tirant
lo blanch

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

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA SUPREMA CORTE

Aplicaciones y desarrollos recientes

2ª ed. (1ª en Tirant)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Manuel Díaz Martínez
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckmann Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA SUPREMA CORTE

Aplicaciones y desarrollos recientes

2ª ed. (1ª en Tirant)

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright ® 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil

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.

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.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1056-172-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Primera Sala
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Ana Margarita Ríos Farjat

Segunda Sala
Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf

Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Alejandra Martínez Verástegui
Directora General

Contenido

Introducción ..... **XIII**

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil

La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano **1**

Gabriela E. Cortés Araujo

Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto **43**

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 ..... **77**

Juan Antonio García Amado

Proporcionalidad, derechos sociales y justificación pública en la Corte mexicana **119**

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 **135**

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* **169**

Eduardo de la Parra Trujillo

Comentario a la sentencia del amparo en revisión 163/2018 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación **211**

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..... **233**

Diana Patricia Arias-Holguín

El desarreglo de los métodos de adjudicación..... **273**

Rodrigo González Zuppa

¿Por qué debe rechazarse el discurso de odio en el ámbito privado? **289**

Víctor Jesús Castañeda Rojo

Principios, reglas y suásticas **309**

Rodrigo Camarena González

Introducción

En la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el test de proporcionalidad se ha vuelto una metodología de creciente aplicación. En diversos precedentes, el Alto Tribunal ha sentado las características esenciales de esta técnica —fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*— en el ordenamiento jurídico mexicano; ésta sirve para lograr la aplicación precisa de los derechos humanos, fortalecer su fuerza normativa y resolver los conflictos ante la necesidad social de regular su ejercicio. Gracias al impulso logrado por las decisiones de la Suprema Corte y su influencia en el ordenamiento nacional, ya no es extraño que se planteen cuestiones de proporcionalidad ante los tribunales en México, que exigen una aplicación más atenta y reflexiva de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la implementación práctica de este examen constitucional también genera importantes cuestionamientos que es necesario resolver para verificar su pertinencia, y afinar su aplicación en distintos contextos jurídicos. En tal virtud, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mantiene una línea de investigación

sobre metodologías de adjudicación constitucional que ha señalado entre sus objetivos revisar la manera en que la Suprema Corte ha asimilado el test de proporcionalidad, y cómo lo ha adaptado al sistema jurídico mexicano.

Con esa meta fijada, el Centro de Estudios Constitucionales ha realizado importantes esfuerzos académicos para congregar a juristas interesados en los temas relacionados con el juicio de proporcionalidad, algunos de ellos con gran prestigio internacional, para reflexionar acerca de distintos aspectos teóricos de esta metodología de adjudicación constitucional que contribuyan a la mejor comprensión de la misma para su aplicación en México. Además de su importante caracterización teórica general y dogmática en el sistema jurídico mexicano, el análisis de la práctica del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia constituye una parte imprescindible de la labor de esta línea de investigación; si se quiere contribuir a la mejor práctica de esa técnica constitucional, es preciso conocer y valorar su desarrollo en la práctica judicial mexicana, y la labor del Alto Tribunal debe ser tomada como muestra y paradigma.

Asimilado el test de proporcionalidad en la jurisprudencia vinculante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de los precedentes que constituyeron la tesis P./J. 130/2007, dicha metodología ha tenido una creciente presencia en la práctica jurídica mexicana, que se ha desplegado con diferentes aplicaciones y desarrollos en especial durante los últimos cinco años. Ante este escenario, resulta oportuno revisar la práctica del test de proporcionalidad en el país, para aquilatar sus virtudes, reconocer sus aspectos perfectibles y señalar el camino para optimizarla como técnica para la protección de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Para llevar a cabo este cometido, el Centro de Estudios Constitucionales convocó a juristas de diferentes perfiles profesionales, de origen nacional y extranjero, para analizar ejecutorias del Máximo Tribunal que son

representativas de su práctica del principio de proporcionalidad. Uno de los objetivos importantes de la convocatoria fue propiciar la heterogeneidad de los puntos de vista en esta valoración. La firme convicción de que esta diversidad enriquecería el panorama de la práctica de la Suprema Corte del test de proporcionalidad llevó a incluir en este esfuerzo las perspectivas pro venientes de los ámbitos judicial, académico y profesional.

Los trabajos contenidos en esta obra son el resultado del esfuerzo colectivo para formar una imagen panorámica de la manera en que el Alto Tribunal ha implementado el test de proporcionalidad. Cada uno de los comentarios analiza una resolución de la Suprema Corte que tiene relevancia para configurar el test de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana, o lleva la herramienta a algún caso emblemático o a un ámbito jurídico con peculiaridades para su aplicación. Para apreciar mejor la evolución del juicio de proporcionalidad en las ejecutorias del Máximo Tribunal, los trabajos se presentan en el orden cronológico con que fueron dictadas las resoluciones que analizan.

A propósito del amparo directo en revisión 1621/2010, Gabriela E. Cortés Araujo aborda la eficacia directa de los derechos fundamentales entre particulares. Concluye que la clave de este tema problemático, y que justifica la participación judicial en su solución, es que consiste en un "escrutinio ponderativo entre los valores contrapuestos", en tanto no puede haber un avasallamiento absoluto de uno sobre el otro, lo que necesariamente involucra la metodología que estudia esta obra.

Rubén Sánchez Gil estudia el uso del test de proporcionalidad por parte de la Corte para dictar una ejecutoria poco conocida, pero muy relevante: la acción de inconstitucionalidad 2/2014. Según Sánchez Gil, esta decisión de la Corte es el último eslabón de la cadena de precedentes genéricos y vinculantes del Pleno del Alto Tribunal que hacen del test de proporcionalidad la herramienta de adjudicación constitucional adecuada para resolver sobre conflictos y restricciones a derechos fundamentales, y lo sitúa en el contexto de la reforma en materia de derechos

humanos de 2011. En sus inicios, el debate en la Corte se centró en si el test de proporcionalidad era o no la forma adecuada de abordar los choques entre intereses básicos. A 15 años de esos primeros debates, la situación ha pasado de esa discusión sobre su pertinencia metodológica al uso regular de esa evaluación, su perfeccionamiento y adaptación a las particularidades de los diversos ámbitos jurídico-fundamentales en los cuales se aplica.

Juan Antonio García Amado estudia el amparo en revisión 217/2014, relativo al uso recreativo de la marihuana. El análisis de esa sentencia le sirve al profesor García Amado para exponer algunas de preocupaciones en relación con el test de proporcionalidad como metodología adecuada de resolución de conflictos entre derechos fundamentales e intereses básicos. El texto desarrolla algunas reservas centrales de la propuesta evaluativa de Robert Alexy y sus implicaciones para los parámetros de un Estado constitucional y la legitimidad democrática del derecho, y aborda la posibilidad de que los pasos que integran el test sean relativos en términos valorativos y tengan efectos más de carácter simbólico que real.

El amparo en revisión 566/2015 es estudiado en dos artículos. En el primero, Miguel Óscar Casillas Sandoval hace una revisión minuciosa del test de proporcionalidad como metodología empleada por la Corte para resolver el cargo de violación de derecho a la cultura planteado por los actores. El profesor Casillas se centra, principalmente, en la idea de metodología como pasos que usa el Máximo Tribunal para justificar su resolucion. Esa elección metodológica por parte de los operadores judiciales no es neutra o obedece no sólo a razones de corrección argumentativa, sino también a razones estratégicas en relación con los fines y valores que persigue y prioriza la Suprema Corte en sus fallos.

Andrea Viteri analiza el mismo fallo, el amparo en revisión 566/2015, que versa acerca del derecho a la cultura, y sus comentarios pueden ser de gran utilidad para cualquier otro de los llamados "derechos sociales" que imponen al Estado obligaciones positivas de alcances progresivos,

y que no pueden retroceder de forma injustificada, como se deriva del principio de progresividad. El punto fundamental de esta ejecutoria, en torno a la cual gira el comentario de la jurista, consiste en verificar que no es absoluta la prohibición de regresión de los derechos humanos, muy característica de los derechos sociales, y para calificar su corrección es preciso examinar la prohibición de medidas que impliquen el retroceso de los alcances obtenidos.

Respecto al amparo directo en revisión 6889/2016, Eduardo de la Parra Trujillo expone las dificultades que, por sus figuras refinadas y complicadas, ha supuesto llevar el test de proporcionalidad al ámbito de la propiedad intelectual, en particular, en materia de marcas. Luego de exponer con detalle cada elemento del que llama "análisis constitucional de la propiedad intelectual", el autor estudia de forma minuciosa el curso del test de proporcionalidad que el Máximo Tribunal llevó a cabo en la mencionada ejecutoria, señala tanto sus aciertos como sus imperfecciones y propone que es necesario que exista mayor atención a las peculiaridades de la propiedad intelectual, con énfasis en el derecho marcario.

Bernardo Gallegos estudia en su texto la sentencia 163/2018 que aplica el test de proporcionalidad a un conflicto constitucional concreto entre las restricciones impuestas a las actividades que implican menoscabo del bienestar de los animales no humanos y los derechos a la cultura, a la libertad de trabajo y a la igualdad, entre otros, en especial cuando su ejercicio implica el menoscabo de los animales. El profesor Gallegos expone a profundidad cada uno de los pasos del test para, con base en eso, evaluar la aplicación que hace la Corte a algunos de los cargos planteados por los actores y la no aplicación respecto de otros. El texto concluye que, en la sentencia en específico, el rendimiento de la aplicación del test que hizo el Máximo Tribunal a las limitaciones de los derechos a la cultura, la libertad de trabajo y la igualdad no es uniforme, esto es, se hizo una mejor aplicación de la herramienta en algunos cargos.

La acción de inconstitucionalidad 103/2016 estudia la reforma a la Constitución Política de Michoacán en la cual se aumenta el máximo de la pena, de 40 a 50 años, para ciertos delitos. Diana Patricia Arias-Holguín analiza esta decisión de la Corte a partir del principio de proporcionalidad de las penas en el ámbito penal en el contexto metodológico del test de proporcionalidad. La profesora Arias-Holguín explora una de las consecuencias paradójicas, pero inevitables, de usar esta evaluación respecto de las penas impuestas en el ámbito del derecho criminal. Este efecto es que aunque el test de proporcionalidad se sigue de la constitucionalización de los derechos y de la noción de supremacía constitucional, esa misma metodología adquiere los rasgos idiosincráticos de la cultura jurídica en la cual es aplicada.

Comentando un precedente crucial, sentado a partir del amparo en revisión 388/2018 en que se tuvo al test de proporcionalidad como una metodología optativa, Rodrigo González Zuppa refiere los distintos problemas asociados a esta posición. En particular, aboga por una indicación jurisprudencial expresa y precisa sobre la pertinencia de las diversas técnicas de adjudicación constitucional, que permita certeza y predictibilidad, que señale las situaciones en las que sea oportuno aplicar el test de proporcionalidad o cualquier otra diversa.

Finalmente, la sentencia más reciente que se estudia en el volumen, el amparo directo en revisión 4865/2018, es analizada en dos artículos. En el primero, Víctor Castañeda Rojo revisa el tema de la sentencia, el discurso de odio que se realiza en el ámbito privado. Castañeda contrasta dos metodologías prevalecientes de adjudicación constitucional, la subsunción y el test de proporcionalidad, y examina respecto de qué derechos fueron aplicadas por la Corte y con qué rendimiento en téminos de fundamentación argumentativa de la decisión.

El segundo texto que se ocupa del amparo directo en revisión 4865/2018, escrito por Rodrigo Camarena González, reflexiona sobre si el test de proporcionaldad es la metodología más adecuada para resolver el caso concreto. Además de esto, considera si, en caso de que esa forma de abor-

dar conflictos constitucionales hubiera sido la más adecuada, la Corte tomó nota de manera suficiente de las particularidades contextuales relevantes en el caso mexicano.

En suma, los artículos recogidos en este volumen permiten constatar que el reconocimiento en textos constitucionales de un catálogo amplio y adecuado de derechos humanos es una de las condiciones necesarias para su protección y promoción judicial; sin embargo, pese a que éste es un paso necesario para la garantía de esos intereses fundamentales, es insuficiente. Si bien lo que recibe más atención de diversos sectores son esos compromisos sustantivos traducidos en pretensiones jurídicas de derechos humanos, hay un asunto indispensable en el cumplimiento de esas obligaciones: las herramientas con las cuales los jueces deciden la constitucionalidad de ciertas limitaciones de derechos humanos cuando chocan entre sí o con otros intereses básicos.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son un ejemplo claro de la evolución constante de los métodos para la adjudicación de derechos fundamentales. Consciente de su tarea como tribunal de cierre en materia constitucional, el Máximo Tribunal ha incorporado los instrumentos jurídicos de resolución de conflictos entre derechos desarrollados por tribunales extranjeros e internacionales y en la academia, pero la apropiación de estas herramientas no ha sido automática y reverencial; al contrario, ha incorporado estos métodos en constante diálogo con las características y necesidades propias de la adjudicación constitucional nacional. El esfuerzo constante de mejoramiento del instrumento de resolución, en diálogo continuo con lo que hacen los estudiosos del tema y otros tribunales, es uno de los rasgos que caracterizan la labor judicial de la Suprema Corte en los diversos ámbitos de adjudicación constitucional que le competen.

Este libro se encarga, precisamente, de una de estas herramientas de juicio a la limitación de derechos fundamentales: el test de proporcionalidad. Como lo ilustran los artículos incluidos, el examen de constitucionalidad concreto ha permeado prácticamente todas las especialidades de que

conoce la Corte. En ese sentido, la herramienta se ha perfeccionado con el fin de que atienda las necesidades específicas de las diversas áreas de especialidad constitucional: derechos y libertades civiles, derechos sociales, derecho penal, tributario, entre muchas otras. En suma, cada uno de los textos ilustra de qué manera el método informa las especialidades jurídico-constitucionales, pero también cómo las necesidades específicas de cada área han ido cualificando el test de proporcionalidad.

El orden cronológico en el que son presentadas las sentencias permite hacer una lectura global de esta metodología de adjudicación constitucional y, a la vez, lograr un entendimiento dinámico de las mismas. Como se ilustra en el libro, la herramienta ha ido evolucionando y cada vez ofrece evaluaciones más sofisticadas para la decisión de los casos concretos. Esto, a la vez, y aunque parezca paradójico, ha facilitado el acercamiento del público no especializado a las resoluciones de la Suprema Corte, y su difusión, conocimiento y discusión por parte de esa sociedad cuyos derechos fundamentales son objeto de adjudicación. Un componente esencial de las sociedades democráticas constitucionales es la conciencia de los habitantes de los derechos de los cuales son titulares y, también, de la forma más efectiva para reclamar su vulneración.

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil

La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano

Gabriela E. Cortés Araujo*

* Maestra en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana, campus Ciudad de México. Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (2008).

Sumario: A. Introducción; B. Reseña de precedentes de otros países y tribunales internacionales de derechos humanos; I. Alemania (*Drittwirkung der Grundrechte*); II. Estados Unidos de América (*state action*); III. Colombia IV. Tribunal Europeo de Derechos Humanos; V. Corte Interamericana de Derechos Humanos; C. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el amparo entre particulares; I. La jurisprudencia 1a./J. 15/2012; 1. El amparo directo en revisión 1621/2010 y demás precedentes; 2. Análisis crítico de la jurisprudencia.

A. Introducción

Como parte del deber de protección de los derechos humanos que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido labor de cada Estado reconocerlos en sus constituciones modernas para que, mediante ese proceso de "positivización", fueran, además, protegidos y garantizados de manera formal y su importancia e inviolabilidad quedaran establecidas como normas fundamentales.

Esto no significa que antes no formaran parte de las constituciones modernas. La Constitución mexicana de 1917, por ejemplo, no fue ajena a la necesidad de proteger en forma de "garantías" los derechos de los gobernados, ya contaba entonces con el juicio de amparo como mecanismo de control constitucional de los actos de la autoridad; no obstante, la concepción habitual del acto transgresor había sido atribuida al ente público que, de modo unilateral, creaba, modificaba, transmitía o extinguía derechos y obligaciones, y dejaba de lado cualquier otro tipo de relación en la que no estuviera involucrado el Estado.

Países como Alemania, Estados Unidos de América y Colombia, por mencionar algunos, analizaron la doctrina de la tutela horizontal de derechos fundamentales, ya fuera para impulsarla, destruirla o llevarla al plano de lo casuístico para su justiciabilidad en el ámbito constitucional y no sólo en el ámbito del derecho privado, normalmente imbricado en las cuestiones civiles y mercantiles.

De igual manera, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido examinada por tribunales internacionales, cuya doctrina se ha ampliado de forma importante a través de los años y ha conformado una fuente importante del derecho local de sus miembros.

En México, principalmente la academia y los estudiosos del derecho constitucional analizaron sentencias, investigaciones y artículos críticos de diversas latitudes que proponían otro tipo de fenómenos jurídicos sujetos a la justicia constitucional, pues identificaron la existencia de vulneraciones a derechos fundamentales por particulares, la mayoría de las veces, en el desempeño de funciones estatales.

Por lo anterior, no debe sorprender que el nacimiento de la jurisprudencia 1a./J. 15/2012 *Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares*[1] se diera previo al reconocimiento del amparo entre particulares en los ámbitos constitucional y legal.

[1] Su contenido dispone "La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble

También por ese motivo los precedentes que se sometieron a análisis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) conformaron, por decirlo de alguna manera, un grupo de proyectos piloto con una doble finalidad: que primero se reconociera y aceptara el fenómeno constitucional y, luego, que iniciara la construcción y delimitación de los supuestos en los que la tutela de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares pudiera desarrollarse.

Así pues, primero haré una breve narrativa de la doctrina de otros países y de un par de tribunales constitucionales, con el fin de dibujar el marco teórico alrededor del efecto horizontal de los derechos fundamentales, para luego analizar en sus grandes méritos la jurisprudencia citada y, finalmente, reflexionaré acerca de la forma en que su concepción inicial fue cambiando, no sólo debido a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, sino a la jurisprudencia que ha surgido con posterioridad.

B. Reseña de precedentes de otros países y tribunales internacionales de derechos humanos

La tutela de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en México, en especial a partir de la reforma constitucional de junio de

---

cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro —en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión—, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad" (jurisprudencia 1a./J. 15/2012, p. 798).

2011, fue producto de una tropicalización o adaptación tanto de la doctrina extranjera como del derecho internacional que, con mucha antelación, había analizado el fenómeno jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, aun cuando de ello se ha dado cuenta en numerosos artículos y trabajos, estimé necesario hacer una narración *fast track* de los orígenes en los que descansa la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales en otras latitudes, para comprender la forma en que sus bases y precedentes han sido utilizados como fuente del constitucionalismo mexicano, principalmente durante la última década.

Considero que, en gran medida y de manera muy palpable, la jurisprudencia mexicana se ha nutrido y edificado básicamente a partir de las llamadas teorías alemana y colombiana de la protección constitucional de derechos entre particulares, aunque también advierto —sobre todo últimamente— influencia de la *state action* estadounidense. Además, desde luego, las decisiones emitidas por tribunales internacionales, principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido básicas para este fin.

I. Alemania (*Drittwirkung der Grundrechte*)

Aunque la tutela horizontal de los derechos fundamentales fue explorada en la doctrina de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial,[2] el caso *Lüth,* resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) el 15 de enero de 1958 tiene especial relevancia para comprender algunos aspectos en la protección de los derechos fundamentales entre personas de derecho privado.

[2] Hersch Lauterpacht (1951, pp. 147-152), juez de la Corte Internacional de Justicia, opinó que el deber de los Estados parte de la Carta de las Naciones Unidas es no contribuir a las violaciones privadas de los derechos humanos, ya que —a su parecer— el Estado no es el único transgresor de los derechos humanos, sino que ello también podía acontecer en la acción privada, por lo que su deber jurídico es impedir que ello suceda.

Sobra decir que ese emblemático caso ha sido comentado y estudiado en una vasta literatura constitucional y, por tanto, procuraré hacer énfasis sólo en los puntos importantes para este documento y que se toman del artículo "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad" de Robert Alexy (2009, pp. 4 y ss.).

Pues bien, en 1950 el periodista Erich Lüth convocó a público, propietarios de cines y distribuidores fílmicos en Alemania al boicot de la película de Veit Harlan[3] (*La Amada inmortal* [*Unsterbliche Geliebte*]). Agraviado por la conducta de Lüth, Harlan presentó una demanda en su contra y el Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo (*Landgericht Hamburg*) condenó al demandado por haber violado lo dispuesto en el artículo 826 del Código Civil, que prohibía "causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito".

Contra la determinación adoptada en primera instancia, Lüth promovió una queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) y el Tribunal Constitucional concluyó, nada más y nada menos, que la libertad de expresión (ejercida mediante el llamado a boicot) prevalecía sobre otros principios que iban contra él y que, en consecuencia, la expresión "contra las buenas costumbres" que señalaba el artículo 826 del Código Civil debía interpretarse en consonancia con esa prioridad.

Pero ¿cuál fue el razonamiento del Tribunal Constitucional Federal para sostener su determinación?

Como ya se dijo, el eje toral de la decisión fue la "libertad de opinión" (*Meinungsfreiheit*) protegida en el artículo 5 (1)[4] de la ley fundamental

[3] Veit Harlan había realizado producciones cinematográficas antisemitas durante la época del nacionalsocialismo —destaca la película *El judío Süss* (*Jud Süß*)—, por la cual fue sometido a un proceso penal en el que fue absuelto.

[4] "*Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten* […]" cuya traducción, más o menos literal, sería: "Cualquiera tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión en palabras, por esrito o imagen […]".

alemana y su aplicación en el caso concreto, mediante la interpretación de las tres restricciones al ejercicio de ese principio que prevé el artículo 5 (2),[5] es decir, los considerados en leyes generales, en normas que protejan los derechos de los jóvenes y en el derecho de las personas al honor.

El Tribunal Constitucional alemán afirmó que el artículo 826 del Código Civil invocado en primera instancia se trataba de una ley general y constató que el llamado al boicot de Lüth había sido en ejercicio de la libertad de expresión, para luego ponderar si la aplicación de normas de derecho civil conduce de forma justificada a la restricción de un derecho fundamental. Hecho lo cual, se llegó a la conclusión de que la libertad de expresión debía prevalecer frente a los derechos que se le oponen, como fue el caso de la disposición "contra las buenas costumbres".

Ahora bien, Alexy refiere que del caso *Lüth*, el Tribunal Constitucional alemán fijó tres conceptos muy importantes: *i)* los derechos fundamentales no sólo son reglas, sino principios, y se establecen como "derechos de defensa"; *ii)* los valores y principios iusfundamentales no valen sólo en la relación Estado-ciudadano, sino "para todos los ámbitos del derecho", dado el "efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico", y *iii)* la colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación.

Así, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares encuentra apoyo en los puntos segundo y tercero señalados, aunque, como es sabido, esas instituciones aplican de diferente forma el constitucionalismo que en México.

La llamada *Drittwirkung der Grundrechte* (la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros) se refiere a la forma en que los derechos

[5] "*Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre*", lo que en castellano significaría que "Esos derechos encuentran sus barreras (límites) en las normas de las leyes generales, en las disposiciones legales de protección a la juventud y el derecho al honor de las personas".

fundamentales se involucran en las relaciones jurídicas entre particulares (horizontalidad), y su interpretación, tanto en Alemania como en otros países, ha sido variada entre quienes sostienen que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es inmediata (o directa) o, por el contrario, mediata (o indirecta).

A manera de síntesis, por una parte tenemos la teoría de la eficacia horizontal inmediata, representada por Hans Carl Nipperdey, quien sostuvo la eficacia absoluta de los derechos fundamentales entre particulares a partir de la interpretación del artículo 1 de la Constitución alemana, ya que, debido a la propia naturaleza de los derechos fundamentales, se crean derechos subjetivos privados y no sólo limitaciones al poder como históricamente se había propuesto.

En cambio, Günter Dürig propuso la teoría mediata de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, porque a su parecer estos sólo inciden en las relaciones jurídicas privadas por la interpretación de los conceptos indeterminados y cláusulas generales de derecho privado (Sánchez Gil, 2018, pp. 85 y ss.).

Al considerar las dos posiciones doctrinales, el Tribunal Constitucional alemán se inclinó más por la de Dürig; es decir, optó por el contenido normativo objetivo de los derechos fundamentales y su "irradiación" a través de las prescripciones del derecho privado que contienen derecho imperativo y, por tanto, al analizar este tipo de normas, se realiza una "interpretación conforme" a la Constitución (Sánchez Gil, 2018, pp. 85 y ss.).

A grandes rasgos, para efectos de la tutela horizontal de derechos fundamentales de *Lüth* y la teoría alemana de *Drittwirkung*, destaca que, en realidad, no es que los particulares estén directamente vinculados a la protección de los principios iusfundamentales, sino que la intervención del Estado para ello es una obligación y una necesidad. De ahí que se trate de una tutela mediata o indirecta.

La idea principal que se extrae de lo resuelto por el *Bundesverfassungsgericht* en *Lüth* es la siguiente:

> Los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. De ahí que la acción de amparo sólo proceda contra actos del poder público. La Constitución, sin embargo, no es neutral respecto de los valores. Los derechos fundamentales traducen un orden o sistema de valores, sustentado en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad de la persona humana, que en su condición de decisión constitucional básica, está llamada a regir en todos los ámbitos del derecho y a ser acatada por todos los órganos del poder. En este sentido, el sistema de valores, prohijado por la Constitución, influye en el derecho civil, no pudiendo sus disposiciones contradecirlo y, por el contrario, debiendo ellas interpretarse con arreglo a su espíritu.
>
> El alcance, efecto e influencia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil, se realiza a través de los preceptos propios de esta rama del derecho y, especialmente, de las disposiciones imperativas generales que remiten a conceptos jurídicos indeterminados, los cuales deben ser aplicados e interpretados con estricta sujeción a los primeros. La controversia, aunque su resolución se inspire en los principios rectores de la Constitución, sigue siendo de carácter civil y se gobierna por este mismo tipo de reglas.
>
> Si el juez civil deja de reparar en el efecto objetivo que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales producen sobre las disposiciones del derecho civil —"efecto de irradiación"—, viola con ocasión de su fallo el derecho fundamental que ha debido proteger y cuya observancia judicial le es impuesta, como quiera que a ello el titular tiene derecho. En este caso, contra las sentencias lesivas de los derechos fundamentales, sin perjuicio de los restantes recursos, cabe la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual limitará su examen a la cuestión constitucional únicamente, vale decir, al análisis del

> aludido "efecto de irradiación" y a su correcta o incorrecta valoración por parte del juez de la causa (citado en Cifuentes, 1998, p. 13).

En resumen, y al tomar como base el modelo triplano de Alexy, ante acciones opuestas a los derechos fundamentales entre particulares, la ponderación es la herramienta que deberá preferirse para establecer cuál tiene un mayor peso en el conflicto y, evidentemente, en ello siempre actuará el Estado por medio del operador jurídico, ya que "las normas *iusfundamentales* influyen en la relación ciudadano-ciudadano y […] tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal […] la relación ciudadano-ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales" (Alexy, 2002, p. 511).

Aun cuando comparto en gran parte lo que hasta aquí he intentado comunicar, debo mencionar que la visión de la *Drittwirkung der Grundrechte* después de *Lüth* ha sido criticada o, por lo menos, vista desde un ángulo diferente por otros teóricos alemanes.

Ernst Forsthoff, por ejemplo, señaló que de entender la existencia de la *Drittwirkung* se estará denigrando a la Constitución a un "mero orden de valores" en el que los derechos abandonan su naturaleza para convertirse en deberes sociales, lo que se verificaba al proyectarse directamente el principio de igualdad a las relaciones sociales (Cifuentes, 1998, p. 14).

Mientras que Konrad Hesse (2016, pp. 69 y ss., citado por Cifuentes, p. 15) argumentó acerca del alto costo que resulta de someter el derecho privado a la abierta y amplia influencia del derecho constitucional.

Para este autor, en las relaciones entre particulares todos están de alguna manera protegidos por derechos fundamentales; por lo que será el juez, a partir de normas constitucionales amplias e indeterminadas, quien precisará su efecto irradiador sobre disposiciones privadas. Sin embargo,

advierte que de colocar al derecho constitucional sobre el derecho privado, existe la amenaza de provocar la pérdida de autonomía e identidad de este último.

Para Hesse esto podría significar, entonces, que la autonomía, como principio medular del derecho privado y base de la libertad responsable de las personas, pueda ser objeto de una grave restricción si se niega a las personas en sus relaciones recíprocas la posibilidad de renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.

Evidentemente, la adopción del efecto horizontal de tutela de derechos fundamentales en Alemania no ha sido tersa o, al menos, uniforme en cuanto a su aceptación y aplicación, pero esos "conflictos" son de suma utilidad e ilustran enormemente los retos constitucionales sobre el tema.

