera etapa ya se ha identificado el principio perseguido por la medida, entonces no tiene sentido decir que no debe detonarse el examen de proporcionalidad. No se pretende enfatizar con esto una cuestión verbal, sino conceptual.

Otro problema surge con las prohibiciones *prima facie*. En el análisis de Ibarra, como se mencionó, la determinación de la legitimidad en el caso de tales prohibiciones se pospone hasta la etapa de ponderación. Pero, si ese es el caso, entonces no se ha determinado la legitimidad del principio.

¿Entonces, de qué sirvió la etapa de legitimidad del principio? Si se trata de prohibiciones definitivas, según Ibarra, no se detona el test de proporcionalidad. Lo cual lleva a la inconsistencia de que el test ya se había iniciado desde el momento en el cual se identificó el fin. Si se trata de prohibiciones *prima facie*, entonces la legitimidad no se lleva a cabo en esa etapa.

Fuentes

Alexy, R. (2013), *El concepto y la validez del derecho*, Jorge M. Seña (trad.), 2a. ed., Barcelona, Gedisa.

_____ (2014), *Teoría de los derechos fundamentales,* Carlos Bernal Pulido (trad.), 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Barak, A. (2012), *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Doron Kalir (trad.), Nueva York, Cambridge University Press.

Borowski, M. (2020), "Necessity and balancing", texto presentado en el Seminario Permanente sobre el Test de Proporcionalidad, 2 de marzo, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Dworkin, R. (2012), *Una cuestión de principios*, Victoria Boschiroli (trad.), 1a. ed., Buenos Aires, Siglo XXI.

Ibarra O., F. (2020), *La finalidad legítima en el test de proporcionalidad y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en edición para su publicación.

Sánchez, R. (2017), "Estudio preliminar", en Klatt, M. y Meister M., *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, Rubén Sánchez Gil (trad.), México, UNAM, pp. XI-LVII.

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.