Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA SUPREMA CORTE

Aplicaciones y desarrollos recientes

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
I070.113
T477t

El test de proporcionalidad en la Suprema Corte : aplicaciones y desarrollos recientes / 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 ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

1 recurso en línea (xxiv, 403 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-181-7

Material disponible en PDF

Contenido: La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano / Gabriela E. Cortés Araujo – Acción de inconstitucionalidad 2/2014 : un precedente oculto / Rubén Sánchez Gil – Consumo lúdico de marihuana y libre desarrollo de la personalidad : comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), amparo en revisión 237/2014 / Juan Antonio García Amado – Proporcionalidad, derechos sociales y justificación pública en la Corte mexicana / Miguel Óscar Casillas Sandoval – El principio de proporcionalidad en la evaluación de las obligaciones estatales relativas al derecho a la cultura : el amparo 566/2015 de la Suprema Corte de Justicia / Andrea Viteri García – La doctrina constitucional de las marcas y el principio de proporcionalidad : dos pendientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la luz del caso Polo / Eduardo de la Parra Trujillo – Recepción del test de proporcionalidad en la jurisprudencia tributaria en México / Gabriela Ríos Granados – La doble dimensión de la proporcionalidad de las penas en México / Rubén Jesús Lara Patrón, Alejandro Torres Morán – Comentario a la sentencia del amparo en revisión 163/2018 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Bernardo Gallegos – Control constitucional, proporcionalidad y ley penal : a propósito del control constitucional realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el Decreto 153 en Michoacán / Diana Patricia Arias-Holguín – El desarreglo de los métodos de adjudicación / Rodrigo González Zuppa – ¿Por qué debe rechazarse el discurso de odio en el ámbito privado? / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Principios, reglas y suásticas / Rodrigo Camarena González

1. Test de proporcionalidad – Decisiones judiciales – Estudio de casos – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Criterio jurisprudencial – Análisis 3. Tutela de normas constitucionales – Derechos fundamentales 4. Legalización de drogas – Marihuana – Derechos de la personalidad 5.– Derechos culturales – Entidades federativas – Principio de proporcionalidad 6. Marcas – Normas constitucionales 7. Proporcionalidad tributaria – Jurisprudencia 8. Control constitucional – Norma penal – Michoacán 9. Delitos de odio – Discursos – Critica 10. Acciones de inconstitucionalidad 11. Derechos sociales 12. Penas y medidas de seguridad 13. Adjudicación de bienes I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. ser.

LC KGF2698

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 doble dimensión de la proporcionalidad de las penas en México

Rubén Jesús Lara Patrón*
Alejandro Torres Morán**

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestro en derecho y con estudios doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid, tiene un máster en Derecho Constitucional y Electoral por la Universidad de Castilla-La Mancha. Fue secretario de estudio y cuenta y titular de la Sección de Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente es magistrado presidente de la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

** Licenciado en Derecho y especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Autónoma de México; tiene una especialidad en Derecho Público Global por la Universidad de Castilla-La Mancha. Ha desempañado diversos cargos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de 2015 a la fecha.

Sumario: A. Marco introductorio; I. La Constitución como una norma suprema; B. Breves notas sobre la restricción de los derechos humanos; C. Un asunto para analizar; I. El test de proporcionalidad en el delito de peligro de contagio; D. La proporcionalidad de las penas (en tanto mecanismo de restricción de los derechos humanos); E. El estado del arte; F. Conclusiones.

A. Marco introductorio

I. La Constitución como una norma suprema

Algunas de las consecuencias relevantes de las revoluciones ilustradas del siglo XVIII —de manera destacada, la independencia de Estados Unidos de América y la revolución francesa—, cuando menos desde el punto de vista jurídico, son el establecimiento y la consolidación de los textos constitucionales como base del ordenamiento jurídico de los países.

Lo anterior, en tanto que de los movimientos referidos se desprenden un par de ideas básicas pero fundamentales para que ese tipo de textos sean entendidos y asumidos como una norma suprema, fundamental y fundamentadora de las demás leyes que integran el sistema jurídico de cualquier Estado, a saber, su origen soberano y su contenido.

En efecto, los textos constitucionales surgen o tienen su origen en el ejercicio del doble poder de decisión (jurídico-política) que corresponde al

titular de la soberanía de un Estado,[1] mientras que, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano,[2] su contenido lo conforman dos elementos que, desde diversas dimensiones, están dirigidos a lograr una limitación efectiva del poder, a saber, los derechos humanos y la división de poderes que, en esta lógica, se vuelven las decisiones políticas fundamentales de un Estado.

Ahora, en relación con el último de los elementos apuntados, es decir, el referido a la distribución funcional de las tareas encomendadas a los órganos que se encargan del gobierno en el Estado, es importante recordar que en su conceptualización inicial, desarrollada por Montesquieu a partir de las ideas inicialmente expresadas por Polibio y Locke, entre otros, la división de poderes se entendía como una separación tajante de las atribuciones de los llamados poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que se organizaban y controlaban mutuamente a partir de un sistema de pesos y contrapesos.

No obstante, en su desarrollo actual, esta posición tradicional presenta diversos matices que permiten advertir la existencia de una relación funcional colaborativa, conforme a la cual, los distintos órganos del Estado pueden ejercer, válidamente, atribuciones que, desde la dimensión inicialmente planteada en torno a este concepto, podrían considerarse ajenas a sus competencias originales.

En el caso mexicano, esta distribución a la que se alude genera la obligación de entablar un diálogo entre los distintos poderes públicos, pero también entre los distintos ámbitos de gobierno que forman parte del modelo federal conforme al cual se ha organizado el Estado, de forma que

[1] La Constitución de Estados Unidos de América fue adoptada el 17 de setiembre de 1787 por la Convención Constitucional de Filadelfia y ratificada en convenciones celebradas en cada estado en nombre de "Nosotros, el pueblo".

[2] "**Artículo 16.** Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución".

cada uno de ellos (poderes y ámbitos) realiza sus tareas a partir del conjunto de facultades, expresas e implícitas, exclusivas y concurrentes, que tienen su base de desarrollo, precisamente, en el texto constitucional.[3]

Por su parte, los derechos humanos, entendidos como límites al ejercicio del poder desde una esfera o dimensión individual, tienen su fundamento en la vida y dignidad de las personas y se desarrollan a partir de diversos principios relevantes, por ejemplo, la libertad (civil y política) y la igualdad, y entrañan o contienen valores que resultan indispensables para que cada individuo logre alcanzar una realización plena.

Los enunciados normativos que se refieren a este tipo de derechos suelen expresarse en términos generales, usualmente, como principios, y no presentan jerarquía entre ellos sino que, por el contrario, deben entenderse de manera interdependiente[4] pues, normalmente, la ejecución de uno involucra el ejercicio de otro u otros y, por tanto, su desarrollo favorece la potencialización de los demás.

En esta lógica, la concreción de cada uno de estos derechos, que se lleva a cabo, de manera esencial, mediante el ejercicio de una labor interpretativa, debe entenderse en el contexto dentro del cual se ejercen y, por tanto, la determinación de sus alcances será variable y dependerá del caso específico que los involucre.