A pesar de todo, es innegable que se convirtió en "el" referente de estudio, como se verá, en otros países y también en tribunales internacionales de derechos humanos.

II. Estados Unidos de América (*state action*)

La doctrina de la *state action,* como componente clave de la Decimocuarta Enmienda, ha sido entendida por la doctrina constitucional y la jurisprudencia estadounidense en el sentido de que la Constitución sólo regula las relaciones entre los órganos de poder y entre éstos y los ciudadanos, mas no de los ciudadanos entre sí.

De esta forma, los casos que se han planteado en Estados Unidos aparentan ser de derecho privado, aunque en realidad el fundamento de ello radica en dos bases: *i)* la garantía absoluta de la libertad privada y los principios del federalismo, que impiden interferir en la vida privada de los estados y de la separación de poderes, que sólo permite ejercer

actos de control entre los poderes, y *ii)* en el caso de los tribunales, resolver las cuestiones que surjan entre los particulares y el Estado y entre particulares por las relaciones de naturaleza privada (Valadés, pp. 704 y 705).

Para que proceda la *state action* es necesario que el actor que demanda una violación a la ley demuestre que el gobierno, en cualquiera de sus ámbitos, fue el responsable y no una persona de derecho privado. Dicho de otra forma, la norma cuestionada necesita de la actuación estatal para su impugnación.

Wilson R. Huhn (2006, pp. 1386 y ss.) identifica que la *state action* tiene cuatro áreas de interés:

1. Acciones sujetas a control constitucional, específicamente las que se atribuyen al gobierno y que, por tanto, excluyen la revisión constitucional de los actos de particulares.

2. Acciones afirmativas o *failures to act*[6] del Estado. Sólo las primeras podrían ser violatorias de derechos constitucionales y, en consecuencia, no es necesario que el gobierno establezca leyes que prohíban a los particulares llevar a cabo actos de discriminación o programas de bienestar social.

3. Permite al gobierno volver al estándar constitucional por medio del rechazo de leyes antidiscriminatorias y programas de bienestar social, al mismo tiempo que prohíbe la fijación de cualquier proceso gubernamental en este sentido; lo que provoca que sea más complicado para algunas personas que para otras buscar apoyo del gobierno cuando sus derechos fundamentales relacionados con esas áreas son vulnerados.

[6] Podría traducirse como "incumplimiento [del Estado]" al comprender obligación de ejecutar un acto determinado que no ha sido realizado. En el ámbito de daños y perjuicios se refiere a que la persona tiene el deber de actuar de manera que no cause daño directo a otros.

4. Se utiliza para limitar el poder del Congreso respecto al reforzamiento y protección de los derechos fundamentales.

En relación con el primer punto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha determinado que si una persona se relaciona jurídicamente con otra en lo particular (contractual), esta situación, por sí misma, no puede ser litigada a través de la *state action.* Pero si una persona pide al Poder Judicial que ejecute un contrato, tal intervención sí está sujeta al medio de defensa.

También, cuando la ley únicamente somete o reconoce el derecho o poder preexistente de un particular no hay posibilidad de promover la *state action,* salvo que el gobierno obligue, incentive o influencie a un particular para que invada o transgreda los derechos de otro, ya que en ese caso sí es posible accionar el mecanismo relativo.

Tampoco es posible activar el medio de defensa por la relación contractual entre el gobierno y un particular para proveer bienes o servicios, pero la realización de funciones públicas que con anterioridad habían sido exclusivas del gobierno sí son justiciables de esa manera.

Otro supuesto es cuando el particular está sujeto a regulación del Estado o es destinatario de fondos gubernamentales, en el que, por esta sola razón, no existe posibilidad de *state action;* por el contrario, es posible si el particular constituye una sociedad empresarial con el gobierno.

La última hipótesis que señala Huhn tiene relación con la participación de instituciones estatales como miembros de organizaciones privadas y que, sólo por ese hecho, no convierten al ente privado en un actor estatal; en cambio si una organización privada es dirigida por funcionarios públicos en ejercicio de sus facultades sí los torna en un supuesto más de *state action.*

Así, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema pareciera necesario llevar a cabo un análisis para verificar si la conducta califica

para la *state action* por encuadrar en cualquiera de los supuestos señalados ya que, de ser así, podrá entonces revisarse el caso por medio del control constitucional.

Pareciera que la *state action* se trata de un mecanismo constitucional que sólo es posible invocar para la violación de derechos fundamentales entre particulares, cuando se advierte la intervención, permisión o inducción del Estado en la conducta transgresora y, en ello, guarda similitud con las bases de la *Drittwirkung* mediata o indirecta.

III. Colombia

Anticipada a otros sistemas latinoamericanos, la Constitución Política de Colombia de 1991 estableció que la fuerza vinculante de los derechos fundamentales no sólo se proyectaba en el ámbito de las relaciones de las personas con el Estado, sino que también comprendía las relaciones entre personas; por lo que la acción de tutela también debía proceder en este último caso.[7]

El constituyente colombiano ciñó la procedencia de la tutela contra los particulares "encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión" (Constitución de Colombia, artículo 86, último párrafo) y dejó al legis-

[7] "Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

lador ordinario el deber de establecer los supuestos en los que podría presentarse el medio de defensa.

Así, el mandato constitucional fue reglamentado mediante el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 que consagró nueve causales taxativas de procedencia en las que podría ser evidente la posición asimétrica de las relaciones jurídico-privadas (Quinché, 2010, pp. 347-349). Sin embargo, estas causales han sido interpretadas en sus particularidades por la Corte Constitucional de Colombia, la primera de ellas es la sentencia T-009/92, en la que se analizó el derecho fundamental a la educación protegido frente a particulares y si, en ese caso, había existido violación a ese derecho por parte de una institución educativa privada en contra de tres de sus alumnas al haberles retenido el diploma de bachiller.[8]

A pesar de lo previsto en la Constitución de Colombia y su ley reglamentaria, los supuestos de procedencia de la acción de tutela se han alejado de la taxatividad del legislador a causa de la interpretación constitucional, porque los jueces aplican de manera general la cláusula constitucional que se acomoda a casi cualquier supuesto en el que se observa una vulneración a los derechos fundamentales de cualquier persona (Uscanga y López, 2001, p. 352).

La evolución doctrinal del Tribunal Constitucional de los tres límites para el control constitucional por violaciones a derechos fundamentales entre particulares ha sido fundamental como parámetro o guía para los jueces ordinarios[9] al momento de estudiar los casos concretos que se les presentan (Uscanga y López, 2001, p. 352), porque concretar en qué consiste la "prestación de un servicio público por un particular",

[8] En esta sentencia se mencionan la *Drittwirkung der Grundrechte* alemana y el caso *Lüth*, como antecedentes de la tutela de derechos frente a excesos y arbitrariedades de los particulares.

[9] Sólo como dato adicional, ya que merece una investigación mucho más amplia y profunda, no sobra decir que esto trae también otros problemas en la emisión de decisiones, porque a diferencia del *Bundesverfassungsgericht* o la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), la Corte Colombiana no está adscrita al Poder Judicial federal y, por tanto, sus resoluciones pueden entrar en colisión con las que, en última instancia, también emiten la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Situación comúnmente conocida como "choque o colisión de trenes".

"una conducta que afecte grave y directamente el interés colectivo" o cuando una persona se halla en "estado de subordinación o indefensión" supera la labor legislativa y se resuelve, más bien, por medio de ejercicios interpretativos y en los casos concretos.

Esas expresiones del artículo 86 de la Constitución de Colombia me parecen relevantes, porque —como ya expondré— han sido recogidas en gran medida por los jueces constitucionales mexicanos para efectos del amparo entre particulares; por lo que estimo necesario narrar, de forma muy general, cómo han sido comprendidos por la Corte Constitucional colombiana.

Sobre la "prestación de un servicio público por un particular", la Corte Constitucional ha tenido en cuenta la definición genérica de la actividad organizada que busca la satisfacción del interés general de forma regular y continua realizada por el Estado de forma directa o indirecta o, incluso, por particulares. El particular que presta un servicio público o ejerce función pública se distingue del resto de sujetos porque se ubica en un punto de preeminencia (Cifuentes, 1998, pp. 24-26).

La jurisprudencia colombiana ha sido consistente en que la prestación de un servicio público siempre envuelve una asimetría entre prestador y usuario y que, por esta razón, es el último quien siempre debe soportar las cargas y se ubica en permanente indefensión frente a las acciones u omisiones arbitrarias del Estado, pero también del particular que presta el servicio (instituciones financieras y de banca, empresas de transporte, aseguradoras, servicios de televisión o telefonía, cementerios).

No obstante, la amplitud interpretativa del Tribunal Constitucional de Colombia se ciñe a aquellas acciones u omisiones que vulneran o tienen potencial de amenazar un derecho fundamental frente al cual no exista ningún mecanismo de defensa judicial eficaz y no respecto de cualquier servicio público provisto por un particular (Uscanga y López, 2001, p. 353).

En otra línea, a diferencia de las necesidades de interés general y el ejercicio del poder estatal en el que es posible que se coloque el particular para satisfacer las necesidades de otros, la posición en que participa en un escenario de "subordinación o indefensión" frente a otro sujeto privado no es tan palpable.

Quizás el único caso evidente es cuando un menor solicita la acción de tutela, porque la ley presume su estado de indefensión (Cifuentes Muñoz, pp. 26-27), pero fuera de esos casos ha sido la jurisprudencia colombiana la que ha definido estos conceptos.

La subordinación implica que dos personas están en planos distintos con un grado de relativa asimetría (el trabajador con el patrón, el hijo respecto de los padres); mientras que la indefensión significa que, de hecho, una persona queda sometida al poder de otra, sin posibilidad de reaccionar de manera efectiva por carencia de medios jurídicos o materiales y su determinación depende del análisis de las circunstancias que obren en cada caso (Cifuentes Muñoz, pp. 26-27).

Las doctrinas sobre indefensión, según el estudio de Cifuentes Muñoz (pp. 27 y ss.) pueden identificarse en cinco supuestos:

1. Frente a una empresa o sujeto privado cuando por relación de vecindad deban sufrir los efectos incontrolados de cualquier género de contaminación o la falta o tolerancia en la aplicación de las normas legales o dejar de resolver de manera efectiva.

2. Las personas que se vean grave e injustamente privadas de satisfacer una necesidad vital por acción o abstención del titular de un bien, derecho o titularidad por su conducta irracional, irrazonable o desproporcionada.

3. La confrontación que exponga a un individuo a la incontrastable influencia social o económica de un sujeto u organización que dispone en su favor de instrumentos cuya utilización unilateral puede repercutir en su autonomía y oportunidades, puede colocar a la persona en estado de indefensión si de ella se hace uso abusivo.

4. En las relaciones endosocietarias dependiendo de la naturaleza del grupo o colectivo al cual se vincule el individuo, tales como la familia, las copropiedades y las asociaciones.

5. La persona que se ve expuesta a soportar inesperada y pasivamente la situación pública y ocasionada por un acto unilateral ocasionado por otra persona y sin medio de defensa.

Además de la previsión constitucional específica, conforme a la investigación de Cienfuegos (pp. 45 y ss.), la jurisprudencia ha dado alcances de tutela horizontal entre particulares a otras disposiciones de la Constitución sobre la prohibición de esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos, el ejercicio del *habeas data* para proteger el derecho a la información, la protección de la privacidad y la rectificación de informaciones inexactas o erróneas vinculadas con el ejercicio de la libertad de expresión en confrontación con los derechos al honor y a la intimidad, el ejercicio de funciones públicas y la conducta legítima (abuso del derecho con apoyo formal en la Constitución o en la ley).

IV. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con diferencias importantes en cuanto a jurisdicción y sujetos obligados, como comenté, el producto alemán *Drittwirkung* también fue adquirido por tribunales internacionales de derechos humanos.

El Tribunal de Estrasburgo no fue ajeno a la tendencia de extender los efectos de la protección de derechos humanos entre particulares, en atención a la obligación el Estado de, además de abstenerse de violar derechos fundamentales, evitar que otros lo hagan (Valadés, 2010, p. 692).

Valadés cita en *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares* algunos de los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al leer las sentencias[10] dictadas en *Young, James and*

[10] Es posible consultarlas en la página web oficial del Tribunal de Estrasburgo, disponible en: «https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=».

Webster vs. The United Kingdom del 13 de agosto de 1981; *X and Y vs. The Netherlands*, del 26 de marzo de 1985; *Plattform Ärtze für das Leben vs. Austria*, del 21 de junio de 1988, y *Gustafsson vs. Sweden*, del 25 de abril de 1996, encuentro que la amplitud de situaciones en las que puede presentarse una violación entre particulares rebasan un propósito de "estandarización" de tutela.

De cualquier manera, lo cierto es que en todos los casos se plantea una posible disparidad o asimetría entre las relaciones que se suscitan entre los particulares y la omisión de actuación del Estado frente a estas vulneraciones cuando pudo haberlo hecho antes de llegar a una instancia supranacional.

Colocar en una balanza la libertad de asociación y decisión sobre la vida laboral frente a la empresa o el sindicato, el derecho a la integridad física, psicológica y sexual de las personas con discapacidad frente a sus cuidadores, derecho a la integridad física por el ejercicio de libertad de expresión en la vertiente de manifestación, o la libertad de comercio y asociación frente a grupos mercantiles influyentes o poderosos, son algunos de los ejercicios ponderativos que la Cour Européenne ha debido realizar para la edificación del acervo importante de precedentes en materia de tutela horizontal.

V. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde que inició sus funciones, el tribunal interamericano ha conformado una sólida jurisprudencia acerca de la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares, la cual está en constante evolución. Al respecto, Mijangos (2007, pp. 585 y ss.) identifica tres etapas de edificación.

La primera, constituida a partir de precedentes en los que el común denominador fue el análisis de la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales por parte de los Estados en términos del

artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cuyas ideas son cercanas a la doctrina estadounidense de la *state action* (por ejemplo, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, y *Godínez Cruz vs. Honduras*, de 1987); mientras que en una segunda fase, ocupa un papel central la naturaleza de la norma violada, y los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes* que se imponen respecto a las actuaciones de terceros particulares (por ejemplo, *Blake vs. Guatemala*, de 1998).

Finalmente, señala, el tercer momento evolutivo ya contiene un pronunciamiento contundente acerca de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (opinión consultiva 18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la condición jurídica de los inmigrantes).

Ahora, si se analizan los casos que han conformado cada fase jurisprudencial es que los actos entre particulares o terceros en los que existe vulneración a los derechos humanos, se concluye que no todas las violaciones pueden ser atribuidas al Estado o no sólo a éste. En todo caso, su responsabilidad es indirecta y, desde luego, adquiere la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales.

En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha reconocido que no cualquier acto entre particulares conlleva, de modo necesario, una responsabilidad ilimitada a cargo del Estado (Medina, 2009, pp. 89 y ss.).

A partir de esa premisa, muy en la línea de Mijangos, Medina identifica en la jurisprudencia interamericana dos posibles escenarios en los que se configura la responsabilidad internacional de los Estados por actos entre particulares: *i)* tolerancia o complicidad con particulares que atentan contra los derechos humanos y *ii)* falta de diligencia en prevenir que el acto de un particular viole derechos humanos.

La tolerancia o complicidad con particulares que atentan contra los derechos humanos de otros se establece cuando los civiles creen, mantienen o favorecen situaciones discriminatorias y violatorias de derechos debido a una complicidad o tolerancia por parte del Estado (por ejemplo, *Blake vs. Guatemala*, del 24 de enero de 1998; 19 *Comerciantes vs. Colombia*, del 5 de julio de 2004; *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15 de septiembre de 2005, y *Masacre de la Rochela vs. Colombia*, del 11 de mayo de 2007).[11]

En cambio, la falta de diligencia del Estado para prevenir actos de particulares que atenten contra derechos humanos se explica, a su vez, a partir de dos escenarios. El primero, vinculado a la prevención del acto previo conocimiento del acto de un particular que involucra una situación de riesgo cierta, inmediata y determinada y, el segundo, la prevención de un acto de una entidad privada a la que se ha delegado la prestación de servicios públicos.

Sobre el primer punto, Medina relata que la Corte Interamericana ha establecido que la responsabilidad por la falta de prevención o impedimento ante la inminencia de un acto particular transgresor de derechos humanos está condicionada al conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a la probabilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo.

La segunda situación se presenta si ha quedado demostrado que el Estado facultó de alguna forma (subrogación, permiso, licencia) a un particular para que ejerciera alguna actividad que originariamente le correspondería a aquél por ser su obligación; pero por falta de capacidad o, simplemente, para una mejor distribución o prestación del servicio público, ha sido delegada de alguna forma a un ente privado, sin que con esto se

[11] Las sentencias se pueden consultar en la página web de la Corte, disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.».

pierda o confunda la naturaleza del principal objeto del Estado en relación con la tutela de derechos fundamentales y la satisfacción de las necesidades públicas.

Desde luego, lo primero que viene a mi mente sobre este tipo de problemas son aquellos relacionados, casi siempre, con garantías inherentes a la salud, la educación y el medio ambiente, al menos como situaciones que comúnmente ocurren en América Latina.

Quizá por ser derechos que se vinculan con normas de carácter presupuestal, debido al alto costo que representa al Estado protegerlos y garantizarlos, se busca el apoyo en personas de derecho privado que puedan participar en su cumplimiento; lo cual no los exime de responsabilidad si se prueba que han violado los derechos fundamentales de otro particular.

De cualquier manera y sea cual fuere la razón, considero que —como muchos, supongo— los actos de particulares en la prestación de servicios públicos no quedan fuera de la supervisión estatal en materia de derechos fundamentales, ya que omitir la supervisión o permitir una violación conlleva a una responsabilidad internacional si no fue atendida debidamente por el Estado; precisamente por tratarse de actividades relacionadas con valores y bienes públicos que debe tutelar en todo momento.

C. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el amparo entre particulares

Hecho el brevísimo recorrido a través de las distintas visiones nacionales e internacional, es momento de analizar lo que ha sucedido en México en materia de tutela horizontal de derechos fundamentales, principalmente a partir de los criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I. La jurisprudencia 1a./J. 15/2012

1. El amparo directo en revisión 1621/2010 y demás precedentes

El 15 de junio de 2011,[12] la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo directo en revisión 1621/2010, en el que, por primera vez, la Sala[13] sostuvo la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

La controversia que provocó a la Primera Sala tuvo origen en un juicio del orden familiar de divorcio necesario por causal de adulterio, para lo cual el cónyuge demandante ofreció como prueba cientos de correos electrónicos que contenían conversaciones entre la señora *A* y un tercero, acompañados de la fe de hechos realizada por una notaria pública, que daba cuenta de cómo se obtuvieron esos documentos (el demandante llevó a la notaria a su domicilio para que verificara que los correos electrónicos estaban en la computadora de la cónyuge demandada y en su cuenta de correo electrónico).

Tanto en primera como en segunda instancias se desestimó la pretensión del cónyuge actor, al menos en lo relativo a que con los correos electrónicos obtenidos se demostraba lo que demandaba; sin embargo, su intención fue acogida por el tribunal colegiado de circuito al que correspondió resolver el juicio de amparo directo que promovió.

[12] Cabe señalar que el asunto se resolvió unos días después de que fue aprobada la reforma constitucional del 6 y 10 de junio de 2011; sin embargo, ello nada influyó en la sentencia, ya que se llevó a cabo de conformidad con el texto constitucional vigente en su momento; aunado a que el proyecto se preparó antes de que ello ocurriera.

[13] Escribo con toda intención "primera vez" para Primera Sala porque, como señalo unos párrafos más adelante, la Segunda Sala ya había hecho referencia a la tutela horizontal de derechos fundamentales; además, como muchos otros temas constitucionales, el concepto fue importado tiempo antes por investigadores y académicos e, incluso, algunos pioneros del Poder Judicial de la Federación que estudiaron el fenómeno y lo propusieron en sus fallos, como ocurrió en el amparo directo 48/2009 del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resuelto el 14 de mayo de 2009 a propuesta del magistrado Benito Alva Zenteno. Además, en la sentencia (p. 32) se alude a que en la Quinta Época la Corte había realizado pronunciamientos más o menos dirigidos a evidenciar la desigualdad entre particulares, principalmente en el ejercicio de la libertad de prensa.

En lo que importa, el tribunal colegiado concedió el amparo al estimar que si bien los correos electrónicos no demostraban que la cónyuge demandada hubiere cometido adulterio, eran prueba de injurias graves cometidas de un cónyuge a otro y que hacen difícil la vida en común; además de que las supuestas "actividades extramaritales" impedían a la señora continuar con la guarda y custodia de sus hijos.

Previos los obstáculos procesales inherentes al amparo directo en revisión, la Primera Sala conoció del medio de defensa al considerar que el tribunal colegiado de circuito llevó a cabo la interpretación implícita de los artículos 4 y 16 de la Constitución federal que tutelan el interés superior del menor y la obtención de comunicaciones personales sin consentimiento de su titular.

Al analizar los principios fundamentales, la Primera Sala concluyó que el tribunal colegiado no hizo una correcta interpretación y que, por esa razón, debía revocarse el amparo concedido al cónyuge quejoso y confirmar la sentencia dictada en la primera instancia; desestimó los correos electrónicos, dejó la guarda y custodia de las hijas y los hijos a la madre y estableció una pensión alimentaria. Fin de la historia.

Las complicaciones lógicas que tiene cualquier juicio por los bienes y valores jurídicos que se confrontan son una realidad tangible y corresponde al operador jurídico estudiar el planteamiento particular que se da en cada caso; sin embargo, lo que resalta del precedente comentado es el avance que implicó en el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Resumo a continuación las razones de la Primera Sala (pp. 31-37) en este aspecto específico:

1. Las comunicaciones que la cónyuge demandada mantuvo con un tercero por medio de correo electrónico fueron obtenidas sin su consentimiento.

2. La Segunda Sala resolvió en el amparo en revisión 2/2000[14] que los particulares pueden cometer "ilícitos constitucionales" al desconocer derechos fundamentales de otro particular.

3. Es innegable la existencia de relaciones de desigualdad en las sociedades contemporáneas en las que existe privilegio para algunos y la violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.

4. La Constitución mexicana no establece ninguna base que permita negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares, pero esto no impide que se dé respuesta adecuada a la cuestión a partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico.

5. Los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de la doble cualidad de ser derechos públicos subjetivos, pero que también se traducen en elementos objetivos que permean todo el ordenamiento jurídico, incluidos los que se originan entre particulares.

6. La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete.

---

[14] Tesis [A] 2a. CLX/200 y tesis [A] 2a. CLXI/2000 "COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOLABILIDAD, CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL" Y "COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.

7. Con independencia de la procedencia del juicio de amparo contra actos de particulares, es deber de los tribunales atender la influencia de los valores que subyacen a los derechos fundamentales en los asuntos que son de su conocimiento, debido a la fuerza vinculante de estos en todo tipo de relaciones.

De esta sentencia se derivaron tesis aisladas relacionadas con el interés superior del menor y con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el ámbito familiar, pero también acerca de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, enfocadas, por un lado, a destacar la procedencia del recurso de revisión en amparo directo cuando los tribunales federales incumplan el deber de arreglar sus fallos de conformidad con los derechos fundamentales y como "puentes" entre la Constitución y los particulares[15] y, por otro, la tutela horizontal de derechos que ahora es jurisprudencia.[16]

De hecho, los argumentos vertidos en el amparo directo en revisión 1621/2010 y la tesis correspondientes, puntualmente enfocados en la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares,[17] fueron retomados como eje central del amparo directo 28/2010 resuelto por la Primera Sala en sesión del 23 de noviembre de 2011, con el elemento adicional de que en este precedente, como en los demás con los que se integró la jurisprudencia por reiteración, ya fue tomada en consideración la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, de la que se desprendía que los derechos fundamentales tenían como fuente, además de la Constitución, todos los derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuera parte.

---

[15] Tesis [A] 1a. CLII/2011 "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. RESULTA LA VÍA ADECUADA PARA QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONOZCA DE AQUELLAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO QUE NO REPAREN UNA VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMETIDA POR UN PARTICULAR", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXIX, agosto de 2011, p. 230.

[16] Inicialmente, como el criterio Tesis [A] 1a. CLI/2011 "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 222.

[17] Ya como fundamento de la jurisprudencia 15/2012 de la Primera Sala.

Además, debió valorarse si las personas jurídicas o morales gozaban de derechos fundamentales y si éstos podían verse afectados, por ejemplo, en su honor por el ejercicio de la libertad de expresión de otra persona. Realmente, como luego explico, el estudio constitucional fue de carácter ponderativo.[18]

En los otros dos casos de fondo,[19] la Sala estudió desde la perspectiva de la tutela horizontal otro asuntos acerca de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que protege el artículo 16 constitucional[20] y uno más de libertad de expresión frente el derecho al honor,[21] limitándose a recopilar lo decidido en las resoluciones ya mencionadas.

2. Análisis crítico de la jurisprudencia

Antes que nada, siempre reconoceré la relevancia de la jurisprudencia 15/2012 como el inicio de una cada vez más robusta doctrina en torno a la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y su valía para el orden constitucional y legal mexicano. Máxime que nació sin los marcos constitucional ni legal correspondientes.

Al igual que sucede con *Lüth* y demás precedentes que mencioné, la perfección de las sentencias y su aceptación universal e incondicional, aunque deseable, es poco menos real que cualquier ser fantástico o mitológico.

Las teorías jurídicas a que induce una resolución son falibles en la medida en que la ciencia del derecho es inexacta y, aun basada en la medida de lo posible en una argumentación sólida y comprobable, dependerán del momento histórico, social, económico o jurídico del momento y, ciertamente, del proceso intelectual y los valores que nutren la subjetividad del operador jurídico.

---

[18] Y no de la libertad de informar como lo concluyó la Primera Sala (p. 65).
[19] Pues a la jurisprudencia por reiteración también se integró la solicitud del ejercicio de la facultad de atracción 261/2011, en la que se citó lo resuelto en el amparo directo en revisión 1621/2010 para que la Corte conociera de un amparo directo en el que se alegaba daño moral.
[20] Amparo directo en revisión 2934/2011 resuelto el 13 de junio de 2012.
[21] Amparo directo 8/2012 resuelto en sesión del 4 de julio de 2012.

Por tanto, el ejercicio crítico será constructivo. Principalmente, porque sería injusto hacerlo con herramientas que han sido fortalecidas y mejoradas durante casi 10 años, aunado a que la jurisprudencia surgió sin la reforma constitucional de junio de 2011 ni el examen que de ella se hizo por medio de la discusión de asuntos emblemáticos, como lo son el varios 912/2010[22] o las contradicciones de tesis 293/2011[23] y 21/2011,[24] que si bien no trataron de forma expresa la tutela horizontal, sí lo relativo al nuevo sistema de control constitucional que, ahora, lo incluye en el ámbito constitucional y legal. Entonces, se examinará, a grandes rasgos, con base en la doctrina descrita en el capítulo anterior.

Hecha la advertencia que antecede, los objetivos que buscó la Primera Sala pueden agruparse, en mi percepción, esencialmente en dos.

Primeramente, buscó transmitir la idea de que el juicio de amparo (o, al menos, en su recurso de revisión competencia de la Corte) podía tener un efecto protector más amplio al que siempre había poseído en el modelo Estado-gobernado. Razón por la cual fue de suma importancia enfocarse en suavizar las tradiciones procesales inherentes al juicio y proponer un nuevo parámetro de protección constitucional a partir de la construcción, mesurada pero firme, de la doctrina jurisprudencial, con el objeto de salvaguardar su permanencia y desarrollo.

Considero entonces que la Primera Sala logró con esta ejecutoria hacer un llamado al cambio de ideas, criterios y visiones en torno al juicio de amparo y extender su espectro protector. Puede ser, por tanto, que la "pedrada inicial" se dirigiera a quebrar, aunque fuera poco, la resistencia a aceptar que el amparo también puede proteger a las personas de violaciones a sus derechos fundamentales cometidas por otro particular.

[22] Del 14 de julio de 2011.
[23] Del 3 de septiembre de 2013.
[24] Del 9 de septiembre de 2013.

Al final, la realidad es que esta doctrina de la Primera Sala se afianzó en un tiempo muy breve (poco más de un año).

El otro objetivo fue establecer, propiamente, que los derechos fundamentales de una persona pueden ser vulnerados por otro particular y que, con ello, inobserva mandatos constitucionales (y convencionales como se acepta en la actualidad). Este punto es el que más me interesa y, en consecuencia, le dedicaré más espacio.

Pues bien, ante la pregunta ¿realmente existió una violación de derechos fundamentales entre particulares en los asuntos estudiados por la Primera Sala?, mi contestación sería: "depende".

La respuesta es auténtica: la determinación de existencia o no de violaciones a derechos fundamentales entre particulares en cada uno de los casos estriba, por un lado, en la postura que sobre esta doctrina se comparta y adopte y, por otro, desde luego, en los elementos fácticos. No existen casos ni soluciones iguales.

Comienzo por los amparos directos en revisión 1621/2010 y 2934/2011.

Estos fallos estudiaron el derecho a la intimidad o a la vida privada, en la vertiente de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, tutelado por el artículo 16 constitucional. En ambos se trató de correos electrónicos ofrecidos como pruebas para demostrar razón sobre el punto litigioso; se admitió que la violación de derechos fundamentales entre particulares es posible y que la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho protegido por el artículo 16 constitucional.

La diferencia, sin embargo, radica en que al resolver el amparo directo en revisión 1621/2010, la Primera Sala admitió que en el caso uno de los particulares sí había obtenido las comunicaciones de correo electrónico sin permiso de la dueña de la cuenta y que, en consecuencia y de forma implícita, la transgresión de una persona a otra había sido directa, pre-

cisamente por obviar el contenido del mandato constitucional. Al contrario, en el amparo directo en revisión 2934/2011 se sostuvo que, en realidad, no se dio la vulneración aludida, toda vez que el propietario del correo electrónico había concedido el permiso de acceso.

Esto me lleva a concentrar el estudio sólo en el amparo directo en revisión 1621/2010.

Si acomodo mi visión a la doctrina más laxa de la violación directa de derechos fundamentales entre particulares, me sería fácil concluir que uno de ellos vulneró los bienes o valores jurídicos del otro al inobservar, sin mayor obstáculo, lo previsto en el artículo 16 de la Constitución.

El problema es que este enfoque es arriesgado, al implicar que cualquier desobediencia a la Constitución por parte de una persona y que impacte en la esfera de derechos de otra se convierte, en automático, en objeto de la tutela horizontal y deja casi de lado otro tipo de normas para la justiciabilidad de las relaciones privadas, como las civiles o mercantiles, por ejemplo. Sería, de hecho, la desaparición de la autonomía de la voluntad como manifestación de la libertad contractual.

Por ello, resulta indispensable fijar parámetros de comprobación para sostener una violación directa entre particulares.

Así, en un sentido más estricto, considero que existe una transgresión directa si la asimetría es real y cierta, ya sea por la situación de subordinación o desventaja, por la afectación grave y desproporcionada que se causa o por un evidente e insuperable estado de indefensión; es decir, que la violación sea tal que la desigualdad de armas al surgir el conflicto únicamente pueda solucionarse mediante el control constitucional.

Estimo que ninguna hipótesis se comprobó en el amparo directo en revisión 1621/2010, lo que me llevaría, desde una *Drittwirkung* inmediata, a no compartir que existiera una violación a derechos fundamentales

entre particulares, sino meros conflictos civiles que, en todo caso, tendrían otras repercusiones legales y no directamente constitucionales.

En cambio, si el examen se lleva a cabo con base en la doctrina indirecta o mediata podría inclinarme, en todo caso, a que la asimetría o disparidad ocurrida pudiera sostenerse desde el incumplimiento del juez como miembro de la función estatal encargado de vigilar la obediencia de los principios constitucionales y de determinar su "efecto irradiador" sobre actos o disposiciones de derecho privado.

Para este propósito, debo mencionar de nuevo que la interpretación constitucional que se revisa en el amparo directo en revisión es la que efectúa un tribunal colegiado de circuito como última instancia en amparo directo y, por tanto, como sucedió en la sentencia recurrida, al otorgar valor probatorio a comunicaciones privadas obtenidas sin la autorización correspondiente, el ente judicial fue el responsable de la transgresión.

Esta postura tendría sustento en el "modelo triplano" de Alexy que mencioné en la sección anterior, según el cual las potestades fundamentales como normas objetivas de principio influyen, amplia y materialmente, en todas las esferas del sistema jurídico, pero requieren un ejercicio ponderativo, en el que

> [s]i *a* tiene frente al Estado (*e*) un derecho a *G* (*RaeG*), entonces *e* tiene frente a *a* un deber con respecto a *G* (*OeaG*). La abstracción del costado subjetivo conduce a que este deber relacional se convierta en un deber no relacional de *e* con respecto a *G,* es decir, un deber simple de *e* con respecto a *G* (*OeG*). El objeto de este deber, *G*, es justamente aquel que tiene el derecho del cual se partió (Alexy, 2002, p. 509).

Aterrizado en lo particular: si la titular de las comunicaciones privadas (a) tiene frente al Estado en su "función judicial" (e) el derecho a su inviolabilidad (G), entonces el Estado (e) tiene frente a la titular de ese valor (a) un deber respecto al derecho fundamental (G), toda vez que el

Estado (e) tiene "mandatos de actuación y deberes de protección respecto a todos los destinatarios de la Constitución, públicos o privados" (Anzures, 2010, p. 13).

Con este ejemplo triangular, estimo que la violación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en este caso se debió a la exégesis constitucional realizada por el tribunal colegiado de circuito, a partir del cual dio un alcance determinado a los elementos de prueba que perjudicaron a una de las partes que contendía en un juicio civil de divorcio.

Caso distinto a lo ocurrido en los amparos directos 28/2010 y 8/2012, porque el estudio de la eficacia horizontal de los derechos tiene otras características.

La litis en estos asuntos versó principalmente[25] acerca de la confrontación entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión (libertad de prensa) y el derecho al honor. Luego, se estuvo frente a dos valores o bienes constitucionales distintos y pertenecientes, cada uno, a sujetos de derecho privado diferentes, que se confrontaron cuando una de las personas, al ejercer su derecho, aparentemente, violó el de la otra.

Al final, en ambos casos y a partir de los hechos involucrados, la libertad de expresión se impuso al derecho al honor.

La conclusión desde la "trinchera" de la tutela horizontal directa es muy similar a la que llegué en los amparos directos en revisión.

En un sentido laxo o relajado (y constitucional y jurídicamente peligroso) cualquier desobediencia de un particular a la Constitución en perjuicio de otra produciría una violación a los derechos fundamentales con un efecto horizontal, lo cual sería contrario al principio de autonomía que

[25] Insisto en que otra cuestión relevante fue fijar si las personas jurídicas o morales tienen reconocido el derecho al honor.

rige en las relaciones particulares la autonomía del derecho privado y, por ende, en los expedientes señalados, siempre que se ejerza la libertad de expresión sobre otra persona, habrá una afectación a esta última en su honor u otros valores.

Por otra parte, desde una posición más estricta, la desigualdad infranqueable entre los particulares tampoco quedó demostrada. En realidad, pelearon con las mismas reglas y oportunidades de defensa.

No obstante, el examen sí pasó por un tamiz en el que el juez constitucional debió hacer un escrutinio ponderativo entre los valores contrapuestos, con lo cual no cabe duda de la participación del operador jurídico en la triangulación de la tutela horizontal para luego determinar cuál de los derechos objetivos tenía mayor peso que el otro en cada uno de los eventos.

La ganancia que se obtuvo con esta actuación es, desde mi punto de vista, lograr el equilibrio entre las teorías de la tutela horizontal.

Como lo señala Anzures (2010, pp. 27-28), tanto la *mittelbare* como la *unmittelbare Drittwirkung* coinciden en que, ante la falta de legislación, la mediación judicial es el mecanismo más adecuado para la proyección horizontal de los derechos fundamentales: en la eficacia mediata, el juez considerará a los derechos como valores objetivos y desde ahí deducirá la influencia que despliegan en el caso particular; en la inmediata, el juez interpretará los derechos como verdaderos derechos subjetivos y los ponderará con base en los principios de idoneidad, necesidad y ponderación *stricto sensu*. Por tanto, la intención al conciliar ambas teorías se traduce en el ejercicio real de los derechos fundamentales en el marco del Estado social y democrático de derecho.

En este sentido, al margen de las conclusiones alcanzadas por la Primera Sala en las situaciones especiales y el ejercicio judicial en cada caso, la jurisprudencia hizo patente la premisa de que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

> no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que […] a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete […]. (jurisprudencia 1a./J. 15/2012).

Lo importante, me parece, es el tránsito que ha ocurrido entre la más dura concepción de los derechos fundamentales como exclusivos del ordenamiento jurídico objetivo a aceptarlos también en el ámbito subjetivo y su inserción en las relaciones privadas. El éxito es lograr una medianía que permita, por una parte, evitar el abuso del control constitucional para remediar todas las situaciones y con el riesgo de eliminar la autonomía que distingue al derecho privado y, por otra, se comprenda que los derechos fundamentales permean en todas las relaciones jurídicas y que su presencia no puede ser obviada ni por el Estado ni por los particulares. Eso sí, siempre a partir de mecanismos efectivos que permitan verificar en qué casos es necesaria la tutela horizontal de derechos en fronteras de razonabilidad.

Actualmente, el artículo 5, fracción II, párrafo segundo,[26] de la Ley de Amparo "delimita" la procedencia del juicio de amparo a dos condiciones: *i)* que realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos y *ii)* que sus funciones estén determinadas por una norma general.

Sin embargo, no fue una solución contundente, como sucedió en Colombia, debido a que la vaguedad o amplitud de los conceptos propicia la necesidad interpretativa del operador jurídico, quien hará el mejor

[26] "Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:
[…]
II. […]
Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general".

intento por permanecer en la más precisa medianía para evitar la completa anulación de la autonomía del derecho privado.

Con este fin, el concepto acto de autoridad ha evolucionado desde su primitivo significado de fuerza pública a uno más afín al nuevo modelo de Estado social de derecho; pues el ente público también ha pasado de una administración exclusivamente central a una paraestatal, en la que los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal han tomado el mando de ciertas actividades que también pueden llegar a ser contrarias a derecho. De ahí que sea poco el asombro que provoca pensar que, en esta transformación, se diera en algún momento de la historia a los particulares en la realización de ciertas actividades estatales.

Por consiguiente, para determinar si se tiene o no el carácter de autoridad para los efectos del juicio de amparo ya no sólo se requiere demostrar la fuerza pública o del imperio estatal, en tanto que las normas legales también facultan a la emisión de actos unilaterales que crean, modifican o extingan por sí o ante sí circunstancias que pueden llegar a afectar la esfera de derechos de las personas.

El elemento constante se mantiene en la idea de que la autoridad (Estado o particular o la mezcla de ambos) se colocará en la posición supraordinada, con la cual diluirá la igualdad entre las partes en conflicto y podrá realizar conductas que potencialmente envuelvan una violación a los derechos fundamentales de un particular, incluso entre particulares y disfrazada de una simple relación contractual.

En esta línea, la más reciente glosa constitucional en materia de la tutela horizontal ha determinado que para caracterizar un acto particular como acto de autoridad debe cumplirse un estándar de dos pasos.[27]

[27] Sentencia recaída al amparo en revisión 327/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 27 de noviembre de 2015.

El primero exige relacionar el reclamo de la violación constitucional al ejercicio de una prerrogativa o poder normativo cuya fuente sea de una autoridad estatal en términos generales, en otras palabras, debe comprobarse que la autoridad pública haya otorgado un respaldo normativo para posicionar a ese particular en una situación en la que pueda vulnerar derechos fundamentales. Este primer paso puede denominarse del nexo, el cual es formal y busca excluir del ámbito de actos justiciables en amparo aquellos de los particulares cuyo único fundamento es una relación de coordinación.

El segundo paso es material y exige evaluar la materialidad de dicha prerrogativa, es decir, si el acto reviste un interés público diferenciado: un privilegio o beneficio asociado al ejercicio de una autoridad estatal, una función tradicionalmente asignada a la autoridad y que se delega por un particular, o bien la acción se vincula con obligaciones prestacionales de derecho social cuya responsabilidad recae en el Estado.

Encuentro lo anterior como una situación natural y necesaria en cualquier sistema constitucional, porque con independencia de los esfuerzos del legislador para prever todos los supuestos en los que procedería una tutela horizontal, lo cierto es que los conceptos son muy generales y toca al operador jurídico fijar los alcances en cada caso. Insisto, no existen casos iguales y los hechos son determinantes en la justiciabilidad de los derechos fundamentales entre particulares.

D. Reflexiones finales

Me parece que la idea de que la dignidad humana es el eje que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden público fundado en los derechos humanos (Habermas, 2010, pp. 464 y ss.), es la más pertinente para vislumbrar las circunstancias sobre las que deberá partir en lo sucesivo cualquier problema constitucional.

Por tanto, no es raro observar que cada vez es más frecuente la indefensión a la que pudiera verse sometido el individuo en una sociedad dominada, controlada y dirigida por algunos poderes de carácter privado (delegados o autorizados por el propio Estado) y que deberá provocar actividad constitucional dirigida a sostener una eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros; sobre todo cuando la función legislativa no pueda prever las consecuencias que aparejan sus creaciones normativas y que rebasan, muchas veces, el mero consenso entre pares.

Situaciones en las que se involucra la prestación de servicios relacionados con salud, educación, medio ambiente, consumo o prácticas monopólicas, por ejemplo, obligan a dejar de lado en muchas ocasiones el principio de la autonomía de la voluntad para subir al plano de violaciones a bienes o valores con reconocimiento y protección constitucional y convencional.

Estas ideas, sin embargo, describen un escenario muy complejo en cuanto a la protección de derechos fundamentales, en el que no existen certezas por parte de los actores del poder público respecto a su reconocimiento, interpretación y limitaciones.

A diferencia de lo que sucede en otros tribunales constitucionales, como el colombiano, cuyos precedentes y resoluciones en materia de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas han sido ampliamente expuestos, en México el desarrollo fue tardío, pero no inútil. Más vale tarde que nunca y prueba de ello es, precisamente, la fijación de la jurisprudencia 1a./J. 15/2012 que llegó para quedarse.

Pero para lograr mejores resultados es necesaria la actuación cautelosa de la Corte, como tribunal constitucional, al impulsar e incitar avances en esta doctrina constitucional. Al mismo tiempo, deberá sortear pronunciamientos forzados que más que nutrir al sistema de precedentes y conformar un sólido catálogo jurisprudencial, propiciarán la pérdida de la autonomía del derecho privado sobre el constitucional y desvirtua-

rán la vigencia de los derechos fundamentales entre particulares en casos futuros y en los que realmente sea necesario. Los excesos podrían abaratar lo obtenido.

Aunado a lo anterior, el camino es todavía más áspero si se tiene en cuenta la resistencia de los juzgadores a adoptar y estudiar en estos casos lo que enseñan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, más aún, el ejercicio comparado con la experiencia de otros países y tribunales constitucionales. Nada es imposible si los avances se dan con argumentos firmes.

Fuentes

1a./J. 15/2012 Derechos Fundamentales. Su Vigencia En Las Relaciones Entre Particulares *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, libro XIII, octubre de 2012, tomo 2.

Libros

Alexy, R. (2002), *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Cifuentes Muñoz, E. (1998), *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica 27*: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Lauterpacht, H. (1950), *International Law and Human Rights,* Londres, Stevens & Sons Limited.

Mijangos, J. (2007), *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano,* México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Quinché Ramírez, M. (2010), *Derecho constitucional colombiano,* 4a. ed., Bogotá, D. C., Ediciones Doctrina y Ley.

Sánchez Gil, R. (2018), "*Lüth* y la *Drittwirkung*: ¿Valen los derechos fundamentales entre particulares", en Silva García, F. (coord), *Garantismo judicial. Derechos humanos frente a particulares*, pp. 77-99, México, Porrúa.

Valadés, D. (2010), "La protección de derechos fundamentales frente a particulares", en Ferrer Mac-Gregor, E. y otros (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización* ¿Hacia *un ius constitutionale commune en América Latina?,* t. I, pp. 681-710, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Max Planck Institüt.

Artículos académicos

Alexy, R. (2009), "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", Sánchez Gil, R. (trad.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, pp. 3-14.

Anzures, J. (2010), "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 22, pp. 3-57.

Huhn, W. (2006), "The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice", *Hofstra Law Review*, vol. 34, núm. 4, pp. 1380-1460.

Uscanga Barradas, A. y López Cárdenas, C. (2011), "La protección de los derechos fundamentales frente a particulares: el amparo en México y la acción de tutela en Colombia", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núm. 256, vol. 61, pp. 337-361.

Páginas web

Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm» [consultada en mayo de 2020].

Cour Européenne des Droits de L'homme, disponible en: «https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=» [consultada en marzo de 2020].

Medina, F. (2009), "La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares. Análisis jurisprudencial interamericano", *Debate Interamericano,* vol. 7, Colombia, disponible en: «corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf» [consultada en marzo de 2020].

Legislación

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, disponible en:« https: // www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz» [consultada en abril de 2020].

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: «https://www.scjn.gob.mx/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos» [consultada en marzo de 2020].

Constitución Política de Colombia, disponible en: «https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf» [consultada en mayo de 2020].

Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto

Rubén Sánchez Gil*

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

Sumario: A. Introducción; B. Antecedentes; I. Tribunales diferentes al Pleno de la Corte; II. *Excursus*: el caso *Marihuana*; III. Precedentes plenarios; Tesis P./J. 130/2007; C. Acción de inconstitucionalidad 2/2014; I. Sinopsis de la ejecutoria; II. Justicia completa y control constitucional; III. Proporcionalidad en la acción 2/2014; 1. El razonamiento de la Suprema Corte; 2.¿Cuál fue la *ratio decidendi*?; D. El valor del precedente de la acción 2/2014; E. Epílogo.

A. Introducción

El principio de proporcionalidad se halla actualmente establecido en México como una herramienta para la aplicación jurídica constitucional, en particular, de los derechos fundamentales. Es ya muy notable el número de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de otros tribunales que lo emplean para determinar los alcances de los derechos reconocidos por la Constitución. Hace dos o tres lustros, la discusión en torno al juicio de proporcionalidad como técnica de aplicación constitucional versaba sobre su conocimiento y aceptación en el sistema jurídico mexicano y la práctica de sus órganos jurisdiccionales; ahora, se enfoca en perfeccionar su ejercicio y resolver problemas específicos de su aplicación.

Uno de esos problemas se refiere al carácter imperativo o facultativo de la aplicación del examen de proporcionalidad. La compleja relación de esta técnica con otros principios, técnicas y herramientas de interpretación constitucional hace parecer que es intercambiable con ellas, y que su elec-

ción quedaría a la discrecionalidad del operador jurídico, en especial, el judicial; pero en realidad no hay oposición general entre la proporcionalidad y otros instrumentos metodológicos, sino incluso una cercana relación en la cual éstos pueden constituir los cimientos de una argumentación que aquélla concluye erigiéndose como el criterio que en última instancia define el significado de los derechos fundamentales.[1]

La aparente ausencia de un precedente del Pleno del Máximo Tribunal que tenga efecto vinculante, que caracterice el juicio de proporcionalidad con claridad y apego a su paradigma teórico y que lo presente en términos generales y aplicables a cualquier materia, no limitados a un área jurídica en particular (como el examen de igualdad, las "categorías sospechosas", la razonabilidad penal, etc.), permitiría pensar que aplicar esta herramienta es una más de las opciones, entre muy diversas, que tienen los operadores jurídicos; pero dicha ausencia es sólo aparente: la *ratio decidendi* de una de las decisiones adoptadas por el Pleno de la Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 constituye el precedente con las características indicadas para imponer de manera taxativa el examen de proporcionalidad como la técnica dominante para determinar los alcances de los derechos fundamentales y la validez de sus restricciones.

Sin embargo, es preciso aclarar distintos aspectos referentes al valor jurídico del criterio de la acción de inconstitucionalidad 2/2014. La cuestión fundamental es determinar si de acuerdo con la teoría del precedente judicial, ese criterio satisface las condiciones para tener efecto vinculante. En general, este trabajo concluye que dicho criterio judicial es hoy el eslabón más fuerte de la línea jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del principio de proporcionalidad.

Para tales efectos, este trabajo primeramente resumirá los antecedentes jurisprudenciales del principio de proporcionalidad en México, con es-

[1] De esta cuestión me ocupé en el texto "Proporcionalidad y juicio constitucional en México" (2021).

pecial énfasis en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (sección B). Enseguida, expondrá una sinopsis del caso resuelto en la acción de inconstitucionalidad 2/2014, caracterizará la cuestión efectivamente planteada y resuelta por el Máximo Tribunal al aplicar dicho concepto, y establecerá que las consideraciones generales de esa ejecutoria sobre la proporcionalidad constituyeron parte de su razón decisoria y tienen por ende calidad de precedente judicial (sección C). Finalmente, valorará la importancia de este precedente para el ordenamiento jurídico mexicano (sección D).

Determinar el valor jurídico de las consideraciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 es importante para la discusión dogmática mexicana en torno al principio de proporcionalidad, pero también para esclarecer algunos aspectos del precedente judicial, cuyo estudio serio es inaplazable en México. Frente a las objeciones y resistencias que enfrentan el juicio de proporcionalidad y su metodología en el contexto mexicano, concluir si el Pleno del Máximo Tribunal lo ha erigido en herramienta imprescindible, aun obligatoria, para la aplicación de los derechos fundamentales, permitirá evitar discusiones estériles y continuar la búsqueda de mejores técnicas de juicio constitucional. Echar luz sobre algunos aspectos de la naturaleza y de las características del precedente judicial, aún poco analizados en el país, y contribuir en alguna medida a conocer mejor esta figura también es una de las intenciones de este trabajo.

B. Antecedentes

I. Tribunales diferentes al Pleno de la Corte

Con anterioridad a 2007, hubo varios precedentes de tribunales mexicanos que de alguna manera, explícita o implícitamente, de modo integral o parcial, emplearon el principio de proporcionalidad.[2] Entre los estable-

[2] Véase en general Sánchez Gil (2008, pp. 221-268).

cidos por órganos diferentes a la Suprema Corte destacan los siguientes: *1)* el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito determinó el 18 de febrero de 2002 que es labor del juzgador constitucional ponderar los valores en juego ante un conflicto constitucional y "establecer una relación proporcional entre ellos";[3] *2)* la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió el 7 de mayo de 2002 que los procedimientos sancionadores deben observar los subprincipios de la proporcionalidad, y mencionó explícitamente su denominación,[4] y *3)* también aludiendo explícitamente a estos subrincipios y a la "teoría de los principios", el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito señaló que con base en aquellos debía resolverse otorgar o no la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo,[5] razonamiento que reiteró en otras ocasiones.[6]

Por aquellos años, las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también empezaron a considerar la proporcionalidad como un parámetro para calificar las restricciones a los derechos fundamentales. De entre los precedentes de las secciones del Máximo Tribunal destaca el relativo a que los "requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción" se dirijan a "preservar otros […] intereses constitucionalmente

---

[3] DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003, tesis I.1o.A.100 A, p. 955.

[4] PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 19972005*, tesis S3ELJ 62/2002, p. 235.

[5] *Cfr.* "TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, tesis I.4o.A.60 K, p. 1579, y SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA, *idem*, t. XXII, octubre de 2005, tesis I.4o.A.61 K, p. 2508.

[6] *Cfr.* "SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS DEBE NEGARSE SI EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO ES PREFERENTE AL DEL PARTICULAR", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XXIV, agosto de 2006, tesis I.4o.A.70 K, p. 2346, y "SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, CUANDO EL INTERÉS SOCIAL CONSTITUCIONALMENTE TUTELADO, ES PREFERENTE AL DE LA QUEJOSA", *idem*, tesis I.4o.A.536 A, p. 2347.

protegidos y guard[e]n la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida".[7] Este criterio sobresale porque al facultar el artículo 17 constitucional ampliamente al legislador para regular dicho derecho fundamental, se pensaría que éste no tiene límite al ejercer esa competencia y puede "vaciar" el contenido del derecho, pero la consideración del principio de proporcionalidad que se hizo en esta ocasión impide concebir dicha atribución en tales términos.[8]

Si bien no es un tribunal mexicano, sino internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce una influencia insoslayable sobre el sistema jurídico mexicano;[9] por eso, incluyo sus precedentes en este recuento. El tribunal interamericano ha resuelto con criterios de proporcionalidad en muy diversas ocasiones,[10] pero dos de sus sentencias son especialmente importantes. La primera es el caso *Kimel*, en el cual estableció el examen de proporcionalidad como criterio para calificar la restricción de los derechos que reconoce el Pacto de San José; lo relevante de esta sentencia es que en ella la Corte Interamericana perfiló dicho examen con todas sus fases paradigmáticas[11] y con notoria influencia de la teoría de los principios de Robert Alexy.[12] Y con especial referencia a México, en *Castañeda Gutman*, el tribunal internacional afirmó que la restricción de un derecho debe "ajusta[rse] estrechamente" a lograr un

---

[7] GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES, Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. I, tesis 442, p. 1491.

[8] *Cfr.* DERECHO A LA INFORMACIÓN. LA RELACIÓN CON SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES NO DEBE PLANTEARSE EN TÉRMINOS ABSOLUTOS, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 74, enero de 2020, t. I, tesis P. II/2019 (10a.), p. 561, y BVerfGE 7, 377 (403-404) (concluye que "del contenido del derecho fundamental se genera una limitación al contenido de [la] discrecionalidad legislativa").

[9] Véase JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, t. I, tesis P./J. 21/2014 (10a.), p. 204.

[10] Véase Ferrer Mac-Gregor y Pelayo (2014, pp. 732-733).

[11] *Kimel vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, § 58, 70, 74 y 83-84. El tribunal interamericano reiteró esencialmente esta opinión en *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2019, § 104-108.

[12] *Cfr.* Alexy (2009, pp. 8-9).

"interés público imperativo",[13] lo que enuncia la esencia del principio de proporcionalidad en sentido lato.

II. Excursus: el caso *Marihuana*

Al resolver el amparo en revisión 237/2014 sobre el uso lúdico de la marihuana, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formuló una estupenda exposición del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Derivada de este asunto, la tesis 1a. CCLXIII/2016 expuso la caracterización general del procedimimiento con gran precisión y fidelidad a la concepción estándar del principio de proporcionalidad en el derecho comparado;[14] sin embargo, este criterio tiene la limitante de provenir de una de las secciones del Máximo Tribunal y no de su Pleno, lo que en principio limitó sus alcances; pero, a mi juicio, luego el Pleno consolidó la tesis como jurisprudencia vinculante y la hizo suya para resolver por mayoría calificada una de las cuestiones planteadas sobre la ley reglamentaria del derecho de réplica.[15]

También podría parecer inconveniente que dicha tesis tiene carácter "aislado", al igual que los demás criterios referentes específicamente a cada etapa del juicio de proporcionalidad derivados del mismo asunto.[16] Pero a mi juicio esto no es así, de acuerdo con los artículos 221 y 223 de la

---

[13] *Castañeda Gutman vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008, § 185-186. Véase SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, tesis P. LXV/2011 (9a.), p. 556.

[14] TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

[15] Véanse Pleno, acción de inconstitucionalidad 122/2015, sentencia de 1o. de febrero de 2018, http://bit.ly/35rBsaZ, pp. 47 (n. 44), 51, 111 y 122, y SENTENCIA. CUANDO EL JUEZ CITA UNA TESIS PARA FUNDARLA, HACE SUYOS LOS ARGUMENTOS CONTENIDOS EN ELLA, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. II, tesis 1414, p. 1592.

[16] Otro punto plausible de la resolución del asunto fue que la Suprema Corte expidió sendas tesis para mostrar con precisión cada fase de dicho examen: *1)* 1a. CCLXV/2016 (reg. 2013143); *2)* 1a. CCLXVIII/2016 (reg. 2013152); *3)* 1a. CCLXX/2016 (reg. 2013154), y *4)* 1a. CCLXXII/2016 (reg. 2013136).

Ley de Amparo: dichos criterios son jurisprudencia vinculante, porque han sido reiterados lo suficiente.

Con resoluciones posteriores al amparo en revisión 237/2014 se sistematizaron criterios establecidos en este asunto que integraron tesis jurisprudenciales vinculantes, pero sólo los referentes de manera específica a la inconstitucionalidad de la prohibición del uso lúdico de la marihuana.[17] En cambio, los tocantes al test de proporcionalidad considerado en abstracto, la tesis 1a. CCLXIII/2016 y las relacionadas con cada etapa de dicho examen[18] no fueron objeto de semejante integración; aunque sí se consolidaron como jurisprudencia los razonamientos sobre la desproporcionalidad en sentido estricto de la prohibición impugnada que, a mi parecer, es un *obiter dictum* porque con ello la Primera Sala meramente abundó en lo previamente decidido sobre la cuestión que le fue planteada.[19]

La argumentación del amparo en revisión 237/2014 fue replicada —en alguna ocasión con insignificantes cambios— en las demás ejecutorias que integraron las tesis vinculantes referidas. En éstas también se formuló la misma exposición de las generalidades del juicio de proporcionalidad,[20]

[17] Por todos, *cfr.* PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 64, marzo de 2019, t. II, tesis 1a./J. 25/2019 (10a.), página 1127; e *idem*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXXI/2016 (10a.), p. 904.
[18] *Supra*, notas 14 y 16. Lo mismo con la tesis que vincula el juicio de proporcionalidad *lato sensu* con el consumo lúdico de marihuana: TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR LA IDONEIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXIX/2016 (10a.), p. 914
[19] PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 63, febrero de 2019, t. I, tesis 1a./J. 9/2019 (10a.), p. 496, e INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA AL CONSUMO LÚDICO O RECREATIVO DE MARIHUANA PREVISTA POR LA LEY GENERAL DE SALUD, *idem*, tesis 1a./J. 10/2019 (10a.), p. 493.
[20] *Cfr.* amparo en revisión 237/2014, resolución del 4 de noviembre de 2015, pp. 23, 29-31, 42-45, 51, 65-66, y 77-79; amparo en revisión 1115/2007, resolución de 11 de abril de 2018, pp. 72, 81-82, 94-95, 97, 103, 117 y 128-130; amparo en revisión 623/2017, resolución de 13 de junio de 2018, pp. 31, 37-39, 49-52, 57-58, 71-72, y 82; amparo en revisión 547/2018, resolución de 31 de octubre

y en todos los demás casos, ella fue *premisa* de las decisiones adoptadas por el tribunal en cada uno de ellos. Por eso, las consideraciones de las tesis aisladas derivadas del amparo en revisión 237/2014[21] forman parte de la *ratio decidendi* de las demás ejecutorias que reiteraron esta decisión, y por tanto constituyen también criterios vinculantes, de acuerdo con las reflexiones que anotaré después.