---

[3] De manera general, en el ámbito federal, las facultades del Congreso se encuentran establecidas en los artículos 73 a 77 de la ley fundamental; las competencias del Ejecutivo se precisan en el diverso artículo 89 y las tareas que se encomiendan al Poder Judicial se desarrollan a lo largo de los artículos 99, 100 y 103 a 107; conviene destacar que estas funciones se realizan en coordinación, también, con las encomendadas a los órganos constitucionales autónomos como, por ejemplo, el Instituto Nacional Electoral o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que realizan funciones fundamentales del Estado, las cuales no forman parte del catálogo de competencias de los poderes tradicionales y que, por tanto, realizan en exclusiva. Por su parte, el régimen institucional y competencial de los estados puede desprenderse, básicamente, de los artículos 116, 117, 118 y 124 de la Constitución, mientras que el relativo a los municipios está regulado en el diverso artículo 115 y el de Ciudad de México, sede de los poderes de la Unión, en el 122.

[4] La interdependencia es una característica definitoria de los derechos humanos, junto a otras como, por ejemplo, universalidad, indivisibilidad, inalienabilidad, progresividad y no regresividad.

A propósito de lo anterior, es conveniente dejar asentado que, como consecuencia del carácter supremo de los textos constitucionales y, en la lógica hasta ahora señalada, de su origen y las decisiones en ellos incluidas, resulta indispensable precisar que existen diversos instrumentos, algunos de ellos incluidos en la propia ley fundamental, dirigidos a garantizar que el contenido de estos textos sea respetado y observado de manera obligatoria y general.

Lo anterior es así porque de lo contrario, estas normas supremas correrían el riesgo de perder su naturaleza o carácter de instrumentos jurídicos permanentes, vocación con la cual se desarrollan y, por ende, a partir de la cual fueron establecidas, y sucumbir ante mayorías coyunturales con la fuerza política suficiente para modificarlas o, incluso, desconocer su vigencia y obligatoriedad.

De esta forma, por ejemplo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se han establecido herramientas como la interpretación conforme,[5] los principios de inviolabilidad[6] o jerarquía,[7] el procedimiento de reforma agravado[8] y, en lo que recién acaba de ponerse de relieve, la existencia de órganos cuya encomienda principal es velar por la debida observancia de las previsiones que en ella se desarrollan.[9]

Dicho lo anterior, es necesario tener presente ahora que, en México, conforme a la reforma de 2011 y, en concreto, atento a lo dispuesto en el artículo 1[10] de la ley fundamental, todas las personas gozarán de los

[5] Que en el caso de los derechos humanos es constitucional y convencional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1, párrafo segundo, de la ley fundamental.
[6] Artículo 136.
[7] Artículo 133.
[8] Artículo 135.
[9] En materia de derechos humanos, el control de constitucionalidad y convencionalidad de actos y leyes lo llevan a cabo todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, en términos de lo dispuesto en el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución, mientras que los principios de supremacía constitucional y división de poderes son objeto de un control concentrado, que realiza un órgano específico (Poder Judicial de la Federación), por ejemplo, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, respectivamente.
[10] "**Artículo 1**. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexi-

derechos humanos reconocidos por la propia Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.

Además, todas las autoridades, en el ejercicio de las atribuciones con que cuentan, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los referidos derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con el fin de prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier violación que pudiera presentarse respecto de ellos.

Por otro lado, la interpretación de esta clase de derechos debe llevarse a cabo conforme a la propia Constitución y a los tratados internacionales de la materia, con la premisa esencial de que debe favorecerse, en todo tiempo, la protección más amplia de las personas.

Por último, y en lo que ahora interesa destacar, el ejercicio de los derechos en cita podrá restringirse e, incluso, suspenderse, en los casos y bajo las condiciones que la propia ley fundamental establece.

De esta forma, es importante tener claridad en torno a que el ejercicio de este tipo de previsiones constitucionales no debe entenderse como una posibilidad ilimitada sino que, por el contrario, admite, de manera natu-

---

cano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

ral, el establecimiento de restricciones que, en todo caso, siempre deberán encontrar razones sólidamente argumentadas y construidas que justifiquen tal determinación.

B. Breves notas sobre la restricción de los derechos humanos

En los términos desarrollados en el apartado precedente, los derechos humanos están sujetos a límites (ordinarios y extraordinarios) que pueden ser explícitos o no, pues su alcance no debe entenderse en términos absolutos para evitar su ejercicio abusivo, lo que, sin embargo, no significa desconocer su importancia y relieve sino, sólo entender que, de esta forma, se posibilita la existencia plena y armónica de los derechos de una persona frente al ejercicio de los derechos de los demás.

Ahora, en tanto involucran el ejercicio de esta clase de previsiones, la restricción de los derechos humanos debe ser estudiada o analizada de manera particular para evitar cualquier arbitrariedad y asegurar que tal determinación se encuentra ajustada al contenido constitucional y permite el ejercicio eficaz de los principios y valores incluidos en éste.

Para emprender el análisis de una limitación que involucre derechos humanos, se han desarrollado diversas herramientas argumentativas[11]

[11] Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los juzgadores pueden emplear diversas herramientas interpretativas que los ayuden a constatar si se ha violado o no algún derecho humano y, al respecto, ha precisado que entre las herramientas más comunes para hacerlo se encuentran el test de proporcionalidad, la interpretación conforme y el escrutinio judicial e, incluso, ha determinado que los operadores jurídicos pueden decidir cuál es, entre ellas, la más adecuada para resolver un asunto sometido a su conocimiento a partir de la valoración de elementos como el principio o derecho que se estime vulnerado; si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio de sus derechos, o bien si es una verdadera restricción en su disfrute; el tipo de intereses en juego; la intensidad de la violación alegada y la naturaleza de la norma impugnada. Lo anterior ha quedado establecido en la tesis TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL. Tesis CVII/2018, Aislada, Segunda Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 60, noviembre de 2018, t. II, p. 1191, registro 2018475.

que aportan parámetros tendentes a establecer directrices objetivas, conforme a las cuales sea posible desarrollar un control constitucional vinculado con la hermenéutica de los derechos humanos.

Estos criterios encuentran sistematización en modelos conocidos como test, en los cuales se establecen distintos criterios que deben estudiarse y desahogarse con la finalidad de acreditar y calificar alguna situación concreta y, de esta forma, generar un control en la interpretación constitucional de los derechos humanos.

Así, las evaluaciones de referencia se constituyen como instrumentos útiles para la resolución de los conflictos normativos que derivan del ejercicio y restricción de los derechos en cita, respecto de los cuales, se busca evitar, caso por caso, que prevalezca cualquier tipo de prohibición absoluta, y se genere cualquier tipo de jerarquía entre ellos, o bien se prejuzgue sobre su mayor o menor relevancia y legitimidad.

Lo anterior, atento a la diferencia existente entre los derechos humanos que, se insiste, son expresados como principios, y las reglas que derivan de los enunciados normativos concretos que, por su naturaleza, pueden ser derrotadas y admiten, frente a cualquier conflicto que las involucre, la existencia de soluciones permanentes, es decir, que puedan ser utilizadas siempre que se presente la situación de la que derivan.

Ahora bien, a propósito de lo hasta ahora desarrollado, es menester mencionar que, doctrinalmente, se han identificado diversos modelos de examen que atienden a distintas finalidades y, en ese sentido, establecen diferentes criterios para determinar lo que, en cada caso, resulta razonable.

Así, pueden identificarse, cuando menos, análisis vinculados con la igualdad y no discriminación, la ponderación de derechos, identificación del contenido esencial, progresividad y prohibición de regresividad, máximo uso de recursos disponibles y, desde luego, restricción de derechos.[12]

[12] Sobre el particular, véase, por ejemplo, Vázquez (2018).