III. Precedentes plenarios

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también fue receptivo a los aspectos básicos del principio de proporcionalidad.

En una de las primeras decisiones —cuyo precedente data de 1996— en las que empleó el examen derivado de este principio, dicho órgano lo estableció como el procedimiento para evaluar el cumplimiento del principio de igualdad (aunque fue dictado en el ámbito fiscal).[22] En esa ocasión, el Pleno de la Suprema Corte determinó que para ser legítima, un trato diferenciado legislativo debe basarse en una "justificación objetiva y razonable", de modo que sus consecuencias sean "adecuadas y proporcionadas", y "la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional".[23] Estas expresiones están claramente inspiradas por una sentencia del Tribunal Constitucional español;[24] sin embargo, su paráfrasis diluyó mucho de la claridad de esta fuente, y evitó que se transmitiera con claridad que se hacía referencia a un "juicio de proporcionalidad

---

de 2018, pp. 33, 41-42, 56-57, 59, 66, 82, y 95-96; y amparo en revisión 548/2018, resolución de 31 de octubre de 2018, pp. 22, 29-31, 42-45, 51-52, 66-67, y 78-80.

[21] *Supra*, nota 18.

[22] Véase EQUIDAD TRIBUTARIA. CUANDO SE RECLAMA LA EXISTENCIA DE UN TRATO DIFERENCIADO RESPECTO DE DISPOSICIONES LEGALES QUE CORRESPONDEN AL ÁMBITO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO, ES INNECESARIO QUE, ADEMÁS, LOS ARGUMENTOS RELATIVOS SE ANALICEN A LA LUZ DEL CONTEXTO MÁS AMPLIO DEL DERECHO DE IGUALDAD, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 40, marzo de 2017, t. II, tesis 2a. XXX/2017 (10a.), p. 1390 (reconoce que "el principio de equidad tributaria es la manifestación del principio de igualdad en materia fiscal").

[23] EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2011*, t. I, tesis 605, p. 1737.

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

en sede constitucional". Aquel precedente de la Suprema Corte resulta críptico para quien no esté familiarizado con el principio de proporcionalidad y, por tanto, no pudo impulsar su recepción en el derecho constitucional mexicano.

En otras ocasiones, el Pleno del Máximo Tribunal ha aplicado alguno de los aspectos del examen de proporcionalidad, pero sin una referencia franca a sus conceptos. Así, en distintas ocasiones ha resuelto, por ejemplo, con base en la falta de idoneidad de una norma general, determinando que "la medida legislativa no es proporcional a los fines perseguidos", porque lo que ordenaba no era adecuado al propósito que supuestamente perseguía;[25] decidiendo la falta de necesidad de una disposición, porque existen "otras medidas" que permitirían lograr sus fines sin implicar una "drástica limitación" a los derechos fundamentales;[26] o señalando que el precepto enjuiciado dispone una consecuencia de "carácter excesivo y desproporcional" frente a los derechos que afecta.[27]

1. Tesis P./J. 130/2007

El reconocimiento explícito al principio de proporcionalidad por parte del Pleno de la Suprema Corte se consolidó con la tesis jurisprudencial P./J. 130/2007,[28] fundamental para arraigar el principio de proporcio-

---

[25] RENTA. EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN XII, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, ES INCONSTITUCIONAL AL LIMITAR LA DEDUCCIÓN DE LOS GASTOS DE PREVISIÓN SOCIAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1O. DE ENERO DE 2003), *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. I, tesis 731, p. 1914.

[26] TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, tesis P. IX/2003, p. 54.

[27] PATRIA POTESTAD. EL SUPUESTO NORMATIVO QUE IMPONE SU PÉRDIDA POR ABANDONO INJUSTIFICADO DEL HOGAR CONYUGAL POR MÁS DE 6 MESES, ES UNA SANCIÓN CIVIL QUE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. I, tesis 493, p. 1573.

[28] GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS

nalidad en el sistema jurídico mexicano. Se trata de un criterio absolutamente vinculante del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, máximo órgano jurisdiccional e intérprete constitucional. Al menos de manera incipiente, pero ya distinguible, establece las fases del examen de proporcionalidad que debe efectuarse para calificar las limitaciones a los derechos fundamentales, y se expresa en términos genéricos, aplicables a todas las ramas jurídicas y no con relación a una de ellas —la tributaria, por ejemplo—, con lo que deja fuera de duda el carácter transversal del principio de proporcionalidad.[29]

Este criterio ya establece, de forma íntegra y con alguna claridad, las fases del examen respectivo según su formulación generalmente aceptada; distingue las etapas relativas a la evaluación del fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Además, funda el examen de proporcionalidad en las prohibiciones de exceso y de arbitrariedad que se desprenden del "principio de legalidad", lo que a mi juicio da a aquél un sólido fundamento en el artículo 16 constitucional —y su motivación material— en el ordenamiento mexicano. Pero esta tesis jurisprudencial, en general, caracteriza las etapas del examen de proporcionalidad de manera imprecisa, en especial la relativa a la ponderación.[30]

Sin embargo, en realidad, la tesis P./J. 130/2007 *no refleja con fidelidad las ejecutorias* de que proviene. Su primer precedente constitutivo, el amparo en revisión 2146/2005, contiene una exposición *clara, concisa y básica* de los fundamentos teóricos del examen de proporcionalidad, y a diferencia de la mencionada tesis, esta resolución sí describe *con precisión y rigor*

DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. I, tesis 321, p. 1310.

[29] Véase MARCAS. EL ARTÍCULO 90, FRACCIONES II Y IV, DE LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, AL PREVER SUPUESTOS EN QUE NO SERÁN REGISTRABLES, NO VULNERA LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICAS, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 56, julio de 2018, t. I, tesis 1a. XCI/2018 (10a.), p. 263 (señala que la proporcionalidad no se relaciona con ámbitos limitados, sino que en general con asuntos "en que exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad").

[30] Véase en general Sánchez Gil (2009, pp. 471-489).

técnico las etapas en que consiste este examen. Los restantes precedentes que formaron dicha tesis jurisprudencial reprodujeron íntegramente el razonamiento de aquella primera ejecutoria.[31] Las consideraciones más importantes de este pasaje jurisprudencial son las siguientes:[32]

1. Las garantías individuales encuentran su límite en el interés público y los derechos de otras personas, pero ello "no conduce a determinar que las garantías individuales siempre deban ceder —en todo momento y [con] relación a todo su contenido— frente al interés público o a los intereses constitucionales de terceros".

2. Si "el legislador se estim[ase] facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución".

3. "Las nociones de contenido esencial y proporcionalidad son relevantes para la solución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos y para establecer los límites […] de las garantías individuales"; "implican la idea de que el legislador bien puede limitar las garantías individuales […] siempre que lo haga de manera justificada, es decir, estableciendo una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva"; "el principio de proporcionalidad puede deducirse […] básicamente como exigencia del principio de legalidad".

4. La actuación del legislador en la limitación de las garantías individuales "está condicionada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica", al considerar que "existe la imposibilidad de que una

[31] Amparo en revisión 810/2006, resolución del 27 de febrero de 2007, considerando quinto, § VI, pp. 101-117; amparo en revisión 1285/2006, resolución del 27 de febrero de 2007, considerando sexto, § VI, pp. 67-80; amparo en revisión 1659/2006, resolución del 27 de febrero de 2007, considerando sexto, § VI, pp. 79-92; amparo en revisión 307/2007, resolución del 24 de septiembre de 2007, considerando quinto, § V, pp. 58-70.
[32] Amparo en revisión 2146/2005, resolución del 27 de febrero de 2007, considerando quinto, § VI, pp. 92-104.

ley secundaria nulifique injustificadamente el contenido de cualquiera de las garantías constitucionales en pugna".

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

Estas consideraciones fueron algunas de las "premisas" para "examinar la cuestión de inconstitucionalidad planteada" que resolvió el Pleno de la Suprema Corte en las sentencias que generaron la tesis P./J. 130/2007.[33] La estructura de la argumentación de todas estas ejecutorias es simple: una exposición general del principio de proporcionalidad y de su examen, seguida de la aplicación de éste al caso concreto —lo que ya se designa coloquialmente como "correr" el test de proporcionalidad— para determinar si supera todas sus etapas. La exposición general de la proporcionalidad es de esta manera elemento integral, y aun *fundamental*, del razonamiento decisorio del tribunal. Así lo fue también en el caso *Marihuana* y en la acción de inconstitucionalidad 2/2014.

C. Acción de inconstitucionalidad 2/2014

I. Sinopsis de la ejecutoria

El procurador general de la República inició este proceso constitucional contra el artículo 467 bis de la Ley General de Salud, publicado en

[33] Amparo en revisión 2146/2005, p. 78; amparo en revisión 810/2006, p. 76; amparo en revisión 1285/2006, p. 54; amparo en revisión 1659/2006, p. 66; y amparo en revisión 307/2007, p. 46.

el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 2013, en la porción normativa que refiere a la fracción IV del artículo 245 del ordenamiento.[34] Esta última sección legal es parte de una clasificación de sustancias psicotrópicas a efectos de su control y vigilancia, y comprende las "que tienen amplios usos terapéuticos y constituyen un problema menor para la salud pública".

Los conceptos de invalidez de la demanda plantearon la violación de los siguientes derechos previstos por la Constitución y por tratados internacionales:

1. Seguridad jurídica y exacta aplicación de la ley penal: en tanto la remisión a la indicada fracción IV crea confusión, pues importa una prohibición de venta y suministro de las sustancias relacionadas en ella, pero crea confusión porque a la vez algunas de dichas sustancias sirven para tratar diversos padecimientos y su venta y suministro sí están permitidos si se satisfacen determinados requisitos.

2. Proporcionalidad de las penas: por establecer una pena que no es proporcional al delito que sanciona y al bien jurídico que pretende protegerse, pues algunas sustancias prohibidas por el tipo penal impugnado están permitidas por tener fines terapéuticos, y la cafeína en particular se encuentra en distintos productos que pueden suministrarse a menores de edad e incapaces (refrescos, café, té, chocolate, cafiaspirinas, ente otros).

3. Salud: ya que el tipo penal impugnado no prevé excepciones, y refiere integralmente al listado de la fracción legal a que remite, en el cual se incluyen sustancias empleadas en medicamentos que sirven para dar

[34] "Al que venda o suministre a menores de edad o incapaces, mediante cualquier forma, substancias que se encuentren comprendidas dentro de los supuestos a que se refieren las fracciones IV y V del artículo 245 de esta Ley, se aplicará de 7 a 15 años de prisión". La información relativa al caso se tomó de las partes conducentes de su ejecutoria: Pleno, acción de inconstitucionalidad 2/2014, sentencia del 1 de diciembre de 2014, disponible en http://bit.ly/2u544Z3 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de marzo de 2015 y en el *Semanario Judicial de la Federación* el 10 de abril de 2015)

tratamiento médico a diversos padecimientos psicológicos, o como sedantes o estimulantes, entre otros, y que además no se encuentran en la composición de inhalantes y solventes cuyo consumo entre menores de edad se pretende combatir.

El análisis de la sentencia tiene una estructura deductiva dividida en dos grandes secciones. En la primera, la Suprema Corte expuso los perfiles dogmáticos de los derechos fundamentales que la demanda estimó vulnerados; en la segunda, aplicó este marco conceptual para enjuiciar la norma impugnada, y concluir que contravino todos los derechos mencionados; se inclinó de manera esencial por los argumentos del promovente.

La estructura de esta resolución suscita diversas interrogantes. La primera es si el estudio de la Suprema Corte sobre el principio de proporcionalidad ha de tenerse o no por *obiter dictum*, teniendo presente que antes de analizar este tópico el Máximo Tribunal ya había decidido la inconstitucionalidad del tipo penal impugnado por ir contra la seguridad jurídica y el principio de taxatividad penal. Más específicamente, la segunda interrogante consiste en establecer si las consideraciones generales de la Corte sobre el principio de proporcionalidad constituyen una razón decisoria que integra un precedente judicial, o si son meras reflexiones dichas "de paso" por el tribunal y sin capacidad para tener efecto vinculante.

II. Justicia completa y control constitucional

También en la acción de inconstitucionalidad se estableció el criterio de que es innecesario estudiar los argumentos de la demanda cuando alguno resulta fundado y basta para anular la norma general reclamada, pues con ello "se cumple el propósito de este medio de control constitucional".[35] Este criterio siguió el precedente con el mismo sentido establecido para

[35] ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ESTUDIO INNECESARIO DE CONCEPTOS DE INVALIDEZ, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. II, núm. 36, p. 4459.

la controversia constitucional,[36] y, a su vez, éste fue sentado al seguir analógicamente la consolidada jurisprudencia del juicio de amparo.[37]

Es proverbial el arraigo de este criterio en el juicio de derechos fundamentales, como muestran la variedad de tesis jurisprudenciales que lo reproducen[38] y su aplicación en incontables ocasiones. Su empleo en relación con el llamado "amparo para efectos" ha sido común y corriente,[39] y es una herramienta de los tribunales para no demorar la solución de los asuntos a su cargo. Pero dicho criterio parece ir contra el principio de exhaustividad procesal, según el cual el órgano jurisdiccional debe "trata[r] todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, *sin dejar de considerar ninguna*" (Gómez, 2012, p. 332) (cursivas añadidas). En realidad, la cuestión es compleja y más matizada.

El vínculo de este criterio con la economía procesal es evidente. En el contexto del juicio de amparo, si estimar un solo concepto de violación bastase para invalidar el acto reclamado, dejar de atender otros argumentos parece aun obligado en función de dicho principio, pues estudiarlos sería —a primera vista— redundante. Con esta perspectiva, eximir del análisis de los restantes conceptos de violación aparenta compaginar la exhaustividad y la economía procesales: el quejoso satisfaría su interés con el otorgamiento del amparo, que lo libra del acto reclamado cuya constitucionalidad habría sido *grosso modo* la "cuestión (esencial y) efecti-

[36] Pleno, acción de inconstitucionalidad 23/2003, sentencia de 3 de febrero de 2004, pp. 62-63 (cita la CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ESTUDIO INNECESARIO DE CONCEPTOS DE INVALIDEZ, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, 9a. Época, t. X, septiembre de 1999, tesis P./J. 100/99, p. 705).

[37] Pleno, controversia constitucional 31/97, sentencia de 9 de agosto de 1999, p. 143 (cita CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. CUÁNDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO, Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19171995*, t. VI, tesis 168, p. 113).

[38] Por todos, véase CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, ESTUDIO INNECESARIO DE LOS, Tercera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. II, tesis 1335, p. 1498.

[39] *E. g.* CONCEPTOS DE VIOLACIÓN. SI SE ESTIMA FUNDADO UNO DE LOS RELATIVOS A CUESTIONES PROCESALES EN UN LAUDO, RESULTA INNECESARIO EL ESTUDIO DE LOS RESTANTES EN QUE SE ALEGAN CUESTIONES DE FONDO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, tesis V.1o.C.T.82 L, p. 1308.

vamente planteada",[40] y se evita a los tribunales un esfuerzo mayor del necesario para protegerlo.

Aunque esta visión valiera para el juicio de amparo y la controversia constitucional por su calidad concreta,[41] el carácter *abstracto* de la acción de inconstitucionalidad no permite que así sea a su respecto.[42] Ésta no protege la situación jurídica de la parte promovente, sino que "se ejerce, fundamentalmente, *en interés de la constitucionalidad*, esto es, en aras del principio de supremacía constitucional".[43] La acción de inconstitucionalidad no busca satisfacer el "interés" de su promovente invalidando de cualquier manera la norma general impugnada y reportándole un beneficio propio; no es un *remedy*, pues no tiende a brindar tutela subjetiva específica —aunque eventualmente pueda hacerlo—; su propósito es invalidar una norma general inconstitucional, expulsándola del ordenamiento y evitando una violación sistemática del orden constitucional, y vincular al legislador a *no emitir de nuevo la norma inconstitucional* o cualquier otra que con el mismo sentido contravenga el *significado constitucional* que estableció su sentencia.[44]

Si para el juicio de amparo tiene "altísimo valor" que sus sentencias "determinen el sentido, la inteligencia de un texto constitucional dado, fijando el derecho público de la Nacion" (Vallarta, 1989, pp. 316-319 y 321), aún más elevado ha de ser este propósito para la acción de inconstitucionalidad; ésta es una garantía establecida sólo para buscar la con-

[40] *Cfr.* artículos 76 de la Ley de Amparo y 39 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional (LR105).
[41] Lo que se verá adelante que no es así en términos absolutos, pues recientes precedentes han hecho mella en este criterio para el juicio de amparo.
[42] Véase CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL, Pleno, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. II, tesis 157, p. 4683.
[43] Pleno, acción de inconstitucionalidad 12/2002, sentencia de 22 de octubre de 2002, considerando octavo, p. 80 (énfasis añadido). Véase también Brage (2005, pp. 105-110).
[44] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil (2009, pp. 27 y 32-33) y SENTENCIAS. SU AUTORIDAD SE EXTIENDE A LOS CONSIDERANDOS, Tercera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19171995*, t. VI, tesis 501, p. 331.

formidad de las normas generales con la ley fundamental, determinar el significado constitucional sería una de sus funciones más importantes.[45] Por ello, para la acción de inconstitucionalidad debe enfatizarse que

> mal pueden las ejecutorias de la Corte fijar el derecho público […] si no dilucidan, consideran y resuelven *todas las cuestiones constitucionales* que en el juicio se presenten: encerrarse en esos casos en un laconismo estudiado, parapetarse tras de *fórmulas rutinarias*, es faltar á un deber, es desconocer los altos fines que esas ejecutorias tienen: si eso es cómodo y sencillo, es á todas luces inconveniente.[46]

Desde hace cierto tiempo, especialmente por lo dispuesto en los artículos 76 y 189 de su ley reglamentaria, en el juicio de amparo está más presente la posición de que hay situaciones en que aun si uno de los conceptos de violación es fundado, el juez constitucional no está exento de estudiar otros argumentos del quejoso, en particular si son de fondo y cabe la posibilidad de que la autoridad responsable reitere la violación reclamada en un nuevo acto. Esta posición claramente pretende evitar el "amparo para efectos" y el (constante) reenvío a la autoridad responsable. Se extiende en la actualidad en el juicio de amparo una posición que materialmente supera la "fórmula rutinaria" del criterio jurisprudencial referido en primer término, que con el fin de impartir una justicia exhaustiva y aun de la propia economía procesal, obliga al tribunal de amparo a resolver cuestiones independientes de aquella por la que primeramente otorgaría su protección.[47]

---

[45] *Cfr.* Pleno, acción de inconstitucionalidad 31/2006, sentencia del 19 de febrero de 2008, p. 13: "[L]a jurisprudencia constitucional que emite [la Suprema Corte de Justicia de la Nación] es del interés directo de todos los gobernados, que deben tener *certeza sobre los límites constitucionales* de la actuación pública" (cursivas añadidas).

[46] *Ibidem*, p. 320 (cursivas añadidas).

[47] Véanse CONCEPTOS DE VIOLACIÓN RELATIVOS AL FONDO EN EL AMPARO DIRECTO LABORAL. DEBEN EXAMINARSE SI NO DEPENDEN DE LA VIOLACIÓN PROCESAL DECLARADA FUNDADA", Segunda Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. II, tesis 1343, p. 1505; CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO REFERENTES A PRESTACIONES ACCESORIAS A LA PRINCIPAL. PROCEDE SU ANÁLISIS AUN CUANDO SE CONCEDA EL AMPARO PARA QUE SE REPONGA EL PROCEDIMIENTO, SIEMPRE Y CUANDO

Esta misma posición aplicaría en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad, y en realidad no iría contra los respectivos precedentes que en estos procesos afirmaron que sería innecesario estudiar los demás conceptos de invalidez cuando alguno invalida el acto impugnado.[48] En los asuntos en que fueron sentados dichos precedentes, el estudio de los conceptos de invalidez no habría aportado nada, pues en ambos casos se trató esencialmente de violaciones procedimentales con relevancia sólo para el caso particular, y la invalidez decretada en cada caso supuso la anulación de sus efectos o la posibilidad de su reparación. De esta manera, ocuparse de ellos habría sido desproporcionado, pues habría afectado la justicia pronta sin beneficio para la justicia completa.

La diferencia entre las hipótesis señaladas en los dos párrafos anteriores se percibe fácilmente: en el primero, el tribunal está en posibilidad de ampliar los beneficios de su decisión y evitar la reiteración de actos inconstitucionales; en el segundo, tal posibilidad no existe. En la acción de inconstitucionalidad 2/2014 se dio el primer supuesto, y por eso la Suprema Corte no sólo estaba habilitada, sino obligada a estudiar los diferentes conceptos de invalidez del promovente.

En la referida acción de inconstitucionalidad se hicieron valer tres diversos motivos de inconstitucionalidad vinculados respectivamente con estos derechos fundamentales: *1)* seguridad jurídica y taxatividad penal; *2)* proporcionalidad de las penas, y *3)* derecho a la salud. Si el Máximo Tribunal hubiera concluido la irregularidad de la norma general impugnada con base en la violación del primer derecho fundamental, y consi-

---

LA RESPONSABLE SE HAYA PRONUNCIADO RESPECTO DE ELLAS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10a. Época, lib. 62, enero de 2019, t. IV, tesis I.16o.T.15 K (10a.), p. 2374; y CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL AMPARO DIRECTO EN MATERIA AGRARIA. EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PUEDE EXAMINAR LOS RELATIVOS AL FONDO, AUN CUANDO HAYA DETERMINADO ACTUALIZADA UNA VIOLACIÓN PROCESAL QUE TENGA COMO CONSECUENCIA LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO, CUANDO AQUÉLLOS ESTÉN DESVINCULADOS DE ÉSTA, *idem*, Décima Época, lib. 76, marzo de 2020, t. II, tesis II.3o.A.29 K (10a.), p. 904.

[48] *Supra*, notas 35, 36 y 37.

derado "innecesario" estudiar los argumentos restantes, habría dejado al legislador en libertad de emitir un nuevo acto normativo que reiterase tales vicios aunque purgase el que sí fue objeto de la sentencia; esto no habría resuelto todas las cuestiones efectivamente planteadas ni servido de forma óptima a la garantía abstracta del orden constitucional que dicho proceso persigue.

Por estas razones ha de concluirse que, como cualquier otra de las cuestiones estudiadas en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 y sin importar el orden de su expresión, la relativa a la proporcionalidad del tipo penal que en este proceso se enjuició forma parte integral de la materia de dicho procedimiento, siendo una de sus secciones autónomas. Temas independientes son la indeterminación de esa norma general, la desproporción de la pena que impone y su vulneración al derecho a la salud; lo decidido en relación con cada tema, también es parte esencial de dicha resolución; de ahí que el estudio de proporcionalidad que este caso efectuó la Suprema Corte de Justicia de la Nación no fue un pronunciamiento redundante.

III. Proporcionalidad en la acción 2/2014

1. El razonamiento de la Suprema Corte

En la sección III de su considerando quinto (pp. 39-44), la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2014 hizo una exposición general de los fundamentos del juicio de proporcionalidad al reproducir casi idénticamente las consideraciones de las ejecutorias que originaron la jurisprudencia P./J. 130/2007.[49]

Al igual que aquellas sentencias, la acción de inconstitucionalidad 2/2014 comenzó diciendo que "[es cierto que los derechos humanos encuentran

[49] Véase Tesis P./J. 130/2007.

su límite, en ocasiones, en el interés público y en los derechos humanos de terceros", pero que ello "no conduce a determinar que […] siempre deban ceder —en todo momento y [con] relación a todo su contenido— frente al interés público o a los intereses constitucionales de terceros que determine el legislador". La Suprema Corte también reiteró en esta ocasión que "[a] ese respecto, cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad constitucional", lo que lleva a sostener que "el legislador bien puede limitar los derechos humanos con base en la Constitución, siempre que lo haga de manera justificada, es decir, estableciendo una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar". Y, en tal virtud, continuó el Máximo Tribunal, al reglamentar un derecho humano, "el legislador debe actuar de manera acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica", y culminó expresando, justo antes de invocar el apoyo de la jurisprudencia P./J. 130/2007, que

> la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una *finalidad constitucionalmente legítima*; b) debe ser adecuada, *idónea*, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser *necesaria*, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser *razonable*, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención (acción de inconstitucionalidad 2/2014, nota 34, p. 43) (cursivas añadidas).[50]

Inmediatamente después de estas consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad, el Pleno de la Suprema Corte cerró su consideración general del principio de proporcionalidad llevándolo al análisis

[50] *Cfr.* amparo en revisión 2146/2005, *cit.*, nota 32, p. 100.

específico del tipo penal impugnado con referencia a la jurisprudencia P./J. 102/2008,[51] cuya ejecutoria a su vez invocó la referida tesis P./J. 130/2007.[52]

En cuanto a su proporcionalidad, el "análisis concreto" de la norma penal impugnada se llevó a cabo más adelante, con posterioridad al relativo a la vulneración a la seguridad jurídica y a la taxatividad penal.[53] El Pleno de la Suprema Corte juzgó que dicha norma vulnera los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, porque "el medio empleado *no es adecuado ni idóneo* para alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador, así como tampoco es razonable, dado que implica una carga desmedida e injustificada para el gobernado". Estimó lo anterior al considerar que al prohibir la venta y el suministro a menores de edad "mediante cualquier forma" de ciertas sustancias, algunas con utilidad terapéutica y que constituyen un "problema menor para la salud pública", la norma penal impugnada es "*sobre inclusiva* [*sic*] en cuanto a las potenciales conductas que, en su aplicación, pudieran resultar perseguidas o castigadas".[54]

2. ¿Cuál fue la *ratio decidendi*?

Es generalizado distinguir las secciones de la sentencia que contienen un precedente con los conceptos de *ratio decidendi* —llamada *holding* en los Estados Unidos, aunque caben algunas diferencias— y *obiter dictum*.[55] En esencial, la *ratio decidendi* (razón de la decisión) es el principio o regla jurídica *específica* que sirvió de base a la decisión del tribunal de modo *determinante*. La *ratio* es la parte de la resolución judicial a la que se atri-

[51] LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 599.
[52] Acción de inconstitucionalidad 31/2006, *cit.*, nota 47, pp. 10-11.
[53] Acción de inconstitucionalidad 2/2014, *cit.*, nota 34, pp. 58-63.
[54] *Ibidem*, p. 61.
[55] En lo sucesivo, véase en general Garner *et al.* (2016, pp. 44-48).

buye efecto vinculante, y que controlará —por su carácter abstracto— la decisión interpretativa que haya de adoptarse en casos futuros.

En cambio, el *obiter dictum* (dicho de paso) se define por exclusión. Se trata de cualquier consideración en la resolución judicial que *no haya determinado* su resultado. Ejemplos pueden ser: "[u]n ingenioso párrafo de apertura, la información de trasfondo relativa a cómo se desarrolló la ley, [y] las digresiones especulativas" que suelen hallarse en las sentencias.[56]

El hoy retirado magistrado Richard A. Posner sugirió una manera muy práctica para distinguir entre las porciones vinculantes de una resolución judicial y las que no lo son. De acuerdo con esta opinión, *dictum* sería el razonamiento superfluo, que podrían suprimirse sin afectar seriamente los "fundamentos analíticos" de la decisión; por el contrario, si la argumentación de la decisión no se sostuviera, o no se entendiera, de suprimirse alguna consideración, ésta sería una *ratio decidendi* y su criterio constituiría un precedente judicial.[57] Tal criterio de distinción servirá para establecer si las consideraciones generales de la sentencia comentada sobre el examen de proporcionalidad constituyen precedente vinculante.

Como sucedió en las ejecutorias que originaron la jurisprudencia P./J. 130/2007 y en el caso *Marihuana*, en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 las consideraciones generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fueron *premisa del análisis concreto* que realizó a la norma general impugnada.[58] Y se trató, además, de una premisa *fundamental*: la ausencia del carácter indispensable de las medidas que en todas estas

---

[56] *Ibidem*, p. 44.
[57] *Cfr. Sarnoff vs. American Home Prods. Corp.*, 798 F2d 1075, 1084 (7th Cir. 1986), citado por *ibidem*, pp. 46-47; véase también *ibidem*, p. 53. El Tribunal Constitucional Federal alemán estableció una regla similar en BVerfGE 96, 375 (404): "Fundamentales para la decisión son aquellas consideraciones jurídicas de las que no podría prescindirse sin que el resultado concreto de la decisión se pierda de acuerdo con la línea de pensamiento expresada en la resolución. Por el contrario, no son fundamentales las declaraciones jurídicas efectuadas en ocasión de una decisión que se hallan fuera del contexto de la motivación entre una norma jurídica general y la decisión concreta".
[58] *Cfr. supra*, nota 33.

ocasiones enjuició la Suprema Corte, fue determinada por la convicción de someter las limitaciones a los derechos fundamentales que revisó en cada una de ellas a un examen de proporcionalidad en sentido amplio, valorando si perseguían una finalidad constitucionalmente válida, y si resultaban idóneas, necesarias y razonables a ella.

No fue casual que en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 —al igual que en los otros casos mencionados— el Máximo Tribunal hubiera analizado en particular si prohibir la venta y el suministro a menores de edad "mediante cualquier forma" de ciertas sustancias era "adecuado" o "razonable". Este enfoque se debió a que la Suprema Corte estimó el muy básico postulado de que *el legislador no puede restringir los derechos fundamentales de cualquier manera*, sino que debe hacerlo respetando su contenido esencial, ajustándose al principio de proporcionalidad[59] mediante el examen estandarizado que deriva de él para verificar si en el caso particular es imprescindible su restricción para proteger algún interés público reconocido por la Constitución.

La Suprema Corte analizó precisamente la necesidad de esta restricción iusfundamental partiendo de las consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad que determinaron su enfoque del caso, máxime cuando las expuso de manera destacada en su resolución. De esta manera, dichas consideraciones generales no sólo forman parte de la razón decisoria del Máximo Tribunal, sino que son la piedra angular del razonamiento que llevó a cabo para resolver como lo hizo. Por lo tanto, dichas consideraciones generales constituyen un precedente vinculante a todos los efectos.[60]

---

[59] Cuya fórmula en sentido amplio fue expresada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en términos ya clásicos: "En la República Federal de Alemania, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Resulta del principio de Estado de Derecho, ya básicamente de la esencia misma de los *derechos fundamentales* que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, *cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto sea imprescindible (unerläßlich) para la protección de intereses públicos*" (BVerfGE 19, 342 [348-349]; cursivas añadidas).

[60] Contó con el mínimo de ocho votos que al efecto requieren los artículos 43 y 59 de la LR105. *Cfr.* acción de inconstitucionalidad 2/2014, *cit.*, nota 34, p. 67.

Una última precisión al respecto. Como luego mostró el caso *Marihuana*,[61] la calidad "suprainclusiva" de la norma penal impugnada en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 en realidad va contra el subprincipio de *necesidad*, no contra el de "idoneidad" o el de "razonabilidad". Cuando la restricción de un derecho fundamental se extiende a hipótesis desvinculadas del fin legítimo que la impulsa, no carece de "aptitud" para lograr éste (idoneidad), sino que afecta el derecho fundamental de una manera excesiva, *prescindible*, pues hay una opción "menos lesiva" para lograr dicho propósito: ajustarse estrechamente a los casos que sí se vinculan con él; tampoco puede hablarse de "razonabilidad" (entendida como "ponderación" o "proporcionalidad *stricto sensu*", según la Suprema Corte), pues no se ha de pasar a esta etapa del examen de proporcionalidad por haber reprobado la anterior;[62] pero esta inexactitud del análisis concreto de la acción de inconstitucionalidad 2/2014 no debe conducir a negar calidad de precedente a sus consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad; al cabo, haya reprobado la norma impugnada una u otra etapa del respectivo examen, habría sido inconstitucional por desproporcionada en los términos de aquella exposición general.

D. El valor del precedente de la acción 2/2014

En cuanto al examen de proporcionalidad, la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2014 reitera, de manera casi idéntica, los razonamientos de las ejecutorias que originaron la jurisprudencia P./J. 130/2007, con la que se arraigó dicha metodología de aplicación constitucional en el sistema jurídico mexicano. Se advierte por lo anterior una clara continuidad en la línea jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte que implanta el principio de que las restricciones a los derechos fundamentales deben estar materialmente justificadas, esto es, aunque el legislador

[61] Tesis 1a./J. 25/2019 (10a.), *cit.*, nota 17.

[62] Al menos entendiendo *grosso modo* la relación entre las etapas de necesidad y ponderación del examen de proporcionalidad, ya que pueden hacerse observaciones muy minuciosas al respecto, pero que aquí carecen de importancia. Véase en general Borowski (2021, p. 256) (propone "un criterio perfeccionado de necesidad: el Óptimo de Pareto combinado con el criterio Kaldor-Hicks").

esté facultado para regular el ejercicio de tales derechos, no puede disponer absolutamente de su contenido, sino que las limitaciones que les imponga han de perseguir una finalidad constitucionalmente válida, y ser idóneas, necesarias y "razonables" —es decir, "ponderadas" o proporcionales en sentido estricto— para lograr dicho propósito.

Sin embargo, la acción de inconstitucionalidad 2/2014 no representa una simple aplicación reiterativa de la jurisprudencia P./J. 130/2007 y de las consideraciones que la originaron; su precedente añade un elemento muy relevante. Esta sentencia de control abstracto ya se dictó estando vigente de la reforma constitucional de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011 que, como se sabe, dispuso el llamado "nuevo paradigma" de los derechos humanos en México; por lo que en su virtud ha de entenderse que el examen de proporcionalidad también es una metodología conforme con el vigente sistema mexicano de derechos fundamentales.

No puede tomarse de otra forma el hecho de que al repetir los términos de las ejecutorias que generaron la jurisprudencia P./J. 130/2007, la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2014 hubiera sustituido las "garantías individuales" por los "derechos humanos". Esta sustitución conceptual por una intención de llevar los fundamentos y postulados en que se basa el principio de proporcionalidad y la técnica de juicio constitucional a que da lugar al contexto normativo que estableció tan importante reforma constitucional.

Lo anterior me parece muy correcto. El principio de proporcionalidad tiene un lugar como técnica para garantizar los derechos humanos en el ámbito internacional, y en particular en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tan importante para México.[63] Si una de las intenciones de la mencionada reforma constitucional fue volver

[63] *Supra*, notas 11 y 13.

más afable el ordenamiento mexicano al derecho internacional de los derechos humanos, ello debe estar acompañado también por la aceptación del examen de proporcionalidad como técnica para valorar las restricciones que el poder público está facultado para imponerles. El juicio de proporcionalidad es una herramienta muy bien avenida con la intención de garantizar los derechos "en los más amplios términos", que ya implicaba la Constitución incluso antes de la indicada reforma,[64] pero que ahora se ve reforzada por la trilogía de obligaciones básicas del Estado frente a los derechos humanos consistentes en respetar, proteger y promover que dispone el vigente párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.[65]

Pese a la importancia de lo anterior, pueden hacerse la mismas observaciones a la caracterización de la proporcionalidad que hizo la acción de inconstitucionalidad 2/2014 que a las ejecutorias que generaron la jurisprudencia P./J. 130/2007, de la que es sucesora.[66]

Puede hacerse una observación esencial de la concepción de la etapa de necesidad del examen de proporcionalidad de dichas resoluciones. No aporta mucha claridad acerca de explicar el subprincipio de la proporcionalidad señalar que la restricción de un derecho fundamental debe ser "suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo".[67] Para lo anterior, hubiera sido mejor una fórmula

---

[64] IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS), Primera Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 19172011*, t. I, tesis 10, p. 827. Véase también CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, agosto de 2011, tesis P. XII/2011, p. 23 (expresando que "los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización").

[65] Esencialmente coincidente con la trilogía de deberes internacionales de respetar, proteger y satisfacer (*fulfil*). Véase De Schutter (2014, pp. 280-281).

[66] *Supra*, nota 30.

[67] *Supra*, nota 52.

como la empleada en el caso *Marihuana*, más apegada a la universalmente estandarizada de la proporcionalidad, que expusiera dicho subprincipio como la exigencia de que no haya alternativas para lograr el fin que impulsa la restricción de un derecho fundamental que sean menos lesivas para éste.[68]

Otro acierto de esta caracterización de la proporcionalidad es identificar la última fase del examen relativo con un término breve y expresivo. Habría preferido el término "ponderación", muy arraigado en la doctrina, en vez de "razonabilidad", que puede dar tantos problemas. Esta brevedad es muy conveniente, en especial para la práctica, frente a la técnicamente rigurosa expresión "proporcionalidad *stricto sensu*" (amparo en revisión 2146/2005, nota 32, pp. 100 y 104).[69]

La caracterización del examen de proporcionalidad que hizo la acción de inconstitucionalidad 2/2014 tiene, por lo demás, las mismas virtudes que la efectuada también casi una década atrás. Se trata de un precedente vinculante del Pleno del Máximo Tribunal que establece el juicio de proporcionalidad como técnica imperativa para enjuiciar las limitaciones a los derechos humanos que reconocen la Constitución y los tratados internacionales celebrados por México, y que la generalidad de sus características lo hacen aplicable en cualquier ámbito jurídico. Pero, en especial, al haberse sentado en el contexto de la reforma constitucional de 2011, este precedente asume el principio de proporcionalidad como parte integral del vigente sistema mexicano de derechos fundamentales, y renueva su vigencia en el ordenamiento y da continuidad a una importante línea jurisprudencial del Máximo Tribunal.

---

[68] *Cfr.* TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, noviembre de 2016, t. II, tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), p. 914.

[69] Además, esta opción pudo deberse a que en un inicio la proporcionalidad se confundió en México con la "proporcionalidad tributaria" del artículo 31, fracción IV, constitucional, por lo que quizá se calificó con los adjetivos "jurídica" o "constitucional" a la proporcionalidad como técnica de juicio constitucional.

E. Epílogo

La acción de inconstitucionalidad 2/2014 sentó un precedente importante en el bagaje jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el principio de proporcionalidad. Se trata nada menos que de la decisión que lleva el examen a que da lugar dicho principio al contexto del vigente sistema de derechos fundamentales mexicano.

Sin embargo, dicha sentencia es muy poco conocida como un hito. Quizá lo anterior se deba a que su criterio de establecer el examen de proporcionalidad como "límite de los límites" a los derechos que reconoce el parámetro de control de regularidad constitucional mexicano parece ser una mera reiteración de los argumentos de las ejecutorias que originaron la jurisprudencia P./J. 130/2007; es probable que ello explique que ni siquiera el rubro temático de la publicación de esta ejecutoria en el *Semanario Judicial de la Federación* refiera el principio de proporcionalidad. Pero sustituir las "garantías individuales" por los "derechos humanos" y, sobre todo, que se haya dictado bajo la vigencia de la reforma del 10 de junio de 2011, otorga a la acción de inconstitucionalidad 2/2014 un cariz diferente de una mera aplicación reiterativa de aquella jurisprudencia fundamental.

Otra de las dificultades que parece haber para reconocer esta sentencia como constitutiva de un precedente es identificar su *ratio decidendi*, y determinar si sus consideraciones generales en efecto constituyen un criterio vinculante del máximo órgano jurisdiccional. A decir verdad, en México apenas se está pensando con seriedad sobre el precedente judicial, y esto sin duda pudo contribuir para soslayar la importancia de las consideraciones sobre el principio de proporcionalidad efectuadas en la acción de inconstitucionalidad 2/2014, pero atendiendo a que lo resuelto por la Suprema Corte en este caso no se explica sin ellas, debe concluirse que dichas consideraciones son parte fundamental de la decisión, y constituyen un precedente judicial vinculante a cabalidad.

Los argumentos con que esta resolución sostuvo la aplicación del examen de proporcionalidad, primigeniamente elaborados en el precedente fundamental del amparo en revisión 2146/2005, explican de manera básica, pero clara, por qué el legislador no está habilitado para restringir los derechos fundamentales como mejor le parezca; exponen con precisión los fundamentos para afirmar que tampoco basta la buena intención del legislador para justificar las maneras concretas en que intervenga en los ámbitos protegidos por tales derechos. Es cierto que pueden hacerse algunas precisiones de carácter dogmático; mas ello no vulnera la autoridad de este precedente ni lo esencial de su criterio: los derechos fundamentales sólo pueden limitarse cuando resulte imprescindible, porque su restricción sea idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto para lograr un fin avalado por la Constitución.

El máximo efecto vinculante del precedente establecido en esta sentencia de control abstracto y su formulación genérica son hoy el más sólido fundamento jurisprudencial para la aplicación taxativa del juicio de proporcionalidad como criterio último para enjuiciar las restricciones a los derechos que reconoce el orden constitucional mexicano.

Fuentes

Alexy, R. (2009), "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", ed. y trad. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, pp. 8-9, «http://bit.ly/2reSzMn». [última fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020].

Borowski, M. (2021), "Necesidad y ponderación", traducción de Arnulfo Daniel Mateos Durán, en González Carvallo, D. B y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales.

Brage Camazano, J. (2005), *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

De Schutter, O. (2014), *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo Möller, C. M. (2014), "Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos", en Steiner, C. y Uribe, P. (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, pp. 732-733, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, disponible en: «http://bit.ly/2YodKuc».

Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R. (2009), *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios"*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Garner, Bryan A. *et al.* (2016), *The Law of Judicial Precedent*, St. Paul, Minn. Thomson Reuters.

Gómez Lara, C. (2012), *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford University Press.

Sánchez Gil, R. (2008), "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 221-268, disponible en: «http://bit.ly/2c5bsKx».

_____ (2009), "Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 21, pp. 471-489, disponible en «http://bit.ly/MDROTq». [última fecha de consulta: 13 de noviembre de 2020].

_____ (2021), "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", en González Carvallo, D. B y Sánchez Gil, R. (coords.),

El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales.

Vallarta, I. L. (1989) *El juicio de amparo y el "writ of habeas corpus". Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*, 4a. ed. facsimilar, t. V, México, Porrúa.

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*

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España). Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. Estancias de investigación en universidades alemanas, francesas e italianas. Conferenciante y profesor de posgrado y doctorado en numerosas universidades españolas, europeas y latinoamericanas. Autor de una quincena de libros y de más de 200 artículos de variada temática jurídica (filosofía del derecho, teoría del derecho, derecho civil, derecho penal, derecho administrativo, derecho laboral, filosofía política, derecho y cine, derecho y literatura, entre otros).

Sumario: A. ¿Un legislador completamente maniatado?; B. Ponderación paso a paso; C. ¿Jurisprudencia simbólica?.

La sentencia es analizada como un buen ejemplo de los riesgos que se desprenden de la teoría de Robert Alexy. Se trata de riesgos para los parámetros constitucionales del Estado de derecho y para la legitimidad democrática del derecho. De la mano de la sentencia, se resalta cuánto de relativo y profundamente valorativo hay en cada uno de los pasos o test de la ponderación y cómo se puede desembocar en sentencias cuyo significado es más simbólico que real.

A. ¿Un legislador completamente maniatado?

Los recurrentes reclamaban la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley General de Salud. En ésta, la cannabis sativa, índica y americana y la marihuana son estupefacientes. Se declaraba igualmente en tal ley que todo acto relacionado con estupefacientes o psicotrópicos o cualquier producto que los contuviera requiere "autorización de la Secretaría de Salud y sólo puede otorgarse con fines médicos o científicos" (artículos 235 y 247). Además, la ley, en sus artículos 237 y 248, prohibía de forma expresa que se otorgara autorización para el uso de ciertos estu-

pefacientes o psicotrópicos, entre los que se encontraba la marihuana o cannabis. Así pues, y como resume la sentencia,

> de conformidad con los artículos 235 y 247, así como con el artículo 44 del Reglamento de Insumos para la Salud, cualquier persona que pretenda sembrar, cultivar, elaborar, preparar, acondicionar, adquirir, poseer, comerciar, transportar, prescribir médicamente, suministrar, emplear, usar, consumir y, en general, realizar cualquier acto relacionado con las substancias listadas en los artículos 234 y 245 de la Ley General de Salud, o con cualquier producto que los contenga, deberá contar con una "autorización" de la Secretaría de Salud y solamente podrá realizar dichas acciones si las mismas tienen fines *médicos* y/o *científicos*.

La sentencia también explica que la razón de esa prohibición está en que el legislador considera que las sustancias en la ley enumeradas como estupefacientes o psicotrópicos, y entre ellas la marihuana, suponen un problema para la salud pública.

La Sala, en esta sentencia, falla que, en efecto, son inconstitucionales los preceptos impugnados y lo son porque la prohibición de que la Secretaría de Salud autorice el uso personal (cultivo, transporte, tenencia, consumo) de marihuana atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Hay que empezar por subrayar aquí que el del libre desarrollo de la personalidad no es un derecho expresamente mencionado en la Constitución mexicana, razón por la que importará mucho reparar en cómo lo explica y lo fundamenta la Corte.

Lo que en la sentencia se dirime, en razón del objeto del recurso, no es el tratamiento penal del consumo de marihuana,[1] sino si son o no consti-

[1] Se puntualiza que "En este orden de ideas, es importante señalar que si bien el artículo 478 de la Ley General de Salud, en relación con el artículo 479, señala que el Ministerio Público no ejercerá acción penal en contra de quien posea hasta cinco gramos de marihuana, esta Suprema Corte ha interpretado que dicha disposición contiene una *excluyente de responsabilidad*, lo que únicamente significa que en esos casos no debe aplicarse la pena a quien haya cometido el delito en cuestión,

tucionales las referidas prohibiciones administrativas a que remite la Ley General de Salud, sistema de prohibiciones administrativas que "constituye un obstáculo jurídico para poder realizar lícitamente todas las acciones necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo de marihuana (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etc.)". En otras palabras, se trata de ver si es constitucional la prohibición de que la marihuana sea usada por los ciudadanos con "fines lúdicos o recreativos". Eso, según los recurrentes y según la sentencia, vulnera inconstitucionalmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Los recurrentes habían alegado que eran varios los derechos constitucionales dañados por las mentadas prohibiciones, además del de libre desarrollo de la personalidad, en concreto, los de identidad personal, propia imagen, privacidad y dignidad humana; pero la sentencia puntualiza que cualesquiera eventuales vulneraciones de esos derechos "quedan comprendidas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad", por lo cual lo que procede, antes que nada, según la Sala, es analizar cuál es "el contenido *prima facie* de este derecho, para luego resolver si los artículos reclamados inciden en dicho derecho".

Este detalle me produce una primera perplejidad. ¿Es el derecho al libre desarrollo de la personalidad una especie de macroderecho o supraderecho que abarca dentro de sí derechos tan dispares como el de identidad, propia imagen, privacidad y dignidad? Si respondemos que no, nos alejamos de la perspectiva de la Sala y no estaría justificado que ésta, en la sentencia, se abstenga de analizar si hay o no afectación o vulneración de esos cuatro derechos; pero si contestamos que sí y nos alineamos en ese aspecto con la Sala, deberíamos interrogarnos acerca de cuáles otros

---

pero no consagra de ninguna manera una autorización o un derecho al consumo personal en los términos en los que lo solicitan los quejosos, puesto que además de que únicamente se limitan a *despenalizar* el consumo en una cantidad muy pequeña, dichos preceptos *no permiten* de ningún modo la realización de las otras actividades correlativas al autoconsumo, como siembra, cultivo, cosecha, preparación, transporte, etc.".

derechos fundamentales son parte integrante del derecho al libre desarrollo de la personalidad y cuáles quedan fuera. ¿Lo será el derecho de propiedad? ¿Y el derecho a la educación? ¿Y qué hay de la inviolabilidad del domicilio —han dicho que el de privacidad cae en el libre desarrollo de la personalidad—, la libertad de expresión, la libertad ideológica, etcétera? ¿Acaso se trata de un expediente para que, cuando se invoque en un recurso la vulneración de cualquiera de esos plurales derechos que quedan abarcados en el de libre desarrollo de la personalidad, no tenga el tribunal que entrar en su análisis y su posible afectación y baste con reconducir cualquier problema así al cotejo con el libre desarrollo de la personalidad? ¿Será que a la Sala le resultaba más difícil o complicado declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas si hubiera tenido que razonar sobre si o en cuánto afectaban negativamente al derecho a la identidad, al derecho a la imagen, al derecho a la privacidad y al derecho a la dignidad? ¿No sería mejor y hasta argumentativamente más razonable que cuando los recurrentes invocan varios derechos, y entre ellos el libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte argumentara sobre todos ellos, en lugar de decir que todos se suman en uno y nada más que de ése, el libre desarrollo de la personalidad, merece la pena hablar?

Ciertamente, se puede aducir que basta con que uno de esos derechos sea vulnerado sin justificación constitucional para que se declare inconstitucional la norma impugnada y para qué perder más tiempo analizando la afectación posible de los otros derechos invocados. No es mala razón ésa, pero lo que choca un tanto es que, frente a los derechos mencionados que tienen expreso anclaje en el texto constitucional, sea el derecho constitucionalmente innominado el que se lleve la palma y los argumentos, so pretexto de que todos los otros quedan en él acogidos.

Según la sentencia, "la moderna teoría de los derechos fundamentales" distingue entre alcance de un derecho fundamental y extensión de su protección, razón por la que el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe hacerse en dos etapas. En la primera, "debe determinarse si la norma impugnada incide en el *alcance* o contenido *prima facie* del

derecho en cuestión. O, dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada *limita* el derecho fundamental". Para ello, hay que interpretar la disposición normativa objeto de la impugnación, así como la norma constitucional de referencia, para precisar si la conducta regulada por la norma que se cuestiona está dentro de las conductas en principio cubiertas por el derecho constitucional invocado. Si la conclusión es afirmativa, se pasa a la segunda fase, en la que se ha de ver si es constitucional la norma discutida y que afecta negativamente al derecho fundamental.

> Así, en esta fase del análisis debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca la *extensión de la protección* que otorga inicialmente el derecho. Este ejercicio implica que se analice si la intervención legislativa cumple con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad: una finalidad constitucionalmente válida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de en estricto sentido de la medida.

Se aprecia la fidelidad con la que la Sala se ciñe al modelo propuesto por Robert Alexy.

Empieza, pues, con la primera etapa, la de delimitar el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y brinda su caracterización de tal derecho. Explica que la Constitución mexicana protege de forma amplia la autonomía de las personas mediante la garantía de ciertos derechos fundamentales, atrincherando los bienes por tales derechos protegidos contra medidas del Estado o de terceros que afecten a la autonomía personal. Por eso, y con el fin de salvaguardar la autonomía personal, la Constitución vela por derechos como los de "expresar opiniones, moverse sin impedimentos, adoptar una religión otro tipo de creencia, elegir una profesión o trabajo, etc.". ¿Y el derecho al libre desarrollo de la personalidad? Según la sentencia, este derecho protege "un área residual de libertad que no se encuentra cubierta por las otras libertades".

La Sala se basa en algunas sentencias del Tribunal Constitucional alemán que interpretan y desarrollan ese derecho, como la del caso *Elfes*, si bien no menciona el hecho, quizá relevante, de que tal jurisprudencia constitucional alemana está interpretando y aplicando un derecho, el de libre desarrollo de la personalidad, recogido de modo expreso en el artículo 2.1 de la Constitución alemana.[2] Tal vez ese dato da un sentido distinto en Alemania o en México a la siguiente afirmación que aparece en la sentencia:

> cuando un determinado "espacio vital" es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico.

En Alemania, el de libre desarrollo de la personalidad es un derecho expresamente puesto en la Constitución, y por eso remitirse a él cuando el supuesto que se juzga no cuadra en otro derecho de libertad no es acudir a un derecho genérico o cajón de sastre, sino a un derecho fundamental más de los que la Constitución menciona.

La Sala señala que el libre desarrollo de la personalidad "es un derecho fundamental derivado del derecho a la dignidad que a su vez está previsto en el artículo 1o. constitucional y se encuentra implícito en los tratados internacionales suscritos por nuestro país". Ese derecho implica que "el individuo, sea quien sea, *tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida*, la manera en que logrará las metas y objetivos que, para él, son relevantes". Es una libertad "indefinida" que "*complementa* las otras libertades más específicas, como la libertad de conciencia o la libertad de expresión, puesto que su función es salvaguardar la

[2] Que reza así: "Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral".

'esfera personal' que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas". En este punto importa detenerse y hacer algunas reflexiones.

Los sistemas jurídicos, con las constituciones a la cabeza, declaran permitidas o libres ciertas conductas, otras las prohíben y, de entre las permitidas, algunas son sujetas a determinadas condiciones. La cuestión teórica interesante versa sobre qué sucede con aquellas conductas que en las constituciones no son mencionadas como libremente permitidas. ¿Puede el legislador prohibir o poner trabas a algunas de tales conductas que la Constitución no señala como ejercicio de un derecho fundamental de libertad? Es obvio que lo primero que hay que solucionar son problemas interpretativos, ver, en efecto, si la conducta de que se trate encaja o no bajo el permiso de hacer o no hacer dado por la norma constitucional. Así, puede plantearse la cuestión de hasta dónde llega la libertad de expresión o la libertad de información, lo que supone dirimir antes que nada cuáles acciones son informar o expresarse y cuáles no, a los efectos de las correspondientes normas constitucionales.

Pero supongamos que existe una conducta C que no consideramos referida por o abarcada en ninguna norma constitucional que establezca libertades.[3] Si estamos en Alemania, una de las normas para la que hemos de fijar alcance es precisamente aquel artículo 2.1 que consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y habrá que ver qué acciones de los sujetos pueden, bajo dicha norma, tildarse como ejercicio del desarrollo libre de la personalidad y cuáles no. Y ahí está la cuestión difícil.

Es difícil imaginar una acción humana consciente y deliberada que no sea de una forma u otra manifestación de la personalidad de su autor y ejercicio de su personal autonomía. Si no queremos que absolutamente todas las acciones plenamente conscientes e intencionales sean por defi-

[3] U obligaciones, pues la conducta obligada ha de poder hacerse, no puede ser impedida. Pero ese es asunto que aquí podemos dejar de lado.

nición parte del supuesto *prima facie* protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habremos de aplicar criterios interpretativos que nos permitan diferenciar cuáles encajan en ese derecho y cuáles no quedan protegidas por él. Así, aquella conducta C de nuestro ejemplo sólo tendrá encuadre en ese derecho si posee las propiedades $P^1 \ldots P^n$, propiedades que por vía interpretativa se han sentado. Y para que pueda desarrollarse esa interpretación, parece ineludible que hay que partir de alguna concepción de lo que sea la personalidad y su libre desarrollo, pues es el desarrollo libre de la personalidad lo que la constitución protege, cuando lo protege. Por supuesto, concepciones diferentes acerca de la vida buena y del ser humano determinarán la atribución, por vía de interpretación, de alcances diversos al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Lo que con lo anterior pretendo indicar con lo anterior es que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho cajón de sastre o "residual", o una especie de derecho por defecto que puede entrar en juego siempre y cada vez que el legislador restringe la libertad para hacer algo que no está protegido por otra norma constitucional. Porque, si así fuera, tendría sentido que se pudiera cuestionar de frente la constitucionalidad de absolutamente cualquier limitación legislativa de alguna conducta que el sujeto de forma autónoma quiere realizar. Y eso parece que puede conducir a consecuencias absurdas y a una extensión desmesurada del poder de los jueces constitucionales para declarar inconstitucional cualquier restricción de la libertad por vía legislativa.

En otras palabras, está en juego la libertad de configuración del legislador democráticamente legitimado. Toda norma prohibitiva o restrictiva de una conducta cualquiera supone merma de la libertad, y toda acción libre es expresión de la autonomía del sujeto. Así que si cada vez que el legislador recorta en algo el ejercicio libre de alguna acción hemos de considerar, de modo congruente, que hay afectación negativa del libre desarrollo de la personalidad, tenemos que el control de constitucionalidad amplía sus poderes grandísimamente, pues ya no se trata de ver si la ley choca con tal o cual libertad garantizada por la Constitución, sino

de examinar si esa restricción de la libertad que la ley comporta pasa o no el examen de lo que por genuina libertad y por personalidad libre y su desarrollo entienda el tribunal que controle la constitucionalidad. Se puede decir que la inmensa mayoría de las normas jurídicas, o todas, restringen la libertad de los ciudadanos de un modo u otro, y si el de libre desarrollo de la personalidad es ese derecho residual y omniabarcador que en esta sentencia se dice, toda norma es susceptible de tener que pasar el control de constitucionalidad cotejándola con el libre desarrollo de la personalidad de sus destinatarios. Y eso lleva a hacer verdad una afirmación que leemos en la sentencia que estamos comentando: "parece evidente que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho cuyos contornos deben irse precisando jurisprudencialmente".