Por cuanto hace a este último test, esto es, el que involucra la restricción de derechos, debe decirse que éste se desarrolla, de manera esencial, mediante la valoración de distintos pasos o categorías que, en general, se identifican como la existencia de un fin constitucionalmente válido, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si la medida legislativa (limitación) en análisis no supera la evaluación recién anunciada, el derecho conservará su contenido inicial; de lo contrario, es decir, si la ley que limita el derecho se encuentra justificada conforme a los parámetros recién referidos, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el originalmente previsto.[13]

De manera esencial, puede decirse que el primero de los parámetros mencionados (fin constitucionalmente válido) implica la existencia de una razón constitucional que justifique la previsión del límite establecido en relación con un derecho humano;[14] mientras que la idoneidad obliga a valorar la relación existente entre el fin indicado y la medida propuesta;[15] la necesidad exige estudiar que la restricción es la menos lesiva para el ejercicio del derecho[16] y la proporcionalidad en sentido estricto hace necesario analizar el grado de limitación propuesto en relación con el nivel de satisfacción obtenido.[17]

---

[13] TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. Tesis CCLXIII/2016, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915, registro 2013156.

[14] PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Tesis CCLXV/2016, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 902, registro 2013143.

[15] SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Tesis CCLXVIII/2016, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 911, registro 2013152.

[16] TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Tesis CCLXX/2016, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 914, registro 2013154.

[17] CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Tesis CCLXXII/2016, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 894, registro 2013136.

El escrutinio antes mencionado adquiere una dimensión mayor cuando involucra un riesgo de discriminación, esto es, cuando se vincula con alguna de las categorías sospechosas incorporadas en el texto constitucional, en cuyo caso, el análisis atinente debe efectuarse con mayor intensidad.[18]

Por tanto, en este tipo de asuntos, el resultado de la aplicación del test de proporcionalidad debe garantizar que la limitación que se estudie involucra un fin constitucional imperioso y claramente protegido; existe una conexión directa y absoluta entre éste y la medida restrictiva (idoneidad), el límite involucradoresulta indispensable, en tanto que es la única alternativa posible en relación con el derecho concreto (necesidad), y el fin legislativo justifica de manera determinante la intensidad en la que se menoscaba el derecho respectivo.

El test de referencia ha sido utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en distintos asuntos que han sido sometidos a su conocimiento con el objeto de resolver sobre la legitimidad constitucional de las medidas legislativas que suponen una intervención o límite en los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el que, por sus peculiaridades, se destaca a continuación.

C. Un asunto para analizar

I. El test de proporcionalidad en el delito de peligro de contagio

El 30 de abril de 2018, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, de la ponencia del ahora ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, la acción de inconstitucionalidad 139/2015,[19] pro-

[18] INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. Tesis CCCXII/2013, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXV, octubre de 2013, t. 2, p. 1052, registro 2004712.

[19] El engrose de este fallo está disponible en www.scjn.gob.mx.

movida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos contra el artículo 158[20] del Código Penal de Veracruz, cuya reforma se publicó en la *Gaceta Oficial del Gobierno del Estado* el 1 de diciembre de 2015, en la porción normativa que se refería a las "infecciones de transmisión sexual".

Esto, al estimar, medularmente, que la disposición referida era contraria a los derechos a la libertad personal e igualdad ante la ley, en tanto que otorgaba un trato diferenciado a las enfermedades o infecciones de transmisión sexual respecto de las contraídas por otra vía pues, en su concepto, era suficiente con penalizar el peligro de contagio doloso de cualquier enfermedad, sin necesidad de dirigir la norma a las personas que presentaban un padecimiento de este tipo, pues ello derivó en que dicha disposición se tornara discriminatoria, innecesaria, parcial e injustificada, máxime que configuraba estas enfermedades como graves, de manera genérica, aun cuando no todas lo eran.

Con base en lo anterior, consideró que la disposición controvertida no podría superar un test de igualdad y un escrutinio estricto, al involucrar una categoría sospechosa de las referidas y prohibidas por el artículo 1 de la Constitución federal, además de que resultaba contraria a diversos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al emprender el estudio de regularidad constitucional correspondiente, el Alto Tribunal se refirió, por principio de cuentas y con un ánimo de contextualización, al origen y desarrollo del tipo penal relativo al delito de peligro de contagio de enfermedades de transmisión sexual e, incluso, destacó cuáles entidades federativas lo regulaban, cuáles no, y cuáles remitían esta conducta en relación con otras enfermedades o conductas

[20] "**Artículo 158**. A quien padezca infección de transmisión sexual u otras enfermedades graves y dolosamente ponga en peligro de contagio a otra persona, se le impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cincuenta días de salario. El juez dispondrá lo necesario para la protección de la salud pública".

y, además, hizo referencia a su criminalización en otros países, así como al debate que ha generado esta política.

Hecho lo anterior, precisó que la disposición impugnada constituía una restricción al derecho a la libertad personal y, en esta lógica, consideró que debía analizarla a la luz de los distintos criterios que integran el test de proporcionalidad, a efectos de concluir si obedecía a un fin legítimo o constitucionalmente relevante; era una medida necesaria para obtener los fines deseados e idónea para su realización, y resultaba estrictamente proporcional, es decir, si existía una correspondencia entre la importancia del fin perseguido y los efectos perjudiciales producidos en otros derechos e intereses constitucionales.

Establecida la metodología indicada, y tras señalar que la restricción contenida en el precepto en estudio respetó el principio de reserva de ley, la Corte determinó que también tenía un fin constitucionalmente relevante, relacionado con la tutela del derecho a la salud con especial énfasis en mujeres y niñas, que fue el objeto de la reforma del precepto en cuestión.

Posteriormente, consideró que la medida objeto de control constitucional no implicaba una necesidad social imperiosa ni tenía una correlación idónea, óptima e indispensable con la tutela de los derechos previamente indicados, pues antes de que la norma fuera reformada, ya penalizaba la puesta en riesgo de contagio dolosa de enfermedades graves, sin distinguir su origen o mecanismo de transmisión, por lo que estimó que el supuesto cuestionado ya se encontraba, de hecho, subsumido en el tipo penal y, por tanto, la modificación controvertida penalizó de manera autónoma la conducta en cita, específicamente, por cuanto hacía a las enfermedades sexuales no graves.

En la lógica apuntada, estimó que la incidencia normativa no tenía una conexión directa con el bien jurídico tutelado y, por tanto, la medida no era idónea, dado que la inclusión de la porción controvertida no resultaba

indispensable para tutelar el derecho a la salud de las mujeres y niñas, pues las enfermedades de transmisión sexual graves ya se encontraban previstas en el tipo penal.

Además, consideró que el objeto perseguido en la disposición estudiada podía alcanzarse por medios menos restrictivos como, por ejemplo, la implementación de campañas de prevención y control de las infecciones de transmisión sexual, y que la porción controvertida no tenía relación con el objetivo perseguido, ya que la intensión del legislador era incluir las enfermedades de transmisión sexual graves, pero éstas ya estaban penalizadas.

De conformidad con lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la reforma impugnada no superó la evaluación de proporcionalidad desarrollada y, por tanto, concluyó que la restricción combatida no se justificó a la luz de los criterios que sirvieron como parámetros para emprender el análisis conducente, por lo que resolvió la inconstitucionalidad del artículo 158 del Código Penal de Veracruz, en la porción normativa a la que se ha hecho mención, conclusión que, por su naturaleza penal, surtió efectos retroactivos en términos de la normativa aplicable al medio de control de constitucionalidad abstracto en el que se llevó a cabo el estudio correspondiente.

En relación con el fallo sintetizado, es importante destacar que aun cuando la inconstitucionalidad propuesta fue apoyada por una mayoría calificada de ocho ministros, con el voto en contra de los ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo y Javier Laynez Potisek, entre quienes acompañaron la propuesta, sólo los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Alberto Pérez Dayán lo hicieron en los términos de la consulta, mientras que la ministra Norma Lucía Piña Hernández y los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Luis María Aguilar Morales, José Fernando Franco González Salas y Eduardo Medina Mora Icaza estuvieron conformes con el sentido, pero manifestaron concurrencia en cuanto a los argumentos que sirvieron de base para sostener tal decisión.

Para visibilizar lo indicado en el párrafo precedente, a continuación se incorpora un cuadro en el que se resumen las posiciones esenciales sostenidas por los integrantes del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cuadro 1. Posiciones sostenidas por los integrantes del Pleno

MINISTRO	POSICIONAMIENTO
José Ramón Cossío Díaz	Ponente
Alberto Pérez Dayán	A favor del proyecto, en sus términos.
Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	A favor del proyecto, en sus términos.
Jorge Mario Pardo Rebolledo	Votó contra el proyecto. Argumentó que las campañas preventivas de información y otras medidas de ese tipo no eran efectivas para disuadir el riesgo de contagio de ese tipo de enfermedades, tal como lo haría el precepto, pues la norma contemplaba una conducta dolosa de una persona que quería contagiar a otra, y no una situación de ignorancia o falta de información.
Javier Laynez Potisek	Votó contra el proyecto. Adujo que el test de proporcionalidad no debía utilizarse como herramienta metodológica para analizar la norma cuestionada, porque se confrontaba el precepto con una política criminal y eso no debía estudiarlo la Corte, pues el legislador podía hacer precisiones a la norma, especialmente, si advertía algún peligro en el contagio de enfermedades.
Norma Lucía Piña Hernández	Compartió el sentido del proyecto. Se apartó de consideraciones de la consulta, al entender que la inconstitucionalidad del precepto era consecuencia de la violación al principio de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional, ya que contemplaba una misma sanción para supuestos diferentes: peligro de contagio por enfermedades de transmisión sexual graves (que ponen en riesgo la vida) y no graves (que no ponen el peligro la vida).
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Compartió el sentido del proyecto. Argumentó que el artículo impugnado violó el principio de taxatividad porque regulaba un gran número de conductas y, por tanto, entrañaba una dificultad técnica para saber la vía de transmisión de las enfermedades analizadas, así como el resultado que producen en su receptor.

Eduardo Medin Mora Icaza	Compartió el sentido del proyecto. Se separó de diversas consideraciones del proyecto al considerar que el tipo analizado planteaba una medida privativa de la libertad excesiva, la cual podía suplirse con medidas menos restrictivas.
Fernando Franco González Salas	Compartió el sentido del proyecto. En un principio, optó por una interpretación conforme, pero dado que se analizaba una norma de tipo penal llegó a la conclusión de que ésta no era viable.
Luis María Aguilar Morales	Compartió el sentido del proyecto. No estuvo de acuerdo con analizar el impacto de la reforma mediante un test de proporcionalidad sin contrastarlo con un derecho humano porque, en su concepto, se analizaba una política criminal. Optó por la inconstitucionalidad de la norma por la violación al principio de taxatividad.
Margarita Beatriz Luna Ramos	No asistió a la sesión, desempeñaba una comisión oficial.

Las consideraciones previamente sintetizadas, ponen de manifiesto que siete ministros se separaron (total o parcialmente de las consideraciones del proyecto) y, de entre ellos, cuando menos cuatro se pronunciaron en el sentido de que fue incorrecto emprender el análisis de la disposición cuestionada a partir del test de proporcionalidad que se utilizó como herramienta metodológica en el proyecto.

En razón de lo anterior, vale la pena formular algunas consideraciones vinculadas con el estudio de la proporcionalidad de las penas.

D. La proporcionalidad de las penas (en tanto mecanismo de restricción de los derechos humanos)

El concepto de proporcionalidad de las penas fue introducido para limitar el *ius puniendi* y, en principio, hay al menos dos aspectos o exigencias que hay que distinguir en relación con él; por una parte, la necesidad de que la pena sea proporcional al delito y, por otra, la exigencia de que

la proporcionalidad se establezca con base en la importancia social del hecho (Mir, 2016, p. 139).

El principio en cita opera tanto en el momento de creación del derecho por los legisladores como en el de su aplicación por los juzgadores e, incluso, en el de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria.

Sobre el particular, Ferrajoli (1995, p. 399) apunta que la primera dificultad originada por el problema de la elección por el legislador de la entidad de la pena se presenta en relación con la gravedad del delito y, al respecto, señala dos orientaciones diversas: una objetivista, que mide la gravedad del delito y, por consiguiente, la de la pena por la entidad del daño, y otra subjetivista, que la mide por el grado de culpabilidad; además, señala que en todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al de igualdad en materia penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto de este tema en diversos precedentes, de los que es posible desprender, de manera medular, lo sostenido en torno a que los Estados deben asegurar que una pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso, para lo cual, antes de dictar sentencia, ofrecerán a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia.[21]

De esta forma, ha resaltado que en la imposición de penas debe establecerse una graduación en la gravedad de los hechos, a la que corresponderá otra en torno a los niveles de severidad de la sanción aplicable[22] y que al momento de individualizar las penas deben establecerse los motivos por los que se fija la que corresponda.[23]

[21] *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párrafo 133.
[22] *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 102.
[23] *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párrafo 196.

Finalmente, ha reiterado de manera consistente que la racionalidad y proporcionalidad deben dirigir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, para evitar la impunidad, así como el exceso y abuso en la determinación de penas.[24]

En México, el artículo 21, párrafo tercero,[25] de la Constitución federal establece como facultad exclusiva de la autoridad judicial la imposición de las penas, su modificación y la determinación de su duración, de forma que únicamente podrá declararse la culpabilidad de una persona y, en consecuencia, imponerle una pena por medio de un juicio seguido ante las autoridades competentes.

En consonancia con lo anterior, el párrafo primero del artículo 22[26] de la norma fundamental señala que quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, la infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales y, además, precisa que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.[27]

---

[24] *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, párrafo 87.

[25] "Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.
[…]
La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial".

[26] "Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado".

[27] En ese sentido, el artículo 51 del Código Penal Federal establece que, en los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, considerando las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; en particular, cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan; además, el artículo 52 establece que el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta "I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; V.- La edad, la educación, la ilus-

Respecto de este tópico, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido[28] que el legislador tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal y, en consecuencia, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, atento a las necesidades sociales del momento histórico respectivo y con plena observancia del contenido de diversos principios constitucionales, entre los que se encuentran el de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.

En relación con lo antes expuesto, el Alto Tribunal ha considerado que el test de proporcionalidad en sentido amplio resulta aplicable en el análisis de las restricciones o límites de derechos humanos, y encuentra funcionalidad en relación con el estudio de principios que, por su naturaleza, deben realizarse en la mayor medida posible, a partir de las particularidades fácticas y normativas existentes, mientras que la proporcionalidad que deriva del artículo 22 de la ley fundamental que, en esta lógica, es en sí mismo un principio constitucional, es el parámetro con el cual se analiza la constitucionalidad de determinadas reglas, las cuales deben ser congruentes con el bien jurídico vulnerado.[29]

En desarrollo de lo anterior, ha precisado[30] que la proporcionalidad en sentido amplio, aplicada a las normas penales, es una herramienta inter-

---

tración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma."

[28] LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA. Tesis 102/2008, Jurisprudencia, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 599, registro 168878.

[29] PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES. Tesis CCCIX/2014, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, t. I, p. 590, registro 2007342.