Un buen ejemplo de lo que he dicho lo aporta alguna otra sentencia de la Suprema Corte que declara inconstitucional, por opuesto al libre desarrollo de la personalidad, el conjunto de normas que regulaban en México el divorcio como divorcio causal. Que no pueda divorciarse cada uno libremente y cuando quiere supone un atentado contra dicho derecho, según la Suprema Corte. Ya nunca más se podrá considerar en México que pertenece a la libertad de configuración del legislador legítimo determinar el tipo de divorcio que exista, es un elemento más que se sustrae de la agenda política y que se arrebata a los derechos políticos de los ciudadanos. En adelante, el sistema de divorcio no podrá ser más que ese muy liberal que la Corte estima compatible con el (en su concepción) libre desarrollo de la personalidad y con su idea de la relación entre los ciudadanos y las normas e instituciones.[4]

No puede sorprendernos que la Sala concluya que en el caso que en la sentencia que comentamos se juzga está limitada la libertad y autonomía personal de quienes quieren consumir marihuana y, por tanto y según

[4] Y conste que con esa impronta liberal e individualista del derecho de familia estoy muy de acuerdo, si bien no me gusta que improntas de ese tipo las impongan los jueces, sino los legisladores democráticamente legitimados.

tan extensa concepción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, hay afectación negativa de éste:

> Al respecto, esta Primera Sala entiende que efectivamente el derecho fundamental en cuestión permite *prima facie* que las personas mayores de edad *decidan* sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, al tiempo que también permite llevar a cabo todas las *acciones* o *actividades* necesarias para poder materializar esa elección.

Parece evidente que toda restricción de la libertad por obra de una norma jurídica merecería el mismo juicio, el de que *prima facie* hay afectación negativa del derecho de marras. Sólo una norma que en nada limitara la libertad de nadie dejaría de merecer esa conclusión. Por ejemplo, la norma que castiga el homicidio afectaría al alcance o contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad del homicida (o al menos del homicida que mate por convicción y porque su carácter se lo pide así para sentirse bien libre) y, sentado eso que parece tan indudable como absurdo, habría que pasar a la segunda etapa del análisis alexyano, el de examinar cuándo el homicida se ha excedido en su derecho y no se respeta el principio de proporcionalidad entre ese derecho suyo a matar en pleno uso de su personalidad libremente homicida y el derecho de la víctima a conservar su vida. Y, para colmo, esa ponderación habría que hacerla tanto en el control abstracto de constitucionalidad de la norma penal que castiga al que mata como caso a caso, y no vaya a ser que las circunstancias de algún caso determinen que pesa más la personalidad libre del homicida que el derecho a la vida de vaya usted a saber qué víctima de poco peso. Un sindiós.

Pasa a continuación la sentencia a la segunda etapa, la atinente a si tal afectación negativa de la libertad está o no constitucionalmente justificada, pues, "el libre desarrollo de la personalidad *no es un derecho absoluto*, de tal manera que puede ser limitado con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido". Las limitaciones pueden estar jus-

tificadas en beneficios de los derechos de los demás o del orden público. Según el conocido esquema alexyano que en la sentencia se sigue, y en las palabras de la Sala,

> el derecho fundamental adopta una doble fisonomía: antes de practicar el test de proporcionalidad presenta un carácter *prima facie* y sólo después de que se ha realizado el escrutinio adquiere un carácter *definitivo*, de tal manera que si la medida legislativa limitadora no supera el test de proporcionalidad el contenido definitivo del derecho será coincidente con el atribuido *prima facie*; en cambio, si la ley se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad el contenido del derecho será más reducido que el aparente o *prima facie*.

Sumemos a lo anterior esta otra afirmación que en la sentencia se lee: "la doctrina especializada ha señalado que los derechos fundamentales y sus respectivos límites externos operan como *principios*, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda del test de proporcionalidad". Ese test de proporcionalidad, como bien se sabe y la sentencia recuerda, pasa, según el catecismo alexyano, por preguntarse si la norma cuestionada tiene un fin constitucionalmente legítimo y por ver si supera el test de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

Imaginemos que estando vigente la norma constitucional que prohíbe la tortura y, por consecuencia, sienta el derecho constitucional de todo ciudadano a no ser torturado, se promulga una norma legal que permite la tortura, pero sólo de terroristas y en los casos en que resulte imprescindible, como único recurso disponible o restante, para evitar la muerte cierta de cientos de personas; por ejemplo, porque se trata de saber dónde ocurrirá el próximo atentado masivo de ese grupo o quiénes lo van a ejecutar o en qué lugar colocó ese mismo terrorista la bomba que dentro de unas horas estallará si él no confiesa la ubicación a tiempo para que la policía la desactive. Si las normas de derechos fundamentales son

principios, como la Sala Primera aquí ha dicho,[5] y si aunque la norma legal de nuestro ejemplo afecte de forma negativa, y mucho, al derecho a no ser torturado (y por extensión a la dignidad de la persona y hasta al libre desarrollo de la personalidad), resulta que aplicamos el test de proporcionalidad, seguramente va a resultar que se declara constitucional esa norma legal permisiva de la tortura bajo las señaladas restricciones: el fin es constitucionalmente legítimo (salvar vidas, muchas vidas), la medida, bajo las restricciones señaladas, es idónea (es evidente que con la tortura sí se puede en más de un caso conseguir la confesión salvadora), es necesaria (por eso la ley de nuestro ejemplo puntualiza que nada más que cabe la tortura cuando ya no haya alternativa para ese fin de evitar el atentado sangriento y salvar vidas) y supera, creo que sin duda, el test de proporcionalidad en sentido estricto, ya que por mucho peso que le demos al derecho a la dignidad y la integridad física y moral del malvado terrorista pertinaz, más valor concederemos a la vida de los cientos de ciudadanos inocentes que van a morir si no se usa ese recurso. Mi opinión es que, vigente la norma constitucional prohibitiva, jamás y en ningún caso la tortura puede ser constitucionalmente legítima. Pero si así queremos hacerlo valer hemos de prescindir del esquema principialista y ponderador y servirnos de otros parámetros normativos y constitucionales, en particular, la llamada concepción del núcleo esencial de los derechos.

Sin embargo, pese a que el principialismo ponderador pone en riesgo de derrota cualquier norma constitucional y cualquier derecho fundamental, pasa por ser un buen esquema para la protección de los derechos. ¿Por qué? Seguramente porque tales patrones normativos y metodológicos han sido usados por los tribunales de la mayor parte de los países y la mayoría de las veces con un enfoque muy liberal y para ampliar el alcance de derechos, derechos de libertad unas veces y derechos sociales otras. Un buen ejemplo lo ofrece la Suprema Corte en la sentencia analizada.

[5] Si, conforme a la división de Alexy, la norma constitucional que veda la tortura fuera una regla, vendría a dar igual, pues según esa teoría las reglas también se pueden ponderar frente a principios y puede ser derrotadas por ellos.

Pero la herramienta es peligrosa en grado sumo para la integridad de los derechos constitucionales y nada más hace falta que cambien las intenciones y las orientaciones ideológicas de los tribunales constitucionales para que así pueda comprobarse; de hecho, ya se está comprobando en más de un lugar.

Pero veamos ahora cómo se desenvuelve la Corte en esos cuatro pasos del test de proporcionalidad.

B. Ponderando paso a paso

En los términos de la sentencia, "en una segunda etapa del análisis de constitucionalidad debe determinarse si la noma que interviene en el ámbito inicialmente protegido por el derecho fundamental es constitucional" y para ello "debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación desde el punto de vista constitucional para que la medida legislativa limite el contenido *prima facie* de derecho". Eso se hace en los consabidos cuatro pasos del control de proporcionalidad.

a) La constitucionalidad de los fines que persigue la norma limitadora del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Según el esquema difundido por Alexy, la norma en examen que limita un derecho fundamental (o un principio constitucional, aunque no sea iusfundamental) debe perseguir una finalidad de protección o mejora de otro principio constitucional. En caso contrario, será inconstitucional la referida norma y no rebasará este primer estadio del examen de constitucionalidad. Un ejemplo de mi cosecha: una norma que pretendiera discriminar a un determinado grupo étnico tendría un fin constitucionalmente inadmisible y sería por ello inconstitucional. Así que urgiría buscarle la correspondencia con algún objetivo constitucionalmente legítimo; por ejemplo, la reducción del desempleo, el aumento de la seguridad ciudadana, la protección de la infancia, el cuidado de las familias... Espero que la ironía que estoy manejando se capte de forma adecuada y que

resulte evidente que con semejante instrumental cualquier constitucionalismo reaccionario tiene las puertas abiertas de par en par; sólo hace falta que los reaccionarios tengan mayoría en los tribunales, pero, por lo demás, el principialismo ponderador les vendrá como anillo al dedo.

Dos cuestiones relevantes para la teoría cabe mentar aquí, aunque sea de pasada. En primer lugar, que es difícil imaginar un supuesto legislativo que no se acoja expresa o tácitamente a la protección de algún principio constitucional, dada la enorme variedad o diversidad de los principios en la Constitución contenidos, a tenor, precisamente, del enfoque principialista. Una norma que, por ejemplo, impidiera a los ciudadanos pertenecientes a determinado grupo social o étnico circular por algunas calles parecería albergar un objetivo discriminatorio, pero si el legislador hace mínimamente verosímil que lo que se pretende es proteger la seguridad de esos mismos ciudadanos o la seguridad de otros individuos o grupos, ya se estaría justificando por un objetivo constitucional. Seguramente esa norma no superaría alguno de los otros test o pasos del examen de proporcionalidad, pero aquí lo que trato de mostrar es sólo que no parece fácil encontrar supuestos en los que este examen finalístico no dé resultado positivo.

En segundo lugar, se podría plantear, como interesante cuestión teórica la de los posibles efectos paradójicos de una ley que obedezca a una finalidad constitucionalmente ilícita. Si, por seguir con ejemplos de la misma índole, resulta que el fin del legislador es palmariamente discriminador, pero resulta que merced a esa norma malintencionada salen en su conjunto mejorados los derechos de los ciudadanos a los que se quería discriminar por motivos raciales, ¿habrá que seguir invalidando tal norma porque el fin de sus autores es constitucionalmente ilícito? Imaginemos que las calles en cuestión corresponden a la parte de una ciudad en la que están los casinos y salones de juego y que los miembros del grupo al que se prohíbe el acceso son en especial propensos a la ludopatía y a perder sus bienes en esas actividades de juego, de modo que tal impe-

dimento acaba beneficiando a muchos de ellos. La finalidad del legislador no era ayudarlos así, pero a la postre acaba o la ley acabaría favoreciéndolos. ¿Debe ser declarada su inconstitucionalidad en razón del objetivo discriminatorio expresamente declarado en la ley o tácitamente evidente o hay que hacer un examen de posibles efectos por encima de los fines por el legislador queridos?

Pero vayamos al análisis de la sentencia en este aspecto. La Sala comienza este apartado con la puntualización de que "las intervenciones basadas en *fines perfeccionistas* no encuentran protección constitucional, pues el Estado no puede exigir a las personas que se conduzcan de acuerdo a un determinado modelo de virtud". Ya antes había declarado que con el derecho al libre desarrollo de la personalidad es incompatible el paternalismo estatal, "que cree saber mejor que las personas lo que conviene a éstas y lo que deben hacer con sus vidas".

En mi opinión, no está clara la frontera entre fines perfeccionistas y fines que legítimamente busquen proteger derechos de las personas. Si una norma permite a los casinos negar la entrada a jugadores que ya han perdido en los últimos tiempos importantes sumas de dinero en la ruleta o el *blackjack* o, incluso, si es la misma norma la que fuerza a que se les niegue la entrada, ¿estamos ante un ejercicio de paternalismo estatal incompatible con el derecho del sujeto o ante un propósito perfeccionista carente de protección constitucional? ¿Y qué hay de las normas que prohíben el acceso de adultos a lugares muy peligrosos?

Sea como sea, las alusiones al paternalismo y el perfeccionismo parecen, en esta sentencia, encuadres retóricos o insinuaciones tendentes a predisponer al lector favorablemente para el análisis que luego vendrá y que en verdad no va a sostener que la norma examinada es un ejercicio de paternalismo o perfeccionismo, sino que responde a fines legítimos relacionados con la salud y el orden público. Pero, insisto, de modo muy hábil se apunta alguna posible relación con el paternalismo y se predispone negativamente al lector por el aroma que tales conceptos desprenden.

La salud y el orden público son los fines que, de la mano de una interpretación teleológica, asigna la Sala a las normas impugnadas. Está en juego "la salud pública" en tanto que psicotrópicos y narcóticos generan "dependencia para el consumidor" y, además, no es descabellado el temor de que la drogadicción se relacione con el aumento de la delincuencia. Por todo ello, se concluye que son constitucionalmente legítimos esos propósitos del legislador de defender la salud de los consumidores de drogas "y proteger a la *sociedad* de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de drogas, dado que ha considerado que esta actividad tiene aspectos nocivos tanto para el consumidor como para la sociedad en general". E igualmente legítimo es el fin de salvaguarda del orden público, concepto este que "hace referencia al bienestar de la sociedad en general".

Esta parte de la sentencia termina con un párrafo un tanto sorprendente:

> En cambio, la prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo. La Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecte a los demás. Así, las supuestas afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana —por ejemplo, disminución de productividad laboral del consumidor y el denominado "síndrome amotivacional"— no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, ni de la ley que ahora se analiza, ni de los procesos legislativos que la han reformado, se desprende la intención del legislador de promover un determinado modelo de virtud personal. Como se ha explicado, la ley pretende proteger la salud y el orden público.

¿Qué sucedería si al legislador lo moviera un ánimo paternalista o perfeccionista tendente a evitar la autodegradación del consumidor de marihuana? Según la Suprema Corte, ese fin es constitucionalmente ilegítimo por incompatible con el libre desarrollo de la personalidad. Pero

¿y si ése fuese un tercer fin que en la ley se busca o que, incluso, se declarara en su exposición de motivos, pero un fin tercero que se suma a los otros dos, de protección de la salud pública y del orden público? ¿Basta un fin ilegítimo para que la norma en examen deba declararse inconstitucional o se pasa este test si además del fin ilegítimo hay otros legítimos? ¿O acaso habría que ponderar entre fines legítimos e ilegítimos para ver cuáles han de prevalecer en este juicio? Y, por otro lado, ¿está segura la Suprema Corte o estamos seguros cualesquiera de nosotros de que en verdad no son afanes perfeccionistas los que mueven al legislador de tantos países a poner trabas a la drogadicción, en especial con drogas de las llamadas blandas, como la marihuana?

b) El test de idoneidad.

Con su buena sistemática, la sentencia empieza recordando que

> En esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una r*elación empírica* entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en *algún modo* y en *algún grado* a lograr el propósito que busca el legislador. Así, la idoneidad de una medida legislativa debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

En consecuencia, el "sistema de prohibiciones administrativas" que es objeto del escrutinio sobre su constitucionalidad superará el test de idoneidad si en verdad hay algún beneficio, aunque sea exiguo, para alguna de las finalidades que constitucionalmente justifican tal sistema según el apartado anterior, la salud y el orden público. Y la Suprema Corte, en esta sentencia, dice que sí hay tal beneficio, aunque sea en grado escaso.

Ese examen concluye con estas palabras: existe evidencia para considerar que el consumo de marihuana efectivamente causa diversas afectaciones

en la salud de las personas. En este sentido, si bien en términos generales puede decirse que se trata de daños de escasa entidad, ello no es obstáculo para concluir que en el caso concreto el "sistema de prohibiciones administrativas" conformado por los artículos impugnados efectivamente *es una medida idónea* para proteger la salud de las personas". Y agrega que

> la evidencia analizada no logró mostrar que el consumo de marihuana influyera en el aumento de la criminalidad, pues, aunque el consumo se asocia a consecuencias antisociales o antijurídicas, éstas pueden explicarse por otros factores, como al contexto social del consumidor o al propio sistema punitivo de la droga. Con todo, los estudios analizados sí permiten concluir que el consumo de marihuana entre los conductores es un factor que aumenta la probabilidad de causar accidentes vehiculares, lo que significa que la medida impugnada únicamente en este aspecto *también es una medida idónea* para proteger el orden público.

c) El test de necesidad.

La conclusión es la siguiente:

> el "sistema de prohibiciones administrativas" configurado por los artículos impugnados *constituye una medida innecesaria*, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un *grado menor*. Así, esta Primera Sala considera que la prohibición del consumo personal de marihuana con fines lúdicos es inconstitucional al no superar esta grada del test de proporcionalidad.

Veamos cómo se desarrolla el razonamiento en este punto.

Puesto que una medida limitadora de un derecho fundamental o de otro principio constitucional no será constitucionalmente legítima si se podía

haber acudido a una medida alternativa que, dañando menos el derecho o principio perjudicado, beneficia igual o más el derecho o principio beneficiado, aquí se trataba de observar si el derecho al libre desarrollo de la personalidad se podría haber respetado mejor con una medida diferente de la prohibición del consumo de marihuana y que favoreciera igual o más el derecho a la salud y el orden público. Téngase presente que será relevante en este apartado lo que señalé en el anterior: son de poca entidad los daños que a la salud y al orden público causa el consumo de marihuana.

En la sentencia se concluye que las medidas restrictivas enjuiciadas son inconstitucionales porque no pasan esta prueba de la necesidad: "'el sistema de prohibiciones administrativas' configurado por los artículos impugnados *constituye una medida innecesaria*, toda vez que existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental en un *grado menor*". Veamos cómo se fundamenta esa conclusión.

La Sala empieza por apuntar que puede ser una labor ímproba la de imaginar todas las posibles medidas alternativas y que, por tanto, basta con estar a las que el legislador ha manejado para situaciones similares y a las que se encuentran en el derecho comparado, y por eso el cotejo lo hace la Sala con las medidas referidas al tabaco y el alcohol.

Primero hace mención de la regulación en derecho mexicano del tabaco y el alcohol. El tabaco se somete a un "régimen de permisión controlada": prohibición de la venta a menores y en instalaciones educativas, prohibición de consumo en espacios libres de humo, escuelas, áreas de trabajo, etc., y sujeción de la producción y el consumo a diversas disposiciones administrativas. También hay restricciones a la publicidad. De modo similar, para el alcohol rigen prohibiciones de venta a menores y hay límites para la conducción de vehículos de motor. Además, las bebidas alcohólicas también deben venderse en envases que contengan ciertas leyendas de aviso sobre sus efectos nocivos.

En cuanto al tratamiento en el derecho comparado al consumo lúdico o recreativo de marihuana, se cita sólo el régimen de permisión controlada en los siguientes países, que son aquellos en los que no rige una prohibición absoluta del consumo, según la sentencia: los estados de Colorado y Washington, en Estados Unidos, Holanda y Uruguay. En todos esos sitios el consumo está expresamente permitido, pero bajo determinadas condiciones relativas a lugares, cantidades, edad, etc. Se explica, pero no se resalta de modo suficiente, que en tales lugares la permisión del consumo va acompañada de una regulación del comercio y hasta del cultivo, sea por particulares o por el mismo Estado.

¿Qué ocurre en los demás Estados si aceptamos la división un tanto cuestionable que plantea la sentencia? Hay que empezar por aclarar que existen estados en los que el consumo en privado, fuera de los espacios públicos, no está penado ni sancionado de ninguna manera, aunque sí haya sanción para el comercio de marihuana o la posesión de cantidades superiores a cierta cantidad. Pero si dejamos esos casos fuera de esta contemplación y nos ceñimos a aquellos estados en los que rige una prohibición legal de consumo de marihuana, ¿podemos o debemos concluir que en todos ellos hay una flagrante vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que el legislador ha optado por la prohibición absoluta en lugar de configurar un régimen de permiso condicionado, al estilo de esos únicos cuatro estados que menciona la Sala? Parece una tesis algo atrevida, porque, ante todo, se olvida por completo de la libertad de configuración del legislador. Si a esta sentencia sumamos otras de la Suprema Corte, como la que declara inconstitucional el sistema legal de divorcio causal, también por incompatible con el debido respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, ¿podemos sostener, de modo coherente, que tal derecho no se respeta como es debido en todos y cada uno de los estados que no permiten el consumo de marihuana y el divorcio libre?

La Sala determina, sobre la base reseñada, que sí hay una alternativa a la prohibición absoluta que es como mínimo igual de idónea eficaz para proteger los derechos relacionados con la salud y el orden público, pero menos

dañina para el de libre desarrollo de la personalidad, medida que consistiría en permitir el consumo, pero bajo restricciones relativas al lugar en que se consume, prohibición de conducir vehículos o ciertos aparatos bajo los efectos de la marihuana, prohibiciones de publicidad y restricciones en la edad de los consumidores, a lo que se añade la posibilidad de implementar políticas educativas y de salud.

Hagamos alguna comparación. Imaginemos que para el delito D, en la norma legal L, el legislador democrático legítimo ha establecido la pena P, de acuerdo con dos parámetros: la búsqueda de eficacia preventiva y la idea de castigo justo o merecimiento punitivo que esa mayoría parlamentaria legítima maneje. El tribunal constitucional de ese país examina la constitucionalidad de esa norma penal, le aplica el test de necesidad y concluye que para ese delito D cabría una pena alternativa P' más baja que es igual de eficaz para la protección del bien jurídico en juego, bien jurídico vinculado a algún derecho fundamental (vida, integridad física, propiedad, honor). Por ejemplo, P era una pena de entre cuatro años y un día y seis años de privación de libertad, y P' es una pena de entre uno y dos años. Así pues, si el tribunal tiene o cree tener datos sobre la igual eficacia preventiva de P y P', no necesita más para declarar la inconstitucionalidad de la norma L, puesto que es evidente que no supera el test de necesidad.

Lo que, en consecuencia, se nos muestra es que, bajo este prisma, la constitucionalidad de toda la legislación penal de un Estado se encuentra condicionada por un juicio que sobre su eficacia preventiva y sobre la eficacia preventiva de penas alternativas pueda hacer el respectivo tribunal constitucional, basado en datos e inferencias más o menos fundados. De tal manera, queda excluido que un factor que deba ser respetado en la legislación sea la consideración que la mayoría parlamentaria, en representación de la soberanía popular, pueda tener de lo que demande la justicia.

La idea de esa mayoría legítima, en el sentido de que lo que el autor de D merece es una pena de cuatro a seis años, y que además no es una pena

desmesurada desde ningún punto de vista, es una idea que, al parecer, para nada debe considerar el tribunal constitucional, que se dedica, en el test de necesidad, a hacer supuestos cálculos de costes y beneficios para derechos y principios. Supuestos cálculos que siempre o casi siempre van de la mano de una información empírica deficiente o sesgadamente seleccionada. La libertad de configuración del legislador legítimo, dentro de un marco constitucional necesariamente laxo si han de tener sentido los derechos políticos del ciudadano, hace mutis por el foro y es reemplazada por el estilo oracular de unos tribunales que fingen que sobre la realidad social y sobre los datos empíricos y las aportaciones de las ciencias tienen conocimientos más profundos y ciertos que los del poder legislativo y, desde luego, que los de los ciudadanos que eligen programas legislativos y votan a sus representantes.

Siempre veremos aparecer afirmaciones dudosas en cuanto a su respaldo empírico o que envuelven probables errores del razonamiento. Dice la sentencia, por ejemplo, que "la prohibición del consumo de marihuana no ha reducido el número de consumidores y, en consecuencia, tampoco ha disminuido los daños a la salud asociados al consumo". Y ya antes indicaba que

> el "sistema de prohibiciones administrativas" configurado por los artículos impugnados no ha logrado disminuir el consumo de marihuana. En esta línea, por ejemplo, datos de la Encuesta Nacional de Adicciones señalan que entre 2002 y 2008 el consumo de drogas ilegales aumentó de 4.6% a 5.2% entre la población de 12 a 65 años, lo que podría interpretarse en el sentido de que el citado sistema de prohibiciones es ineficaz para reducir el consumo.

Si esas drogas hubieran sido legales en lugar de ilegales, ¿estamos seguros de que el consumo no habría aumentado más?

Nos hallamos ante un ejemplo de razonamiento un tanto defectuoso, al menos desde la perspectiva de la ciencia social más elemental. Supóngase

que estoy engordando mucho más de lo que deseo y que me preocupa mi creciente obesidad. Me gustan mucho los dulces y la bollería y siempre tengo en casa abundante provisión. Sé que comer mucho de eso es una causa de mi continuo aumento de peso. Así que decido no volver a comprar más de tales productos para tener y consumir en mi hogar y lo hago con la esperanza de que así dejaré de engordar. Pero resulta que cada día aprovecho para comer dulces en alguna pastelería que encuentro al volver de mi trabajo y sigo engordando, incluso a mayor ritmo. ¿Puedo concluir que mi medida de no tener en casa esos alimentos ha sido ineficaz? No. Pues para eso necesitaría saber dos cosas. En primer lugar, cuánto habría engordado si hubiera seguido teniendo dulces en mi casa. Si mi aumento en kilos hubiera sido en ese caso superior al que he experimentado al tomar tales exquisiteces en las confiterías, mi medida sí habría sido eficaz. Y, en segundo lugar, debo saber si mi continuada subida de peso puede obedecer a otros factores; por ejemplo, a factores fisiológicos independientes de los dulces.

Lo mismo sucede con el asunto de las drogas. Para determinar si la prohibición del consumo es eficaz no basta saber que el consumo aumenta aunque haya prohibición, sino que tendríamos que conocer cuánto aumentaría si no la hubiera. Y, adicionalmente, tendríamos que poseer información fiable sobre qué otros factores inciden en el incremento del consumo, como puedan ser ciertas imágenes sociales, la influencia de algunos modelos, determinados patrones culturales, etc.

Que haya medidas también eficaces y menos dañosas para la libertad de los consumidores de marihuana, como "las campañas de información y las estrategias públicas que conciben a la farmacodependencia como un problema de salud pública", no debe contar como razón para rechazar la prohibición por no aprobar el test de necesidad. Sólo tiene sentido comparar con esos efectos las medidas entre sí excluyentes, como la prohibición y el permiso, sea este total o matizado. Para el objetivo de reducir el consumo y de evitar o aminorar sus efectos nocivos para la salud o el bienestar público, la prohibición y las campañas en cuestión no son medidas alternativas necesariamente, sino que pueden ser complementarias,

ya que se sumaría la eficacia de ambas. Por tanto, que esas campañas sean tanto o más eficaces que la prohibición no vale como razón para que ésta no pase el control de necesidad. Si en una escala de 0 a 10 la eficacia de la prohibición es de 0.5 y la de las campañas de 3, la suma de ambas daría 3.5 y, en términos de lo que en el test e necesidad se revisa, 3.5 es más deseable que 3. ¿O acaso habría que despenalizar la violación, por ejemplo, si se estuviera convencido de que con campañas largas e intensas de publicidad en los medios disminuiría la tasa de tal delito en mayor medida de lo que lo hace ahora a base de penas y sin las campañas en cuestión?

En resumidas cuentas, en este ejercicio de aplicación del test de necesidad que lleva a cabo la Sala apreciamos los problemas habituales en ese tipo de jurisprudencia constitucional en este paso. Uno, que las conclusiones sobre la eficacia de unas y otras medidas dependen de los datos que se manejen, y hay que reconocer que los jueces y magistrados en ninguna parte suelen ser muy duchos en el uso del método científico, en la utilización adecuada de los datos científicos y en el análisis no sesgado de tales datos. Y, dos, que en este paso se pone de relieve el modo en que este tipo de jurisprudencia constitucional deja en muy poca cosa la libertad de configuración del legislador democrático, pues las preferencias de la mayoría legislativa, aunque no choquen para nada con el tenor de la Constitución, quedan radicalmente condicionadas por los cálculos de costes y beneficios que quiera y sepan hacer los tribunales constitucionales y por el tipo de datos que los tribunales seleccionen o sepan usar para esos cálculos. Con una apariencia de labor de inspiración axiológica se cuela un enfoque tecnocrático que a la hora de la verdad tampoco lo es propiamente, sino un ejercicio larvado de una discrecionalidad deliberadamente extendida, a la vez que sutilmente disfrazada.

La Suprema Corte hace uso, en este tema de la marihuana, de un planteamiento liberal-individualista que, desde mi ideología, comparto. Lo que no me parece tan justificado es que los tribunales o yo, de forma modesta, imputemos nuestra ideología a la Constitución y la dibujemos a nuestra medida, en detrimento de los derechos de los que piensan distinto a

nosotros, tienen mayoría y legislan. Si los tribunales no se contienen, cualquier limitación de la libertad individual proveniente de una ley constitucionalmente legítima será anulada so pretexto de que afecta de mala manera el libre desarrollo de la personalidad.

d) El test de proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque la inconstitucionalidad ha quedado ya sentada en el paso anterior, la Corte la va a recalcar al mostrar que el test de proporcionalidad en sentido estricto también lleva a idéntico resultado, ya que se pondrá de relieve "el desequilibrio entre la *intensa afectación* del derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al *grado mínimo* en que se satisfacen los fines legislativos a través de la prohibición del consumo de marihuana". Se recuerda en la sentencia que con el examen de proporcionalidad en sentido estricto "se requiere realizar una *ponderación* entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados".