[30] PENAS. LA INTENSIDAD DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA EXAMINAR SU AUMENTO ESTÁ DETERMINADA POR EL AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR EN

pretativa orientada, exclusivamente, a fundamentar la validez o invalidez de una intervención en derechos fundamentales de acuerdo con los límites impuestos al legislador democrático por la propia Constitución y también que, a la luz de este modelo, el examen de una medida legislativa consistente en que una pena debe llevarse a cabo atento a la amplitud del poder de creación normativa previamente indicado.

Además, ha referido[31] que para que una pena sea proporcional desde esta dimensión de análisis debe tener una finalidad constitucionalmente válida y superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y que este criterio de evaluación podría tener lugar en el ámbito de las reglas relativas a la individualización de la sanción que lleva a cabo el juzgador, al imponer una sanción concreta para un caso determinado.[32]

En complemento de lo anterior, también ha sostenido que la proporcionalidad prescrita en el artículo 22 constitucional está ligada a la obra legislativa, es decir, se encamina a determinar si en la norma se estableció una penalidad coherente, a partir de un orden o escala que garantice que las personas condenadas por delitos similares reciban sanciones de gravedad comparable, mientras que quienes realicen conductas reprochables de distinta gravedad, sean sancionadas con penas acordes con la propia graduación del marco legal.

MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL. Tesis CCIX/2011, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro II, noviembre de 2011, t. 1, p. 203, registro 160670.

[31] SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. Tesis CCVIII/2011, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro II, noviembre de 2011, t. 1, p. 209, registro 160644.

[32] PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LA PRIMERA ESTÁ RELACIONADA CON LA PENALIDAD EN ABSTRACTO, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA PUEDE VINCULARSE CON LA INDIVIDUALIZACIÓN EN EL CASO CONCRETO. Teis CCCXI/2014, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, t. I, p. 591, registro 2007343.

En relación con este principio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido[33] que en la interpretación del artículo 22 constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y el grado de afectación al bien jurídico protegido, de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes.

Así, ha considerado que el legislador debe atender a tal principio al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución federal.

Además, ha definido que el principio de proporcionalidad contemplado expresamente en el artículo 22 de la ley fundamental no sólo impone al juez el deber de individualizar la pena atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, sino que también constituye un mandato dirigido al legislador para verificar que exista adecuación entre la gravedad del delito y la de la pena y, en este sentido, para enjuiciar la proporcionalidad de una pena a la luz del precepto mencionado puede resultar necesario, incluso, atender a razones de oportunidad condicionadas por la política criminal del legislador.[34]

Finalmente, ha indicado[35] que resulta más adecuado hacer un juicio de proporcionalidad de las penas en términos de una lógica de niveles

[33] PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis 3/2012, Jurisprudencia, Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 503, registro 160280.

[34] PENAS. PARA ENJUICIAR SU PROPORCIONALIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL PUEDE ATENDERSE A RAZONES DE OPORTUNIDAD CONDICIONADAS POR LA POLÍTICA CRIMINAL INSTRUMENTADA POR EL LEGISLADOR. Tesis CCXXXV/2011, Asilada, Primera Sala, Décima Época, *Semanario judicial de la Federción y su Gaceta*, libro II, noviembre de 2011, t. 1, p. 204, registro 160669.

[35] PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SU ESTUDIO DEBE LLEVARSE A CABO ATENDIENDO A LOS NIVELES ORDINALES Y NO A LOS CARDINALES O ABSOLUTOS DE SANCIÓN. Tesis

ordinales, es decir, a partir de un orden general establecido en el sistema de acuerdo con la escala prevista por el legislador en grandes renglones para que, de forma aproximada, pueda determinarse qué pena es la adecuada.

Lo anterior, pues así es más fácil identificar si el principio de proporcionalidad se ha violado cuando un delito de determinada entidad, ubicado en sentido ordinal dentro de un subsistema de penas se sale de ese orden y se le asigna una pena superior, además de que ese modelo ofrece ventajas, por ejemplo, que las personas condenadas por delitos similares deben recibir sanciones de gravedad comparable y por delitos de distinta gravedad penas cuya onerosidad esté graduada de forma correspondiente.

E. El estado del arte

De acuerdo con los razonamientos hasta ahora desarrollados, es posible advertir que el término proporcionalidad, y el análisis de las normas que se realiza al amparo de este criterio presentan alguna ambigüedad y, por tanto, ciertas dificultades para definirlo, entenderlo y aterrizarlo en relación con la materia penal y, en específico, con el análisis de las sanciones en él establecidas.

A efectos de evitar la existencia de tensiones que puedan comprometer la tutela de los derechos humanos en la rama juridica antes apuntada, esencialmente, por cuanto hace a los límites o restricciones establecidos en torno a ellos, es importante precisar, desde ahora, que el análisis de proporcionalidad de una norma penal puede realizarse, primero, en relación con el establecimiento de penas o sanciones, que se constituyen, desde luego, como una restricción al ejercicio de los derechos humanos de las personas y, además, que se lleva a cabo desde dos dimensiones distintas, a saber, una abstracta, vinculada con la configuración genérica de la norma, y otra concreta, relacionada con su aplicación.

CCCX/2014, Aislada, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, t. I, p. 589, registro 2007341.

En este sentido, resulta entendible que, relacionado con el análisis de las normas penales que establecen sanciones de esta naturaleza, pueda hablarse de dos modelos o parámetros de proporcionalidad que, conforme a lo expresado, servirán para valorar aspectos distintos de la regulación penal, en tanto que tienen una naturaleza u origen diferenciado y, además, persiguen finalidades diversas.

De acuerdo con lo apuntado, es posible advertir que, en el sistema jurídico nacional, el análisis del ejercicio de los derechos humanos en relación con la materia penal y, en específico, con los enunciados normativos que desarrollan las penas que pudieran limitarlo o restringirlo, se lleva a cabo mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual puede aplicarse en dos dimensiones distintas, aunque complementarias, y éstas, para efectos de facilitar su identificación, podrían identificarse como correspondientes a los sentidos amplio y específico de evaluación.

Ambos niveles de contraste reconocen, de manera común, que el legislador tiene amplia libertad configurativa para establecer el diseño de una política criminal en la que se atiendan las necesidades de la sociedad en un momento y contexto determinados, y son útiles para analizar las penas desde la perspectiva de su creación y funcionalidad dentro del sistema que las contiene, pero también desde el punto de vista de su aplicación en un caso específico.

De esta forma, parece que el establecimiento de las dos dimensiones de análisis aludidas resulta lógico y conveniente, en tanto que se encargan de verificar la proporcionalidad de las sanciones penales y garantizar que la posibilidad que entrañan, en el sentido de limitar el ejercicio de los derechos humanos como consecuencia de la imposición de una medida de esta naturaleza, siempre esté ajustada a los principios que deben observarse en este tipo de determinaciones y, por ende, que las decisiones de esta naturaleza se alejen de cualquier arbitrariedad o exceso.

Esto resulta relevante, sobre todo, si se toma en consideración la naturaleza del derecho penal, la relevancia de entederlo, de manera efectiva, como

última ratio, y la conveniencia de evitar y alimentar, en su aplicación, los impulsos irracionales, arbitrarios y autoritarios.

Pues bien, en esta lógica, la proporcionalidad en sentido amplio está llamada a garantizar que, en la aplicación o determinación que se lleve a cabo en sede jurisdiccional de las sanciones penales, se observen y respeten los principios constitucionales conducentes y, así, ese modelo de evaluación se constituya como una herramienta interpretativa útil para fundamentar la validez de una intervención en el ejercicio de los derechos, pues obliga a que la disposición que se analice o contraste con base en ese método supere los distintos elementos o etapas que lo componen.

Advertida la finalidad constitucionalmente válida y aceptada la idoneidad y la necesidad de una medida concreta, se valorará su proporcionalidad específica, con el fin de determinar, mediante la utilización de técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar (Rojas, 2009).

Por su parte, la proporcionalidad específica de las penas se constituye como un principio constitucional que sirve como parámetro de estudio de la creación legislativa, en concreto, como elemento de contraste de una regla, y obliga a determinar si la pena encuentra congruencia, primero, con la conducta reprochable realizada y, después, con el sistema de comportamientos indebidos y sanciones en el que está contenido.

Por tanto, como se ha anunciado previamente, el uso de este mecanismo de análisis se encamina a garantizar que quienes sean sancionados por conductas similares reciban penas comparables, y que quienes hayan llevado a cabo conductas que se consideren más graves, sean castigados de acuerdo con la propia graduación del marco legal, de manera que este princi-

pio será transgredido cuando la obra legislativa disponga, por ejemplo, distintas penalidades para comportamientos igualmente reprochables.

Pues bien, en este escenario, debe recordarse que el asunto que sirvió como detonante para las consideraciones desarrolladas en el presente texto es una acción de inconstitucionalidad y, por tanto, un medio de control abstracto, cuyo fin último era determinar si el precepto cuestionado era contrario o no a la ley fundamental.

El precepto sometido a análisis de la Suprema Corte, según se ha dicho, contenía un tipo penal relacionado con el delito de peligro de contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual, u otras consideradas graves, que de acuerdo con la propia disposición sería castigado con privasión de la libertad y multa, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud de las personas.

Según se ha establecido, el análisis realizado en la sentencia se llevó a cabo a partir de un test de proporcionalidad en sentido amplio y, por tanto, el contraste de la norma controvertida se realizó, de manera destacada, con el derecho de libertad personal, y conforme a los elementos relativos a la existencia de un fin constitucionalmente válido, idoneidad y necesidad, y al no haberse superado este último, se determinó la inconstitucionalidad del precepto.

Ahora bien, de acuerdo con lo expresado en este texto, la metodología de análisis antes indicada, esto es, la utilización de un test amplio para evaluar la constitucionalidad del trabajo legislativo, parece resultar contraria a la línea argumentativa que ha desarrollado el Alto Tribunal en este tipo de asuntos, con independencia de que ésta haya surgido de criterios que en su mayoría son aislados y orientadores y, por ende, no constituyen jurisprudencia obligatoria en la materia.

No obstante, la consistencia y predecibilidad connaturales a los órganos jurisdiccionales, especialmente importante en los de última instancia,

podrían haberse considerado como razones suficientes para justificar que el análisis correspondiente fuera efectuado desde un nivel de estudio distinto al que quedó reflejado en la resolución.[36]

Es oportuno agregar a lo anterior una consideración relativa a que, en este caso, si bien es verdad que la previsión sometida al análisis de la Corte implicaba la posible restricción a la libertad personal, lo cierto es que la intervención en este derecho involucraba, de manera natural, una relación o interdependencia con otros principios igualmente relevantes, por ejemplo, y sólo por citar el que se desprende de manera directa del propio dispositivo jurídico analizado, el de salud pública.

Esta puntualización se estima conveniente porque pone de relieve que en el estudio de la restricción contenida en la norma impugnada, como en la mayoría de las normas sancionatorias incluidas en el derecho penal, la limitación en el ejercicio de algún derecho encuentra una relación o vinculación necesaria e ineludible con otros principios de igual rango que sirven para entender y justificar, precisamente, la medida restrictiva.

En esta lógica, los principios señalados, que por su naturaleza no admiten jerarquización alguna, no podrían sucumbir frente a alguno en específico, pues esto implicaría reconocer la mayor relevancia de uno de ellos y, consecuentemente, establecer que uno podría imponerse a los demás y, de esta forma, se comprometería la protección efectiva de los derechos humanos, en tanto que una parte de su eficacia quedaría neutralizada.[37]

Desde esta perspectiva, la regla contenida en el precepto que, finalmente, fue considerado inconstitucional, pudo haberse analizado, como sugirió alguno de los integrantes del Pleno de la Corte, frente al principio de

[36] Cuyas consideraciones, al no haber sido acompañadas por una mayoría de, al menos, ocho ministros, en términos de ley no adquieren el carácter de obligatorias.
[37] *Cfr*. Klatt y Meister (2017, pp. 11-12).

proporcionalidad establecido en el artículo 22 de la ley fundamental, a efectos de determinar si la pena era acorde con el bien jurídico afectado.

Sin embargo, con independencia de lo anterior, el análisis atinente también pudo haberse llevado a cabo, válidamente, a partir de cualquier metodología encaminada a determinar si tal previsión, se insiste, entendida como una regla, se ajustaba a los principios que regulan la conformación de los tipos penales, por ejemplo, el de razonabilidad, legalidad e, incluso, como se sugirió durante el debate del asunto, el de taxatividad.

En efecto, el principio de estricta legalidad o taxatividad penal implica que los términos empleados por la ley para designar las figuras del delito sean dotados de una extensión determinada, para evitar expresiones vagas y valorativas (Ferrajoli, 1995, p. 121).

Así, en términos de este principio, toda persona tiene derecho a estar informada de lo que el Estado obliga o prohíbe y, por tanto, una persona no puede ser condenada por un delito cuya definición sea ambigua o vaga pues, de lo contrario, se le colocaría en estado de indefensión (Hernández-Romo).

En México, el principio de taxatividad deriva, de manera inmediata y directa, del artículo 14 de la Constitución federal, que en su párrafo tercero[38] establece, sustancialmente, que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

[38] "Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
[…]
En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

No obstante, esta previsión no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensiva al creador de la norma y, en este sentido, resulta evidente que la garantía en comento está conectada, de manera necesaria e indisoluble, con el principio de legalidad.

Así, a la luz de la previsión de referencia, es dable exigir al legislador que emita normas claras, precisas y exactas en relación con la conducta reprochable y la consecuencia jurídica derivada de su comisión, es decir, de manera general, se le vincula a que dentro de los textos en los que se recogen los tipos penales exista una interpretación clara, y se presente un significado concreto y unívoco que reduzca en la mayor medida posible el margen de interpretación normativa asociado a este tipo de previsiones.

Conforme a lo anterior, el legislador debe formular las normas de la forma más precisa posible y, en consecuencia, evitar conceptos elásticos, generales o indeterminados, para reducir el margen de discrecionalidad de los jueces y, de esta forma, garantizar los principios de seguridad y certeza jurídicas en torno a las normas penales y, consecuentemente, reducir el riesgo de arbitrariedad en su aplicación.

En congruencia con los planteamientos generales previamente desarrollados, la Suprema Corte ha sostenido que al analizar la constitucionalidad de normas penales no es posible realizar una interpretación conforme o integradora, atenta a las particularidades que deben observarse en relación con el principio de legalidad en la materia, como la reserva de ley, la prohibición de aplicarla de manera retroactiva en perjuicio de alguna persona, y el principio de taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben estar previstas en la ley de forma clara, limitada e inequívoca y no mediante tipos penales ambiguos.[39]

[39] NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA. Tesis 33/2009, Jurisprudencia, Pleno,

Por cuanto hace, en específico, al principio de taxatividad, ha señalado,[40] de manera esencial, que la exacta aplicación de la ley en materia penal obliga al legislador a señalar con claridad y precisión las conductas típicas y las penas aplicables, aunque una disposición normativa no es necesariamente inconstitucional si el legislador no define cada vocablo o locución que utiliza, pues ello tornaría imposible la función legislativa.