Es sabido que, de acuerdo con el esquema propuesto y divulgado por Robert Alexy, el grado de afectación positiva o negativa de un derecho fundamental o de cualquier otro principio constitucional puede ser intenso, medio o leve. La restricción que de un derecho fundamental o principio constitucional no iusfundamental haga la norma cuya constitucionalidad se estudia no puede suponer un grado de afectación negativa mayor que el beneficio o afectación positiva para otro derecho fundamental. Tal norma enjuiciada sólo será constitucional si la afectación negativa que para el derecho en cuestión implica es igual o inferior a la afectación positiva del otro derecho o principio. Así, si la norma N limita un derecho fundamental (o principio constitucional) D^1 en grado medio y el derecho fundamental (o principio constitucional) que se quiere amparar, D^2, sólo se beneficia en grado leve, hay una descompensación o desproporción y N será inconstitucional. En cambio, si es media la afectación negativa de D^1 y es media o es alta la afectación positiva de D^2, la norma

es constitucional, pues, por así decir, aquel perjuicio para D^1 queda compensado, el balance sale positivo.

Así pues, hay una apreciación o constatación determinante del resultado de la ponderación: el valor que se asigne a las correspondientes afectaciones negativas y positivas de los derechos. Imaginemos que la señora S tiene una casa, en la que vive, y que el Estado la expropia por alguna razón de interés público y que, a cambio, le da otra casa en otro lugar. S se plantea si ha ganado, perdido o se ha quedado igual. Para ello tiene que decidir, si, *consideradas todas las cosas que importen en relación con la casa*, es mejor para ella la casa que tenía o la casa nueva. Tomará en cuenta aspectos como tamaño de la casa, calidad de los materiales con que está construida, accesos, vistas, tipo de vecindario, zona o barrio, comunicaciones, proximidad a su trabajo, etc., y sobre esa base dará un valor mayor o menor a cada casa y hará el balance o ponderación final.

¿Cuánto de objetivo o de subjetivo hay en la valoración de cada casa, determinante del resultado final de la ponderación? Puede haber casos en los que la desproporción sea absolutamente evidente para cualquiera y se pueda decir que nadie razonablemente dirá que S no fue perjudicada o que no fue beneficiada. Si la primera casa tenía 50 metros cuadrados, estaba medio ruinosa y se ubicaba en un paraje mísero y sucio y la nueva es poco menos que un palacio ubicado en la zona con mayor calidad de vida de la ciudad, poca duda hay de que a S le ha compensado el cambio; si es al revés, no cabrá duda de que ha resultado perjudicada. Pero, entre esos polos, puede haber multitud de casos en los que personas diferentes discreparían en las valoraciones, en función de preferencias e idiosincrasias de cada cual. ¿Es mejor una casa mayor en un paraje nada hermoso o una casa pequeña en un paraje con estupendas vistas al río? ¿Es mejor una casa muy bien construida en una zona populosa y con bastante ruido o una casa más sencilla en una zona exclusiva?

Paralelamente y en relación con el tema de este texto, ¿es mejor que se prohíba a los ciudadanos consumir marihuana con fines lúdicos, con el

coste que eso tenga (la Sala considera que tiene coste para el libre desarrollo de la personalidad) o es mejor que se permita tal consumo, con los costes que acarree para la salud y el bienestar general, aunque sean, en opinión de la Sala, costes bajos? Si hiciéramos a ese respecto una encuesta a mil personas con buena formación y tomadas al azar, ¿habría un resultado claramente coincidente en favor del permiso para consumir marihuana, aunque sea bajo las condiciones que la sentencia apunta, o encontraríamos una gran discrepancia y preferencias parejas en cuanto a una u otra opción? Si se trata de ponderar, extrayendo ese tipo de balances entre costos de las alternativas en litigio, ¿por qué no se hacen encuestas significativas en lugar de permitir que sean los magistrados quienes ponderen por todos estableciendo lo que a ellos les parecen pesos objetivos, pero con los que discreparán subjetivamente millones de ciudadanos, quizá?

Por otra parte, he dicho que S hará sus valoraciones de las casas considerando todas las variables que importen en relación con la casa. Y ahora hay que matizar: considerando todas las variables que importen a S. Por ejemplo, S puede ser una persona muy religiosa que va diariamente a misa y le puede interesar mucho que la casa quede cerca de una iglesia, cuestión que a otros, en su lugar, les resultaría indiferente por competo. Ahora, comparemos con nuestro tema, y repasemos qué factores pone en la balanza la Sala y cuáles podría tal vez haber considerado y no consideró, o habrían considerado otros ministros o magistrados en su lugar.

La opción de la Sala es marcadamente liberal-individualista, y vuelvo a decir que en el plano personal comulgo con esa opción grandemente. Ese planteamiento liberal es el que lleva a poner el derecho al libre desarrollo de la personalidad como eje principalísimo del sistema constitucional, de modo que la libertad personal no puede limitarse ni para orientar hacia modelos de vida buena ni para ejercer un paternalismo estatal protector ni para ningún objetivo que no suponga la mejora de otros derechos de los individuos que, a la postre, acabarán también

repercutiendo en una mayor autonomía del conjunto de los individuos. Así que en un plato de la balanza se pone el superderecho al libre desarrollo de la personalidad y en el otro se coloca el derecho a la salud, en sentido amplio, y el orden público o el interés general, en lo que se relaciona, por ejemplo, con la producción de accidentes de automóvil o de accidentes laborales y similares, y también con el aumento de delincuencia. Y podemos preguntarnos si con eso se agota el espectro de cuestiones que razonablemente pueden ser "pesadas" en este caso o si se ha llevado a cabo una selección parecida a la que haría la señora S en función de que, por ser religiosa o no serlo, considere o no como merecedora de atención para sus valoraciones la proximidad de las casas a la iglesia. ¿Y si alguien dijera que también hay que tomar en consideración o "pesar" el que el consumo de marihuana puede tener influencia negativa en la vida familiar? ¿Y si alguno adujera que permitir el consumo puede conducir a que la demanda de marihuana aumente y a que, con ello, florezca aún más el negocio de los traficantes? ¿Y si se alega que por esa vía crecerá también la explotación de los productores en origen o la circulación de dinero negro y engordarán los beneficios de los bancos que se implican en la gestión de ese dinero o la corrupción dentro del Estado? Etcétera, etcétera, etcétera.

Lo que quiero resaltar con todo lo anterior es que son dos los factores que determinan el resultado de la ponderación en los casos en que no se está ante descompensaciones evidentes para cualquiera: la selección de los elementos que se van a valorar, tanto por el lado de los beneficios para un derecho, como de la afectación negativa para el otro, y la atribución de valores a las respectivas afectaciones, calificándolas como intensas, medias o leves. Para mí, que la educación escolar sea obligatoria y no pueda yo educar a mi hija en casa y en exclusiva significa una afectación muy leve de mi libertad como padre y del derecho de mis hijos a recibir una adecuada formación, pero para otras personas supone un perjuicio grave para ambos derechos. Si soy yo magistrado constitucional y es magistrado también una de esas otras personas, ¿asignaremos iguales valores a la norma que obliga a escolarizar a los niños?

Para la sentencia que se comenta, que 9% de los consumidores de marihuana acabe teniendo dependencia es un perjuicio leve para el derecho a la salud de los consumidores de ese producto, mientras que el derecho al libre desarrollo de la personalidad queda intensamente afectado con la prohibición del consumo lúdico o recreativo de marihuana. Es tan intensa tal afectación negativa, que compensa también el riesgo para el orden público que la sentencia dice que el consumo de marihuana acarrea. Concentrémonos ahora en el análisis de la afirmación de que la prohibición de consumo lúdico "supone una afectación muy importante del derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que impide a los quejosos decidir qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar". Según la Sala, en suma, el "sistema de prohibiciones administrativas" provoca "una afectación muy intensa del derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que se alcanza con dicha medida".

Imaginemos que en un momento dado se pone de moda en México un juego llamado la lotería de la muerte, que consiste en lo siguiente. En ciertas instalaciones clandestinas se concentran grandes grupos de personas que pagan una cantidad de dinero para participar en el juego. Hay un escenario que esos espectadores contemplan. Cada espectador puede bajar y tocar un artilugio que da un resultado. Unas veces, las más, del artefacto en cuestión sale una voz que dice "no ha pasado nada, vuelva a intentarlo otro día"; otras veces, el que prueba suerte recibe un premio y estallan los aplausos. Y una vez de cada 100,000, de forma aleatoria, sale una bala que da al participante en una de sus piernas. Se ha extendido el juego porque resulta muy emocionante y las personas quieren participar porque la adrenalina hace su efecto. El legislador dicta una ley que prohíbe ese juego, amparándose en la protección del derecho a la salud y la integridad física de los ciudadanos. Pero a ningún ciudadano se le obliga a jugar si no quiere, los jugadores participan haciendo uso de su libertad y reclaman su derecho a "decidir qué actividades recreativas o lúdicas desean realizar". Cada año, los que resultan heridos, de acuerdo con la señalada proporción de uno de cada 100,000 que

juegan, son cinco (hay 500,000 jugadores al año). ¿Es constitucional o inconstitucional la ley en cuestión, la que prohíbe el juego? Es la libertad lúdica de cada cual, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, frente a cinco heridos en las piernas al año. ¿Es intensa, media o leve la afectación negativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad por la prohibición? ¿Es intensa, media o leve la afectación positiva del derecho a la salud o integridad física por la prohibición? ¿Cambiaría el resultado, el que sea, si los heridos fueran uno de cada 50,000 o uno de cada 1,000? ¿Dónde está el umbral y cómo se hacen esos cálculos?

Mi tesis, aun como liberal convencido en cuestiones que tengan que ver con las acciones que no dañen a terceros, es que, tanto en este ejemplo como en el caso real de la prohibición del consumo lúdico o recreativo de marihuana, el daño que la prohibición acarrea para el libre desarrollo de la personalidad es leve o levísimo. Es decir, aunque conceda yo aquí, como hipótesis de trabajo, que es adecuado el juego de la ponderación para el análisis de constitucionalidad, tendríamos que es errada la ponderación que en la sentencia se ha realizado. Explicaré a continuación por qué.

Una prohibición absoluta de fumar marihuana por motivos lúdicos implica, desde el punto de vista jurídico (no desde el punto de vista fáctico) una restricción total de la libertad para fumar marihuana por motivos lúdicos. Igual que una imaginaria prohibición absoluta de que los ciudadanos canten arias de ópera en los funerales a voz en grito y en el momento de la ceremonia que a cada uno le apetezca es una restricción absoluta de la libertad para cantar ópera en los funerales. Admitamos que, puesto que no hay ninguna norma constitucional que ampare esas dos libertades concretas como derechos fundamentales, ambas caen en el derecho genérico o derecho por defecto al libre desarrollo de la personalidad, en los términos en que la Suprema Corte lo presenta en sentencias como la que comentamos.

La cuestión esencial sería: ¿las intensas restricciones de esas dos libertades constituyen restricciones intensas del derecho al libre desarrollo de la

personalidad? Lo que sea una restricción de tal derecho podemos entenderlo de dos maneras. La primera consiste en establecer que hay una serie amplísima y nunca cerrada o plenamente acotada de libertades que pertenecen o forman parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad: ir al cine o no ir, hacer turismo o quedarse en casa en vacaciones, leer novelas o no leerlas, tener relaciones sexuales con más personas con capacidad para consentir o menos, ducharse cada día por la mañana o antes de acostarse o no ducharse nada más que una vez a la semana, llevar el pelo largo o corto, vestir de colores "serios" o lucir prendas muy floridas, comer carne o ser vegetariano… Y así hasta el infinito.

En un segundo paso, en esta primera concepción, se entiende que cada una de esas libertades implica plenamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo implica por completo. Así vistas las cosas, la prohibición absoluta de cualquiera de esas acciones (de tener las relaciones sexuales que uno quiera con personas aptas para consentirlas, de vestir de uno color o de otro, etc.) supondría una restricción intensa del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y sólo sería constitucional si se compensara con un beneficio también intenso para otro derecho fundamental o principio constitucional. Así visto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es el derecho constitucional y fundamental a hacer cualquier cosa que no esté amparada por otra libertad constitucionalmente protegida (en ese caso opera en favor de tal acción ese otro derecho, no el de libre desarrollo de la personalidad), salvo en el caso en que de la restricción de la libertad se desprenda un beneficio intenso para otro derecho o principio.

La serie sigue desgranándose o concretándose "hacia abajo" con el mismo patrón. El derecho *prima facie* a vestir como se quiera implica el derecho *prima facie* a vestir como se quiera en las recepciones oficiales, en misa, en el Ejército, en casa, etc., etc. Si en el Ejército o en el desempeño profesional que sea no se permite vestir libremente, habrá que ponderar la afectación negativa intensa del derecho al libre desarrollo de la personalidad con el principio o derecho que venga al caso por el otro lado, y

sólo será constitucional la restricción si es intensa igualmente el beneficio para otro derecho o principio.

Creo que es como si dijéramos que toda herida que se inflige a una persona es un atentado intenso contra su derecho a la salud, sea esa herida un pequeño corte en el brazo que se cura en dos días, sea un corte grande que deje grandes secuelas en la funcionalidad de ese brazo. Si se ve así de claro en el derecho a la salud, ¿por qué en el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad parece que se arranca de que toda prohibición absoluta de hacer cualquier cosa que un individuo desee es una afectación intensa de ese derecho?

La segunda manera, alternativa, de ver lo que sea restricción al libre desarrollo de la personalidad, pasaría por calificar cada una de esas conductas libres en función de su importancia para el desarrollo de una personalidad individual en libertad. Es decir, las restricciones a mi libertad no importan lo mismo para mi derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es expresión bien relevante de mi personalidad y mi autonomía personal que yo pueda leer un tipo u otro de literatura, o ninguno, pero no lo es que yo no tenga libertad para circular con mi vehículo en las carreras por la derecha o por la izquierda o que yo no pueda comprar el pan a las 11 de la noche porque todas las panaderías están cerradas en virtud de la norma que regula los horarios comerciales, y aunque mis biorritmos o ritmos circadianos sean nocturnos y yo libremente haya elegido vivir por la noche y dormir durante el día. Por eso no veríamos sentido en una demanda que, en nombre del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuestionara la constitucionalidad de las correspondientes normas de tránsito o de las normas que establecen los horarios comerciales.

Se dirá que en esos casos las normas en cuestión vencerían en la ponderación en sentido estricto, pero de lo que hablo es de un asunto previo, referido a qué entra o no en el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad y, en consecuencia, qué normas pueden ser atacadas con base en ese derecho. Pues con la concepción anterior de tal derecho

pueden ser atacadas absolutamente todas las normas que impidan hacer o no hacer libremente algo, al margen de lo que luego resulte de la ponderación. Y, ya aquí, podemos pensar por un momento en el caso de los horarios comerciales, que limitan no sólo la libertad de los consumidores para comprar cuando quieran o su personalidad les diga, sino que acortan también varias libertades de los comerciantes, incluido su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así que, si ponderamos, a lo mejor resulta que son inconstitucionales todas esas reglas sobre horarios, porque no pasan el test de proporcionalidad en sentido estricto. Se puede hacer una impresionante revolución ultraliberal desde los tribunales y nada más que a base de traer a colación todo el rato ese derecho y ponderarlo.

Considero más razonable y apropiada esta segunda concepción del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendiendo que no ampara cualquier libertad o expresión de autonomía individual, sino nada más las conductas libres que en verdad sean relevantes para el desarrollo en libertad de cierto modelo normativo o ideal de personalidad. Sólo encajarían, incluso *prima facie*, aquellos ejercicios de libertad cuya negación o restricción se pueda pensar como impedimento para que cada cual se desarrolle plenamente como persona, no para que cada uno pueda obrar a su puro capricho y con el argumento de que nadie puede elegir por él en nada. A mí me gustaría realizar ciertos contratos sin tener que ir al notario y pagarle, y me gustaría casarme donde a mí me apeteciera o en lugares que tienen para mí un fuerte significado emotivo, como pueda ser el cementerio en que están enterrados mis padres o la playa en la que conocí a mi esposa.[6] Pero si no se me permite lo uno o lo otro, no veo

[6] Ponderemos en ese caso. A más de cuatro nos gustaría casarnos en una playa de nuestra elección. Yo quiero casarme en la playa de mi localidad, que la tiene, pero la norma dice que nada más puedo contraer matrimonio civil en el ayuntamiento. Como la playa está a cinco minutos a pie del ayuntamiento, no parece que en este caso concurran principios con peso para que se me impida, pues al alcalde o concejal que me casa nada le costaría dar ese paseo, y hasta se ahorrarían algunos costes ligados al uso de las instalaciones municipales. Así que por qué no considerar inconstitucional la norma que con carácter absoluto y sin matices para ningún caso obliga a casarse en el ayuntamiento si el matrimonio es civil. Bien, ya gané esa parte del pleito. Ahora, en uso de mi libertad y por lo que para mí significa, quiero que me case Miguel, mi amigo del alma, y no el alcalde o los concejales,

sentido a afirmar que se está limitando el contenido *prima facie* al libre desarrollo de mi personalidad, aunque sin duda se esté limitando mi libertad y esa limitación sea relevante para mí.

Si interpreto bien la sentencia, la Sala maneja la primera de esas dos concepciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. A tenor de ella, toda prohibición absoluta de una libertad cualquiera que no esté amparada por otro derecho constitucional de libertad es una limitación intensa del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y sólo se convierte en media o leve la limitación cuando la prohibición no es absoluta, sino matizada o condicionada; por ejemplo, cuando no se prohíbe el consumo lúdico de marihuana, sino que se restringe ese consumo en razón de edad, lugares, uso de vehículos de motor, etc. De esa manera, no se evalúa la importancia del consumo lúdico de marihuana para el libre desarrollo de la personalidad, sino que se parte de que la prohibición completa es un atentado intenso contra ese derecho, *tout court*, y toda prohibición absoluta únicamente puede ser compensada con un beneficio igualmente intenso para otro derecho o principio constitucional. La revolución ultraliberal a manos de los tribunales avanza así un paso más; si los tribunales son congruentes, en poco tiempo habrán desaparecido del ordenamiento mexicano una gran parte de las normas restrictivas de la libertad plena de los ciudadanos.

¿Me inquieta o me desagrada a mí esa revolución ultraliberal? Por sus contenidos, no. Estoy a favor de la libertad para que los adultos puedan consumir marihuana bajo ciertas restricciones mínimas, de que cada uno se divorcie libremente si es su deseo, de no tener que acudir al notario para que dé fe de mi contrato, ahora que hay mil y un medios electrónicos para constituir prueba irrefutable del acuerdo contractual y sus condiciones, de que el matrimonio lo pueda celebrar quien los contratantes

éstos, si acaso, que estén presentes y den fe, pero que las palabras constitutivas las diga Miguel. Mi derecho al libre desarrollo de la personalidad me respalda. ¿Habría principios o derecho de peso en el otro lado de la balanza? Y así hasta el infinito, en nombre de nuestra revolución ultraliberal ejecutada a caballo del libre desarrollo de la personalidad.

elijan, etcétera, etcétera. Lo que sucede es que, por mucho que a mí me agraden tales cambios, creo que son asuntos que competen al legislador legítimo, entre otras cosas porque buena parte de la población no comparte los afanes ultraliberales de la Suprema Corte y míos, y esos conciudadanos tienen tanto derecho como yo y como los ministros de la Corte a que sus opciones y preferencias se respeten si ellos, y no nosotros, a quienes un poco en broma he llamado ultraliberales, han conseguido la mayoría en el Parlamento. Pues sus opciones no son inconstitucionales, ya que nada dice la Constitución sobre si se puede o no fumar marihuana, sobre si ciertos contratos han de ser ante notario, sobre cuál sea el modo de celebración del matrimonio, etcétera. Y estimar que todas esas restricciones a la libertad puestas por el legislador sin vulneración de lo que la Constitución dice son inconstitucionales por razón del libre desarrollo de la personalidad es revolucionar la Constitución y el orden constitucional, es alterar el esquema institucional de la propia Constitución y es dejar en nada, vaciar de contenido, los derechos políticos de la ciudadanía. Ah, y el *principio* de soberanía popular y el *principio* democrático.

C. ¿Jurisprudencia simbólica?

Estimo que es muy importante resaltar un aspecto adicional. El fallo de la sentencia es que

> Con base en todo lo anteriormente expuesto, esta Primera Sala arriba a la conclusión de que resultan inconstitucionales los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establ∫ecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos —sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar— del estupefaciente "cannabis" (sativa, índica y americana o mariguana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico "THC" (tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros…) y sus variantes estereoquímicas), en conjunto conocido como marihuana, decla-

> ratoria de inconstitucionalidad que no supone en ningún caso autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación y/o distribución de las substancias antes aludidas, en el entendido de que el ejercicio del derecho no debe perjudicar a terceros. En ese sentido, este derecho no podrá ser ejercido frente a menores de edad, ni en lugares públicos donde se encuentren terceros que no hayan brindado su autorización.

Es momento de referirse a lo que quizá es lo más extraño y sorprendente de esta sentencia. Antes de que se declarara la inconstitucionalidad de los conocidos artículos de la Ley de Salud que impedían autorizar el consumo lúdico de marihuana a los particulares, porque eso supone un "intenso" quebranto del derecho al libre desarrollo de la personalidad del que quiere consumir marihuana, ¿qué les pasaba a éstos si consumían marihuana en su casa tranquilamente? Si no estoy muy equivocado, la respuesta, que nos puede dejar un tanto anonadados, es que no les ocurría nada; absolutamente nada, salvo que tuvieran marihuana por encima de una cierta cantidad o, teniendo menos, se probara que la tenían para comerciar. Veamos cómo era la situación normativa.

En México, el Código Penal Federal (artículos 194 y ss.) y la Ley de Salud (artículos 475 a 477), conjuntamente, establecen (o, al menos, establecían en ese momento) un complejo sistema de sanciones para la producción, comercio, transporte o tenencia de las drogas que la propia Ley General de Salud enumera y entre las que se halla la marihuana. Pero hay un artículo absolutamente decisivo para lo que nos importa, artículo que fue introducido en 2009, cinco años antes de la sentencia que aquí ocupa. Se trata del 477, que en su primer párrafo es del siguiente tenor:

> Se aplicará pena de diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días multa al que posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla en cantidad inferior a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla, sin la autorización a que se refiere esta Ley, cuando por las circunstancias del hecho

> tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente.

Pero el artículo 478 introduce la excepción que aquí resulta muy relevante:

> El Ministerio Público no ejercerá acción penal por el delito previsto en el artículo anterior, en contra de quien sea farmacodependiente o consumidor y posea alguno de los narcóticos señalados en la tabla, en igual o inferior cantidad a la prevista en la misma, para su estricto consumo personal y fuera de los lugares señalados en la fracción II del artículo 475 de esta Ley. La autoridad ministerial informará al consumidor la ubicación de las instituciones o centros para el tratamiento médico o de orientación para la prevención de la farmacodependencia.

Según el artículo 479 de la Ley General de Salud, al tratarse de cánnabis sativa, índica o marihuana, "para los efectos de este capítulo se entiende que el narcótico está destinado para su estricto e inmediato consumo personal" cuando la cantidad que se posee no excede los cinco gramos.

¿Qué le sucedía a quien tenía para su consumo personal cinco o menos gramos? Nada.[7] Aparte de no ser punible su conducta, ¿estaba ese consumidor expuesto a alguna posible sanción administrativa por el consumo casero y por esa tenencia de cinco gramos o menos? No. ¿Cuál era, entonces, la calificación normativa de esa conducta? Pues no estaba expresamente autorizada por la autoridad administrativa, ya que la Ley General de Salud, en los preceptos en la sentencia anulados, prohibía tal autorización, pero tampoco estaba prohibida. Porque, evidentemente, una conducta no autorizada no es una conducta prohibida. Si una norma permite autorizar en ciertos casos la entrada de las ambulancias en los parques, no quiere decir que esté prohibida la entrada a los parques de coches, motos, bicicletas o peatones, significa sólo que se puede autorizar a las

[7] ¿Y a quién cultivaba alguna planta para surtirse? A tenor de lo que entiendo que literalmente dice el artículo 194 del Código Penal Federal, tampoco le sucede nada.

ambulancias. Y si una norma no permite autorizar a las ambulancias, no se está indicando que toda entrada de una ambulancia sea ilegal o sancionable. Hay personas que tienen una autorización especial para entrar a los museos, pero si yo entro sin esa autorización no hago nada ilegal a no ser que esté expresamente prohibida mi entrada, y sólo correrá mi ejercicio de libertad algún riesgo de represión si se me puede sancionar por esa entrada.

Lo no autorizado no está prohibido. Lo prohibido sólo está prohibido en una norma que prohíba. Y cuando la norma que sanciona una conducta dice que no procederá la sanción cuando esa conducta se haga bajo las circunstancias C^1 y C^2, esa norma está autorizando la conducta, pues lo que prohíbe es sancionarla. Una norma que castigara comer caracoles, pero que dijera al mismo tiempo que no procederá el castigo contra los comedores de caracoles que sean profesores de Derecho estaría, a efectos prácticos, autorizando a los profesores de Derecho a comer caracoles. Así que malamente podrían los profesores de Derecho alegar que esa norma daña (y menos que daña intensamente) su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Entonces, para efectos prácticos ¿qué estaban reclamando los quejosos? No que se levantara la prohibición de consumir marihuana con fines lúdicos, sino que se levantara la prohibición de que la agencia administrativa correspondiente autorizara ese consumo. Y, lo que resulta curioso, al anular esa prohibición la Suprema Corte entiende que está obligando a la agencia a autorizar en todo caso en que el consumo se solicite para tales fines lúdicos y sin daño a terceros (menores, etcétera). ¿Por qué la eliminación de una prohibición de autorizar *X* equivale a una obligación de autorizar *X*?

Imaginemos que hay en un sistema jurídico una norma que dice que las autorizaciones para X las otorgará la agencia A en función de su valoración de la concurrencia de ciertos parámetros más o menos precisos. Pero hay un supuesto más específico de X, al que llamaremos X*, del

que la misma normativa dice, en el artículo N, que no se podrá autorizar en ningún caso. Y ahora supongamos que el legislador simplemente deroga el artículo N y, con ello, descarta la prohibición de autorizar X*. ¿A qué régimen quedaría sometido el supuesto X*? Al régimen normativo aplicable a todos los supuestos de X. Es decir, X* podría ser autorizado o no por la agencia en virtud de la concurrencia o no de tales criterios, valorados propia agencia. Por si no lo he explicado con claridad, pondré un ejemplo. La norma N^1 dispone que sólo se podrá servir alimentos cárnicos en los restaurantes con la autorización de una agencia, que a tal efecto deberá tomar en cuenta la abundancia o escasez de los animales de los que la respectiva carne provenga, el tipo de clientela de los restaurantes y el precio de la carne correspondiente en el mercado en esa época del año. Y una norma N^2 establece que aquella agencia en ningún caso podrá autorizar que se sirva carne de avestruz en los restaurantes. Un día, el legislador deroga N^2, y nos preguntamos: ¿ha quedado la agencia obligada a autorizar siempre y en todo caso, sin excepción y sin atención a los criterios generales vigentes en virtud de N1, el consumo de carne de avestruz en los restaurantes? Sostener que sí implicaría incurrir en una llamativa falacia lógica, creo. Pues mucho me temo que en la sentencia comentada hay algo de esa falacia.

Se trataba de analizar nada más que la constitucionalidad del conjunto de normas de la Ley de Salud que prohibía a la agencia administrativa otorgar en algún caso la autorización para consumir marihuana con fines lúdicos o recreativos, pero esa normativa no prohibía el consumo cuando no iba unido a la tenencia por debajo de cinco gramos, por lo que, a efectos prácticos, ese consumo era libre, aunque no estuviera autorizado. Si esto es así, ¿qué podemos suponer que buscaba la Sala con la sentencia? Afirmar que todos los ciudadanos tienen un derecho constitucional a consumir marihuana, bajo ciertos límites que se relacionan con la afectación a terceros. Si antes los ciudadanos tenían lo que podíamos llamar un poder débil para fumar marihuana, ahora tienen un poder fuerte. ¿Por qué fuerte? Porque, en el fondo, la Suprema Corte está diciendo algo de mucho más alcance que indicarle a la autoridad administrativa

que no puede negar la autorización: le está diciendo al legislador que no puede prohibir el consumo lúdico o recreativo de marihuana. Como se diría en España, hace eso aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, o que los quejosos atacan de un modo bien extraño una normativa no sancionadora y se abstienen de cuestionar la normativa sancionadora, la normativa penal que pune la tenencia de más de cinco gramos, el comercio, el transporte (se supone que de cantidades superiores a ésa), etcétera.