De esta forma, el mandato de taxatividad sólo puede obligar al legislador penal a una determinación suficiente y no a la mayor precisión imaginable y, por tanto, la taxatividad tiene un matiz que requiere que los textos legales que contienen normas penales sólo describan, con suficiente precisión, qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas, por lo que la exigencia en cuanto a la claridad y precisión es gradual.

En este sentido, ha dicho que el mandato de taxatividad presenta una tensión estructural, relacionada con alcanzar el punto adecuado entre precisión (claridad) y flexibilidad de una disposición normativa para que, en una sana colaboración con las autoridades judiciales, dichas disposiciones puedan ser interpretadas para adquirir mejores determinaciones.

Atento a lo anterior, ha reconocido que el legislador penal no puede dejar de utilizar expresiones, conceptos jurídicos, términos técnicos, vocablos propios de un sector o profesión y, por ello, encamina su función a alcanzar un grado de determinación suficiente e inicial aunque, después, para analizar el grado de claridad y precisión de una expresión podrá acudirse a otros elementos como la gramática, el contraste de la disposición con otras expresiones contenidas en la misma ley o en otro ins-

---

Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, abril de 2009, p. 1124, registro 167445.

[40] TAXATIVIDAD EN MATERIA PENAL. SÓLO OBLIGA AL LEGISLADOR A UNA DETERMINACIÓN SUFICIENTE DE LOS CONCEPTOS CONTENIDOS EN LAS NORMAS PENALES Y NO A LA MAYOR PRECISIÓN IMAGINABLE. Tesis 24/2016, Jurisprudencia, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 30, mayo de 2016, t. II, p. 802, registro 2011693.

trumento normativo, así como al contexto en el cual se desenvuelven las normas y a sus posibles destinatarios.

En relación con esto último, ha indicado que en la aplicación del principio de taxatividad es imprescincible atender al contexto en el que se desarrollan las normas, así como a sus posibles destinatarios, pues la norma debe ser precisa para quienes potencialmente pueden estar sujetos a ella y, en este sentido, es posible que los tipos penales contengan conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocables propios de un sector o profesión, siempre y cuando los destinatarios de la previsión tengan un conocimiento específico de las pautas de conducta prohibidas por el ordenamiento al estimarse ilegítimas.[41]

Por otro lado, la Corte Interamericana ha señalado que el principio de legalidad establecido en el artículo 9[42] de la Convención Americana de Derechos Humanos constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

En este sentido, ha enfatizado que dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias y, en particular, cuando ejerce su poder punitivo, además de que en un Estado democrático y de derecho es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y siempre que haya existido una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.[43]

---

[41] PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. Tesis 54/2014, Jurisprudencia, Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 8, julio de 2014, t. I, p. 131, registro 2006867.

[42] "**Artículo 9 Principio de Legalidad y de Retroactividad**. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

[43] *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentencia del 23 de noviembre de 2012, párrafo. 130; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia

En atención a lo anterior, ha considerado que en la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, conforme al cual es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles y doten de pleno sentido a dicho principio, lo que conlleva la obligación de definir con claridad la conducta incriminada, pues al fijar sus elementos será posible deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.[44]

Lo anterior, debido a que la ambigüedad en la formulación de este tipo de previsiones genera dudas y abre espacio al arbitrio de la autoridad, el cual es particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que puedan afectar de manera relevante bienes fundamentales como su vida o libertad.[45]

Así, para observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal y en concreto el principio de legalidad, éstos deben formularse de la manera más clara posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa,[46] para que el marco legal brinde seguridad jurídica al ciudadano,[47] sobre todo si se tiene presente que el derecho penal es el medio

---

del 29 de mayo de 2014, párrafo. 161, y *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia del 20 de junio de 2005, párr. 90.

[44] *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 121; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 57; *Caso De La Cruz Flores vs. Perú*. Sentencia del 18 de noviembre de 2004, párr. 79; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 125; *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005, párr. 188; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 162, y *Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Sentencia del 21 de octubre de 2016, párr. 219.

[45] *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 121; *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 157; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 125; *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 63, y *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 55.

[46] *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 63; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 55; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 162, y *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Sentencia del 21 de octubre de 2016, párr. 219.

[47] *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 55.

más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita.

En este sentido, la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto infractor pues, de lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresen el reproche social y las consecuencias de la comisión de conductas de este tipo.[48]

Así, ha concluido que corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar el mayor rigor en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que penalice actos que no resulten punibles conforme al ordenamiento jurídico.[49]

Las consideraciones anteriores, aplicadas al caso concreto, hubieran permitido advertir que la referencia genérica a enfermedades o infecciones de transmisión sexual incluida en el tipo penal era tan amplia e indeterminada, que la norma no generaba certeza suficiente para establecer con algún grado de claridad suficiente cuál era en realidad la conducta punible.

Ahora, con independencia del método de estudio elegido, lo cierto es que, conforme a lo hasta aquí desarrollado, parece válido concluir que el análisis de las limitaciones o penas establecidas en los tipos penales, cuando se lleva a cabo desde una dimensión de política criminal, ha de efectuarse en la lógica de considerar dicha previsión como una regla y, en consecuencia, mediante un mecanismo que permita contrastarla con alguno de los principios constitucionales que rigen la materia.

---

[48] *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 161, y *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Sentencia del 21 de octubre de 2016, párr. 219.

[49] *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia del 20 de junio de 2005, párr. 90, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2005, párr. 190.

De esta forma, la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio quedará reservada para verificar la constitucionalidad de la medida al ser aplicada en un caso concreto en ejercicio de la función jurisdiccional.

F. Conclusiones

Los Estados democráticos de derecho tienen como característica el establecimiento de normas abstractas y generales para que tanto ciudadanos como autoridades tengan certeza en relación con las conductas permitidas y también las que son prohibidas y pueden serles reprochadas e, incluso, sancionadas.

En esta lógica, las normas deben tener un alto grado de claridad y precisión, pues sólo de esta forma se podrán evitar confusiones al momento de su aplicación al caso concreto y también se disminuirá el margen de discrecionalidad de los jueces, condiciones que adquieren una mayor relevancia en el caso de las disposiciones de naturaleza penal.

Esto último, en tanto que las previsiones de este tipo conllevan el ejercicio de un poder de sanción y corrección por parte del Estado que entraña, de manera natural, una limitación en el ejercicio de los derechos de las personas.

Ahora, en relación con lo anterior, resulta pertinente determinar si la restricción derivada de una medida sancionatoria penal, es decir, de una pena de esta naturaleza, es en sí misma una limitación al ejercicio de un derecho, o bien su naturaleza corresponde a la de una regla establecida con la finalidad de alcanzar la realización de uno o varios de los principios establecidos en el texto constitucional.

A efecto de llegar a una conclusión al respecto, conviene tener presente que, en lo que ahora interesa destacar, la Ley Fundamental dispone que la seguridad pública es una función del Estado, cuyo fin es salvaguardar

la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social; comprende la prevención, investigación de los delitos, y se rige por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalización, honradez y respeto a los derechos humanos.[50]

Además, dispone que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía, mientras que la imposición de las penas, su modificación y duración serán propias y exclusivas de la autoridad judicial;[51] el proceso penal tendrá por objeto esclarecer los hechos denunciados, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito sean reparados,[52] y que están prohibidas las penas de muerte, mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento de cualquier especie, multa excesiva, confiscación de bienes y cualquier otra que resulte inusitada y trascendental, y debe ser proporcional al delito que se sancione y al bien jurídico afectado.[53]

---

[50] **Artículo 21** […]
La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.
[…]

[51] **Artículo 21.** La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.
[…]
La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.
[…]

[52] **Artículo 20.** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.
A. De los principios generales:
I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;
[…]

[53] **Artículo 22.** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y

Con base en lo anterior, es posible advertir que las penas son herramientas que se utilizan para sancionar la comisión de delitos que, en tanto conductas reprochables, ameritan una acción correctiva por parte de la autoridad a efecto de garantizar el debido cumplimiento de la función estatal relacionada con la seguridad pública y, de esta forma, la consecución de, cuando menos, el orden público y la paz social.

Así, las sanciones penales surgen como una consecuencia de la realización de una acción irregular determinada y tienen una función social dirigida a lograr el cumplimiento de diversos principios relevantes del texto constitucional y, por tanto, desde esta perspectiva, pueden entenderse como reglas que, si bien es verdad que se constituyen como límites al ejercicio de los derechos, lo cierto es que persiguen una finalidad específica que involucra la realización de otros fines constitucionales específicos y, por tanto, el análisis de su proporcionalidad no puede desarrollarse a partir de una posición aislada o desvinculada de ellos.

Esto es así porque, como se precisó previamente en el presente documento, ello podría implicar establecer una especie de jerarquía entre los derechos involucrados aun cuando, por su naturaleza, ninguno podría tener mayor relevancia que los demás.

Conforme a lo anterior, resulta difícil sostener que el análisis de la regularidad constitucional del diseño de este tipo de previsiones normativas, entendidas como restricciones al ejercicio de los derechos, deba llevarse a cabo a partir de un test o examen de proporcionalidad en sentido amplio pues, se insiste, esto implicaría soslayar la diversidad de principios involucrados con este tipo de medidas.

Por el contrario, parece razonable considerar que la evaluación atinente ha de realizarse a partir del criterio de proporcionalidad en sentido

---

cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.
[…]

estricto, es decir, de acuerdo con el criterio ordinal que ha desarrollado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al cual, la evaluación respectiva se hará atento al sistema dentro del cual se encuentre la medida correspondiente.

De esta forma, el parámetro de validez de estas medidas será el conjunto de conductas infractoras incluidas en el sistema normativo del que formen parte, así como las sanciones que les correspondan, las cuales se desarrollarán con la finalidad de atender todos los principios relevantes que les resulten aplicables y que deben de observar de manera común.

Adicionalmente a lo anterior, debe recordarse que dentro del fallo que sirvió como detonante para realizar las consideraciones desarrolladas en este trabajo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó el estudio de un tipo penal que definía y sancionaba el delito de peligro de contagio, de manera destacada en lo relativo a las infecciones de transmisión sexual, a partir del test de proporcionalidad en sentido amplio, aunque hubo quien planteó la conveniencia de utilizar otras metodologías, más acordes con los precedentes establecidos por el propio tribunal.

Al respecto, es pertinente evidenciar tres cuestiones relevantes, a saber:

La primera, que como en todo órgano colegiado, en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación existe una pluralidad de opiniones derivada de los distintos enfoques de los ministros que lo integran, las cuales no siempre son coincidentes, pero que sin duda resultan complementarias para garantizar un trabajo vigoroso por parte del Máximo Tribunal del país. Muestra de lo anterior, son las diversas soluciones que propusieron los ministros para la resolución del caso que detonó estas páginas, pues mediante tres metodologías distintas llegaron a la misma conclusión (inconstitucionalidad de la norma).

La segunda, que justamente en la divergencia de criterios se evidenció que hay, al menos, dos metodologías que pueden emplearse para verificar

la adecuación constitucional de las restricciones de derechos que se imponen a través de las penas incorporadas en las normas del derecho penal, las cuales abarcan tanto la generación como la aplicación de dichas disposiciones, esto es, permiten revisar los trabajos que llevan a cabo los poderes legislativo y judicial del Estado, a efecto de evitar la intrusión o invasión desmedida en los derechos de las personas.

Finalmente, la tercera cuestión va muy de la mano con la obligación de certeza connatural a la función judicial y la importancia que revisten los precedentes en la función jurisdiccional, pues aun cuando los criterios siempre pueden ser matizados o, incluso, modificados, la posibilidad de prever o anticipar las resoluciones a partir de la línea jurisprudencial previa abona en la certeza y seguridad jurídica en beneficio de los justiciables.

Lo anterior no quiere decir que la judicatura esté atada a los criterios de los jueces que los precedieron, atento al dinamismo social, el derecho puede y debe cambiar para dar soluciones acordes con la realidad social, pero cada que lo haga, se deberán justificar los motivos que originaron el cambio, lo que conviene hacer de manera reforzada en aquellos asuntos que involucren derechos.

Esto, sobre todo, atento a que los jueces no son simples autómatas del derecho y, por el contrario, su función principal consiste en encontrar la mejor solución para cada caso concreto y asegurar de esta forma la mejor, más contundente y favorable protección en favor de la persona, sobre todo cuando involucra la tutela de derechos.

Fuentes

Clérico, L. (2016), *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.

Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.

Hernández-Romo Valencia, P. (2006), *Debido proceso legal, principio de legalidad y garantía de taxatividad: aproximación a la realidad penal*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en «https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv» (fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020).

Klatt, M. y Meister, M. (2017), *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, Sánchez Gil, R. (trad.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma de Yucatán, disponible en «https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv».

Mir Puig, S. (2016), *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Reppertor.

Rojas, I. Y. (2009), *La proporcionalidad de las penas*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: «https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv» (fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020).

Romo Valencia, P. (2006), *Debido proceso legal, principio de legalidad y garantía de taxatividad: aproximación a la realidad penal*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: «https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv» (fecha de última consulta: 9 de octubre de 2020).

Sánchez Gil, R. (2017), *El principio de proporcionalidad*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.

Vázquez, D. (2018), *Test de razonabilidad y derechos humanos. Instrucciones para armar*. 2a. reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Páginas web

Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm».

Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: «https://www.scjn.gob.mx».

Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: «https://www.juridicas.unam.mx».

Los desarrollos recientes en la interpretación y protección de los derechos humanos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido notables. Al mismo tiempo, el análisis de las decisiones del Máximo Tribunal por parte de académicos y operadores judiciales también se ha incrementado y cualificado. El estudio de los intereses fundamentales que han sido objeto de desarrollo y tutela constitucional concentran en buena parte la atención de los estudiosos de la adjudicación de derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con las metodologías implementadas por la Corte para resolver los casos concretos.

El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes es uno de los primeros eslabones en la cadena de análisis de las estrategias evaluativas adelantadas por el tribunal de cierre en materia constitucional para amparar derechos fundamentales. Cada uno de los artículos que integran esta obra revisa alguna sentencia o grupo de éstas que trata un mismo asunto constitucional, con perspectiva metodológica; esto es, a partir de los pasos para la adjudicación usados por la Corte. Precisamente, cada uno de los autores profundiza en la forma en la que una metodología en específico, el test de proporcionalidad, es aplicada en cada asunto, pero también en las adaptaciones de esta herramienta al medio jurídico local y en atención a la especialidad jurídica de que se trate: libertades básicas, derechos sociales, derecho tributario, derecho penal, etcétera.

Esperamos que este trabajo pionero sobre la aplicación concreta del test de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte y el Centro de Estudios Constitucionales inaugure una serie de análisis pendientes sobre las diversas metodologías de adjudicación aplicadas en materia constitucional, sus objetivos específicos y sus diferentes rendimientos en relación con la tutela y promoción de los derechos fundamentales en México.