Así pues, ¿dónde estaba, en la normativa anulada, el atentado contra el libre desarrollo de la personalidad de los meros consumidores de marihuana? Yo diría que no estaba en ninguna parte. ¿Por qué se trae a colación, con tan gran alcance, el derecho al libre desarrollo de la personalidad? Porque se quiere aprovechar para lanzarle un mensaje al legislador con el objetivo de que vaya pensando no sólo en que es inconstitucional que no reconozca en la ley plenamente el derecho de todo ciudadano a consumir marihuana con fines recreativos o lúdicos, sino también para que vaya asumiendo que si se ha de poder consumir, a fin de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no padezca intromisión tan grave, también ha de haber ciertas facilidades para producir, comprar (y si se ha de poder comprar, se ha de poder vender, lógicamente), transportar, etcétera; es decir, para que se legalice el comercio de marihuana, bajo unas u otras condiciones, pero que se legalice. Propuesta con la que yo estaría de acuerdo, aunque radicalmente discrepo de que sea un tribunal constitucional el que ponga en marcha esas políticas, que son, por antonomasia, materia para el legislador; es decir, para que los ciudadanos decidan en ejercicio de su soberanía y por medio de los mecanismos de la democracia representativa.

Proporcionalidad, derechos sociales y justificación pública en la Corte mexicana

Miguel Óscar Casillas Sandoval*

* Maestro en Derecho por la Universidad de Harvard. Abogado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Secretario de Estudio y Cuenta en la Coordinación General de Asesores de la Presidencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, y profesor de Derecho en la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno, Tecnológico de Monterrey.

Sumario: A. El caso; B. Análisis; I. El derecho moral a la justificación; II. Piso mínimo; III. Deferencia.

Este texto es un comentario a la metodología que empleó la Primera Sala de la Suprema Corte en el amparo en revisión 566/2015 para evaluar la violación al derecho a la cultura planteada por los quejosos. Una metodología de control es la serie de pasos que utiliza un tribunal para evaluar si se violó un derecho fundamental, y existen diferentes metodologías de control.[1] La elección de una metodología no es una ciencia exacta, es una decisión estratégica que obedece a ciertos fines y valores que el tribunal decide priorizar.[2]

En el amparo en revisión 566/2015 la Corte diseñó un método *ad hoc* para priorizar dos fines importantes: la protección de un "piso mínimo"

[1] Por ejemplo, véase Barak (2017, pp. 537-572); también, Vázquez (2018). En otro ejemplo, José Ignacio Morales discute dos estrategias de adjudicación para derechos sociales: el "núcleo esencial" y una estrategia de "razonabilidad" (2017, pp. 365-400).

[2] Por ejemplo, Stone Sweet y Mathews argumentan que el test de proporcionalidad permitió que diferentes tribunales constitucionales priorizaran los valores que la comunidad política eligió favorecer en el texto constitucional, aun en situaciones difíciles en las que diferentes valores entran en conflicto (2008, p. 160).

inviolable de derecho a la cultura[3] y la deferencia judicial frente al actuar del gobierno. La deferencia en la adjudicación de políticas dirigidas a satisfacer derechos sociales permite flexibilidad al gobierno para administrar —y priorizar— los recursos en un modo sensible a las necesidades sociales.[4]

Aunque ambos fines son indudablemente valiosos, en esta nota quiero destacar las ventajas de haber aplicado una estrategia diferente desde el inicio, el test de proporcionalidad, a la luz de una finalidad diferente: la *justificación* de las decisiones públicas como un derecho moral.[5]

De acuerdo con Matthias Klatt, el derecho moral a una justificación legitima el interés de los ciudadanos por conocer los motivos de su gobierno para tomar un curso de acción —o dejar de tomarlo,[6] por medio del acceso a razones pública defendibles,[7] desahogadas en términos que la comunidad política pueda respetar—.[8] Aplicar el test de proporcionalidad hubiera permitido a la Corte examinar extensivamente las razones del Estado para cancelar un proyecto de infraestructura cultural, evaluar el impacto de esta medida sobre el derecho humano y exigir al gobierno una justificación pública proporcional. La justificación de las decisiones del gobierno que afectan a las personas es un fin importante del constitucionalismo.[9]

Por otra parte, aplicar el test de proporcionalidad no hubiera sacrificado la ventaja más importante de la noción de núcleo esencial: proteger los niveles esenciales de un derecho. El diseño del test exige al Gobierno justificar de manera transparente intrusiones a derechos humanos más in-

[3] Para una excelente defensa del núcleo esencial como estrategia de adjudicación constitucional véase Morales (2017).
[4] Véase, en general, Motta Ferraz (2010-2011, p. 1643).
[5] Véase Klatt (2020).
[6] Véase Klatt (2020, p. 189).
[7] Véase Klatt (2020, p. 190).
[8] Véase Rawls (2005, p. 28).
[9] Véase Stone Sweet (2012, p. 825).

tensas con razones de mayor peso, generando de esta manera un "núcleo duro de resistencia" que protege los niveles más básicos del derecho de interferencia estatal.

Es importante reconocer que la metodología que diseñó la Primera Sala también prevé la aplicación del test de proporcionalidad, aunque en la tercera y última etapa, si se acredita una violación al deber de no regresividad. A mi juicio, aplicar el test desde el principio era preferible[10] a condicionar su aplicación al hallazgo de un retroceso en la protección de la cultura, al menos desde la perspectiva del derecho moral a una justificación. El texto cierra con un breve comentario sobre la deferencia en la adjudicación de derechos sociales; un aspecto en el que la Primera Sala proporciona una lección valiosa para el examen de proporcionalidad.

A. El caso

En el amparo en revisión 566/2015 un grupo de personas (que incluía artistas y promotores del arte) alegó que el Gobierno de Nayarit violó su derecho a recibir bienes y servicios culturales por dejar inconcluso un proyecto de infraestructura pública llamado Ciudad de las Artes. El proyecto, que fue cancelado por el gobierno del estado, contaría con una cineteca, una ludoteca, una biblioteca, una escuela de música y danza, y una escuela de bellas artes.

[10] Naturalmente, también me parece que aplicar el test en este caso particular era plausible —aunque mostrar paso a paso el *cómo* escapa del alcance de este texto—. Es suficiente con señalar que, siguiendo la conclusión que alcanzó la Primera Sala al final de su metodología, pudo haber encontrado que "no se [otorgó] un derecho a los quejosos que fuera eliminado o restringido por la medida impugnada" porque la mera "aprobación de un proyecto no les genera ningún derecho", y concluir que no se intervino el contenido *prima facie* del derecho fundamental a la cultura, por lo que era innecesario desplegar el test de proporcionalidad. Sin embargo, con la finalidad de examinar detenidamente las razones del gobierno para cancelar el proyecto, la Primera Sala también pudo haber concluido que se vulneró una expectativa legítima de recibir los bienes y servicios culturales derivados de la Ciudad de las Artes, y desplegar el test de proporcionalidad a fin de evaluar la justificación del Estado. Esto no parece completamente disparatado: en su sentencia, la Primera Sala también observó que la cancelación del proyecto "no genera una afectación tan grave en la esfera de los quejosos que pueda calificarse como una vulneración a su dignidad". En esa medida, considero que era plausible construir un argumento en el sentido de que se generó *alguna* interferencia —aunque no tan grave— en el derecho a la cultura, que justificaba desplegar el test de proporcionalidad a fin de satisfacer el derecho moral a una justificación como lo entiende Klatt (2020).

La Primera Sala diseñó una metodología compleja a partir de tres deberes específicos que derivan del derecho a la cultura: 1) proteger de inmediato el núcleo esencial del derecho o "piso mínimo" de dignidad, 2) realizar progresivamente el alcance del derecho y 3) no adoptar medidas regresivas de forma injustificada. Conforme a esta metodología, primero se examina si la medida vulneró la dignidad humana; después, si existe una política pública razonable para proteger el derecho o si la existente no ha progresado, y, finalmente, si hay retroceso en su protección. En caso de que se encuentre un retroceso se aplica el test de proporcionalidad.

La Primera Sala concluyó que el gobierno no violó el derecho de los ciudadanos a la cultura porque no vulneró el "núcleo esencial del derecho", pues la cancelación de la Ciudad de las Artes no es tan grave como para atentar contra la dignidad de las personas; además de que Nayarit cuenta con una política pública razonable para proteger el derecho a la cultura. Finalmente, la Sala concluyó que la medida no fue regresiva porque nunca se confirió "un derecho a los quejosos que fuera eliminado o restringido por la medida impugnada". Como resultado, la Corte decidió que el gobierno no violó el derecho de los quejosos a la cultura.

B. Análisis

Me parece que existen dos aciertos importantes en la metodología que diseñó la Corte. Primero, el núcleo esencial exige que el tribunal defina una noción de bienes básicos que deben ser protegidos de forma inmediata por el Estado. El núcleo esencial "privilegia la protección de los intereses más urgentes y sensibles y […] pone énfasis en las necesidades básicas de todas las personas" (Morales, 2017, p. 31). Esto permite que el tribunal le deje muy claro al gobierno que no puede cruzar la línea rígida que resguarda la dignidad humana. José Morales conecta persuasivamente la noción de núcleo esencial con dignidad a partir del trabajo de Martha Nussbaum: un umbral mínimo de satisfacción de las capacida-

des centrales para llevar una vida *con* y merecedora *de* dignidad (Morales, 2017, p. 29).

Segundo, en la etapa de "progresividad", el estándar de la Corte integra un deber de deferencia hacia el legislador. La Sala reconoce que no le corresponde decidir exactamente *cómo* y *en qué medida* se debe proteger el derecho a la cultura. Esto es significativo porque la adjudicación de derechos sociales despierta objeciones notables en contra del control judicial. Hay autores que consideran que los jueces carecen de competencia institucional para tomar en cuenta decisiones técnicas y financieras, que no son responsables frente a la ciudadanía mediante elecciones, y que corren el riesgo de invadir las competencias del legislador democrático.[11] En palabras de Albie Sachs:

> ¿Quiénes son los jueces para requerir [que las familias tengan casas de campaña, vivienda, o alguna forma de refugio]? […] ¿Qué saben las cortes sobre vivienda, sobre tierra, sobre filas de gente? ¿Qué saben los jueces en general sobre los detalles prácticos de la construcción de bajo costo, de erigir un refugio propio, de subsidios y de alcantarillado? (Sachs, 2000, pp. 1388-1389).

El gran acierto de la metodología es que confiere un espacio de discreción al gobierno para determinar cuál es una política razonable, sin descuidar que exista un piso mínimo de bienes y servicios asegurado.

Sin embargo, desde la perspectiva de la justificación como un derecho moral y componente del constitucionalismo (Klatt, 2020), la Corte se hubiera beneficiado en mayor medida de aplicar el test de proporcionalidad desde el inicio. El test es una metodología de control constitucional empleada por numerosas cortes supremas y constitucionales en el mundo,[12] considerada por algunos como "la técnica dominante de adjudicación de derechos en el mundo" (Klatt, 2020, p. 159).

[11] Véase, en general, Sachs (2000).
[12] Véase, en general, Jackson y Tushnet (2017).

El test, como es entendido en Alemania,[13] Canadá,[14] Israel[15] y México,[16] consiste en una secuencia de preguntas que se hace el juez acerca de la interferencia estatal. Estas preguntas se trasladan en un examen de cuatro etapas: i) si la medida estatal persigue un fin legítimo, ii) si la medida está causalmente conectada con ese fin, iii) si la medida es la forma menos restrictiva de intervenir en el derecho y iv) si la intrusión de la medida sobre un derecho fundamenta se justifica con base en los beneficios obtenidos al conseguir el fin público.

Aplicar el test hubiera permitido a la Corte explorar de forma extensa las razones del Estado para cancelar la Ciudad de las Artes, lo cual es valioso desde el punto de vista de la justificación como un componente del constitucionalismo. Además, el test no necesariamente sacrifica las dos ventajas más importantes que logra el núcleo esencial: resguardar un piso mínimo y promover la deferencia en la adjudicación de derechos sociales.

I. El derecho moral a la justificación

De acuerdo con Klatt, "El derecho moral a la justificación descansa en un entendimiento de los seres humanos como seres de justificación [y] habilita un entendimiento de la democracia deliberativa, [como] un espacio institucionalizado de razones" (Klatt, 2020, 189). El derecho a una justificación "es relativo a la práctica de dar y pedir razones" (Klatt, 2020, 190) en la vida pública. En este sentido, el derecho a una justificación legitima el interés de los ciudadanos por conocer los motivos de su gobierno para tomar un curso de acción —o dejar de tomarlo de forma repentina—.

En una sociedad pluralista en la que siempre habrá desacuerdos, el ejercicio del poder sólo puede legitimarse por medio del razonamiento

[13] Véase Alexy (2010).
[14] Véase Beatty (2004).
[15] Véase Barak (2012).
[16] Véase, por ejemplo, la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.) derivada del amparo en revisión 237/2014.

público, desahogado en términos que la comunidad política pueda respetar (Rawls, 2005, p. 28). Cuando las decisiones públicas se toman con base en razones que las personas reconocen como justas se afianza la legitimidad del derecho (Fallon, 2018, p. 12). Contar con razones defendibles en la interpretación constitucional es una condición necesaria para un sistema de control constitucional efectivo (Stone Sweet, 2012, p. 825).

Asimismo, tener acceso a las razones detrás de las decisiones que toma la autoridad acerca de la vida de las personas y el dinero público permite a la ciudadanía vigilar de cerca a las autoridades: cerciorarse de que son decisiones razonables e informadas en lugar de arbitrarias o ignorantes. Por lo demás, conocer las razones del gobierno facilita la participación informada de las personas en la toma de decisiones públicas.[17]

El examen de proporcionalidad "permite construir aplicaciones justificadas y racionales de los derechos fundamentales" (Klatt, 2020, p. 190), por lo cual constituye la manera más apropiada de institucionalizar el derecho moral a la justificación (Klatt, 2020). Aplicar el test hubiera obligado al gobierno a proporcionar una *explicación pública* sobre su decisión, mostrando que la "pérdida" en términos de bienes y servicios culturales sería compensada con la satisfacción de algún otro derecho fundamental o fin público legítimo, en términos transparentes y aceptables para la comunidad política.

Además, el test de proporcionalidad proporciona un método de control constitucional estructurado y secuenciado que facilita la transparencia de las razones tanto de las cortes como del gobierno, lo que fomenta la gobernanza (Jackson y Holmes, 2017, p. 2348). La proporcionalidad "impone transparencia disciplinada en la adjudicación de derechos fundamentales, permitiendo en ciertas áreas que el derecho se acerque a la

[17] Véanse Zepeda (2004, p. 36) y Coglianese, Kilmartin y Mendelson (2009, p. 927).

justicia constitucional y construyendo puentes entre las cortes y las legislaturas" (Jackson y Holmes, 2017, p. 2348).

Al exigir que los medios adoptados tengan una conexión razonable con el fin buscado, la proporcionalidad puede fomentar la sensibilidad de los tomadores de decisiones sobre la forma en la que éstas impactan en los derechos fundamentales (Jackson y Holmes, 2017, p. 2348). En esa medida, el test puede ayudar a impulsar el diálogo interinstitucional entre los jueces y otras ramas de gobierno, lo que proporciona a las autoridades la oportunidad de explorar las mejores prácticas regulatorias y reconsiderar el diseño de sus políticas a la luz de los derechos humanos Klatt (2020, p. 189). El test de proporcionalidad ha sido en especial apreciado en el ámbito de la adjudicación de derechos sociales.[18]

Finalmente, desplegar el test en este caso hubiera robustecido la doctrina de proporcionalidad de la Suprema Corte,[19] la cual obliga a las autoridades a ofrecer razones de mayor peso para justificar interferencias más intensas en derechos fundamentales.[20]

Desde esta perspectiva, me parece que aplicar el test de proporcionalidad era preferible. Con todo, es importante reconocer que el test no es la *única* forma de realizar un control constitucional que monitoree los límites de la razonabilidad legislativa al resolver conflictos entre derechos, y tampoco es la única manera de hacer un examen de razonabilidad o de ponderación;[21] en esa línea, conviene insistir en que existen diferentes metodologías de control y diferentes razones para preferir una sobre

[18] Véanse Young (2017) y Contiades y Fotiadou (2012. Con todo, el test no ha estado libre de detractores en el ámbito de los derechos sociales. Por ejemplo, véase, Gardbaum (2012, 277-314).
[19] Por ejemplo, tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.).
[20] Vicki Jackson distingue entre el principio de proporcionalidad (exigir razones de mayor peso para justificar interferencias más intensas en derechos fundamentales) y el test de proporcionalidad (una metodología judicial de cuatro pasos para examinar si una decisión del gobierno *es* legítima, idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto). Véase Jackson (2015, pp. 3094, 3097-3098, 3102-3105, 3147-3148)
[21] Véase, en general, Gardbaum (2012, pp. 277-314).

otra en un caso concreto, por lo que difícilmente una metodología es mejor que otra en términos absolutos.[22]

II. Piso mínimo

Por lo demás, me parece que el test de proporcionalidad no sacrifica la ventaja más importante de la doctrina del núcleo esencial: la protección infranqueable de un piso mínimo del derecho. Klatt y Meister explican que "es posible construir un mínimo absoluto para cada derecho dentro del modelo de ponderación y, por lo tanto, reconciliar la idea un núcleo esencial con la proporcionalidad" (Klatt y Meister, 2012, p. 68).

Desde la perspectiva de los autores, los derechos constitucionales ganan fuerza en el balance de proporcionalidad a medida que la intensidad de la interferencia se incrementa (Klatt y Meister, 2012, p. 68). En ese sentido, las interferencias muy intensas en un derecho difícilmente serían válidas, debido a que el peso necesario para justificar la intervención sería demasiado alto: "a medida que la satisfacción de un derecho constitucional disminuye, es necesario contar con ganancias mayores respecto del principio justificador a fin de compensar cualquier pérdida futura" (Klatt y Meister, 2012, p. 68) del derecho fundamental y viceversa. Lo anterior pone de relieve que existe un centro de resistencia que "funciona como un muro de contención" (Klatt y Meister, 2012, p. 68) al proteger el núcleo esencial del derecho.

"Bajo ciertas condiciones, es cierto en un grado muy elevado que ningún principio compensatorio tomará prioridad sobre el derecho. En el marco del test de proporcionaliad, esas condiciones 'definen el núcleo esencial del derecho'" (Klatt y Meister, 2012, p. 68). No es una sorpresa que Robert Alexy considere a su teoría general de derechos fundamen-

[22] Es importante reconocer que existen autores que piensan que la proporcionalidad es *la* metodología correcta en términos absolutos para ajudicar cualquier caso de derechos fundamentales. Véase, por ejemplo, Moller (2012, pp. 3-15).

tales —que incluye la ponderación— compatible con la idea de derechos sociales mínimos.[23]

III. Deferencia

De nuevo: existen muchas razones para elegir una metodología de control sobre otra. Este texto pone el énfasis en la justificación pública; sin embargo, hay que reconocer que el test de proporcionalidad no es ideal desde la perspectiva de la deferencia judicial.

Alec Stone Sweet y Jud Mathews señalan que el test de proporcionalidad expande de forma significativa el poder de los jueces sobre el desarrollo de políticas públicas.[24] Esto es especialmente preocupante para quienes creen que los jueces carecen de capacidades institucionales para evaluar decisiones técnicas y financieras, insisten en que no son directamente responsables frente a la ciudadanía y se preocupan por la separación de poderes.[25]

Los detractores del test también señalan que "otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad [y que] como resultado, la certeza judicial se ve dañada ya que no hay manera de predecir los resultados de antemano" (Barak, 2017, pp. 529-530). Mark Tushnet, por ejemplo, argumenta que el test no proporciona a los tribunales los recursos conceptuales para lidiar con decisiones acerca de la distribución de los recursos, y señala que imponen una carga de racionalidad sobre el legislador que no puede soportar, en situaciones que, por principio de cuentas, involucran acuerdos delicados en el proceso legislativo (Tushnet, 2017). Esta falta de racionalidad es en especial grave para quienes consideran que la proporcionalidad

[23] "En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica" (Alexy, 1993, p. 495).
[24] Véase, en general, Stone Sweet (2008).
[25] Véase Sachs (2000).

permite al juez invadir el territorio legislativo (Tushnet, 2017). Estos debates son muy importantes y están lejos de ser zanjados.[26]

A mi juicio, el test no coloca al tribunal en la posición de decidir de qué manera priorizar los recursos públicos; más bien, exige al gobierno proporcionar razones de mayor peso para interferencias más intensas en los derechos humanos. No obstante, en la etapa de necesidad, el test de proporcionalidad ciertamente invita al juez a *imaginar* y *considerar* la eficacia de otras alternativas de política pública a través de preguntas empíricas que son generales (por ejemplo, "¿ésta es una medida igualmente eficaz que la política del gobierno?") y se parecen mucho al tipo de consideraciones propias de las agencias del gobierno y los órganos legislativos. En esa medida, el test puede colocar al tribunal en una línea particularmente discutible al adjudicar derechos sociales. Por esa razón, considero que es conveniente complementar el test de proporcionalidad con un temperamento deferente, tal como lo hizo la Primera Sala en el caso citado al preguntarse si el gobierno contaba con alguna política pública razonable para satisfacer el derecho a la cultura.[27]

Fuentes

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

_____ (2010). *A theory of constitutional rights*, Estados Unidos, Oxford University Press.

Amparo en revisión 566/2015. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de febrero de 2017.

[26] Para una excelente recolección de las diferentes objeciones que se han hecho al test de proporcionalidad y las réplicas que existen en la literatura, véase Barak (2017, pp. 523-536).

[27] "Hay que tener en cuenta que si bien los jueces pueden evaluar la razonabilidad de una medida, son las autoridades administrativas y legislativas quienes en principio están en una mejor posición para determinar cuáles son las medidas adecuadas para alcanzar la plena realización de los derechos sociales. Por tanto, al analizar la razonabilidad de la medida los tribunales deben ser deferentes con dichas autoridades" (amparo en revisión 566/2015).

Barak, A. (2012), *Proportionality: constitutional rights and their limitations,* Estados Unidos, Cambridge University Press.

_____ (2017), *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Palestra, España.

Beatty, D. M. (2004), *The ultimate rule of law*, Estados Unidos, Oxford University Press.

Coglianese, C, Kilmartin, H. y Mendelson, E. (2009), "Transparency and public participation in the rulemaking process", *Faculty Scholarship at Penn Law*, núm. 238, p. 927.

Contiades X. y Fotiadou, A. (2012), "Social rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation", *ICON*, vol. 100, núm. 3, pp. 660-686.

Fallon, R. (2018), *Law and legitimacy in the Supreme Court*, Estados Unidos, Harvard University Press.

Gardbaum, S. (2012), "Positive and horizontal rights: proportionality's next frontier or a bridge too far?", en Moller, K. *The global model of constitutional rights*, pp. 277-314.

Jackson, V. C. (2015), "Constitutional law in an age of proportionality", *Yale L. J.*, núm. 124, pp. 3094-3148.

_____ y Holmes T. (2017), "Brandeis: conceptions of judicial review, factfinding, and proportionality", *Harv. L. Rev.*, núm. 130, pp. 2360-2361.

Jackson, V. C. y Tushnet, M. (2017), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, Estados Unidos, Cambridge University Press.

Klatt, M. (2020), "Proportionality and justification" en Herlin-Karnell, E. y Klatt, M. (eds.), *Constitutionalism justified: Rainer Forst in discourse*, Oxford, Oxford University Press.

_____ y Meister, M. (2012), *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press.

Moller, K. (2012), *The global model of constitutional rights,* Oxford, Oxford University Press.

Morales, J. I. (2017), "El núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales: una buena estrategia de adjudicación", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 3, núm. 5, julio-diciembre, pp. 365-400.

Motta Ferraz, O. L. (2010-2011), "Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil", *Tex. L. Rev.*, núm. 89, p. 1643.

Rawls, J. (2005), *Political liberalism*. Estados Unidos, Columbia University Press.

Rodríguez Zepeda, J. (2004), *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política,* México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Sachs, A. (2000), "Social and economic rights: can they be made justiciable", *SMU L. Rev.*, núm. 53, p. 1381.

Stone Sweet, A. (2012), "Constitutional courts", en Rosenfeld, M. y Sajó, A. (eds.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law, pp.* 816-825, Oxford, Oxford University Press.

_____ y Mathews, J. (2008), "Proportionality balancing and global constitutionalism", *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 47, núm. 72, p. 160.

Tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), derivada del Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, tomo II, p. 915.

Tushnet, M. (2017), "Making easy cases harder", en Jackson, V. C. y Tushnet, M, *Proportionality: new frontiers, new challenges*, Estados Unidos, Cambridge University Press.

Vázquez, D. (2018), *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Young, K. (2017), "Proportionality, reasonableness, and economic and social rights", en Jackson, V. y Tushned, M. (eds.), *Proportionality: new frontiers, new challenges*, Estados Unidos, Cambridge University Press.

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*

* Maestra en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la UNAM y especialista en Derecho Laboral por esa casa de estudios. Tiene un máster en Derechos Humanos por la Universidad Castilla-La Mancha y cursos de especialización en materia laboral por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Castilla-La Mancha en colaboración con las universidades de Bolonia, Ferrara, Venecia y Verona. Licenciada en Derecho por la Universidad Central del Ecuador. Maestra por oposición de la materia Historia Constitucional de México en la Facultad de Derecho y profesora de la asignatura Derechos Sociales en la División de Estudios de Posgrado. Fue Coordinadora del Programa Único de Especializaciones en la División de Estudios de Posgrado en 2012-2013.

Ha sido consultora externa para varios organismos internacionales, como la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo con sede en el Ecuador; The American Center for International Labour Solidarity, AFL-CIO sede Ecuador; Programa Laboral de Desarrollo, PLADES en Lima-Perú y la Oficina de Defensoría de Derechos de los niños (ODI) con sede en México; ha sido abogada postulante en materia laboral en Ecuador y México.

Ha realizado varias colaboraciones y publicaciones en materia laboral y en derechos sociales, entre los que destacan los libros *Trabajo decente: diagnóstico nacional del Ecuador*, publicado por el Ministerio de Recursos Humanos y Desarrollo Social de Canadá y PLADES de Perú; *A cinco años de la reforma laboral: efectos, perspectiva y retos. Homenaje a Néstor de Buen Lozano*, coordinado por Kurczyn Villalobos Patricia y Zavala Gamboa Óscar, publicado por la Barra Mexicana de Abogados y Tirant lo Blanch; Los derechos sociales en México. *Reflexiones sobre la Constitución de 1917*, coordinado por el Dr. Juan Antonio Cruz Parcero, publicado por el Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, y el *Impacto de los derechos humanos laborales en el sistema jurídico mexicano. Libro en homenaje a la Dra. Patricia Kurczyn Villalobos*, publicado por la Coordinación de Estudios de Posgrado en Derecho de la UNAM (En prensa).

Fue galardonada con la Medalla "Alfonso Caso" 2011, como mejor egresada de la División de Estudios de Posgrado en la Especialización de Derecho Laboral.

Sumario: A. Introducción; B. Principio de proporcionalidad y metodologías utilizadas; C. Derecho a la cultura como derecho social y obligaciones estatales; D. Posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar el cumplimiento de obligaciones estatales; I. Obligaciones de efecto inmediato; 1. Deber de satisfacer niveles esenciales de los derechos; 2. Deber de protección del núcleo esencial del derecho a la cultura en el amparo 566/2015; II. Obligaciones de resultado; 1. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad; 2. Progresividad y regresividad en el amparo 566/2015; E. Prohibición de regresividad y escrutinio estricto: aplicación del principio de proporcionalidad; F. Conclusiones.

A. Introducción

El cambio en la concepción y aplicación de los derechos sociales ha generado mayores posibilidades de recurrir por la vía jurisdiccional al reclamo de posiciones jurídicas que antes se consideraban excluidas de la competencia de los jueces. Esto ha producido una mayor intervención del Poder Judicial en la evaluación de las medidas y acciones tomadas por los Estados para cumplir con las obligaciones establecidas en la Constitución y los tratados internacionales, incluso en casos en que los temas que se discuten son políticas públicas y medidas administrativas para la satisfacción de un derecho social.

Tales condiciones obligan cada vez a los juzgadores a buscar mecanismos que permitan aplicar parámetros objetivos y razonables para la evaluación de la actuación de los Estados, más si se involucran asuntos de colisión de derechos fundamentales o la restricción de derechos para cumplir con una finalidad constitucional. Por todo ello, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una metodología muy recurrida

por algunos tribunales constitucionales para la resolución de conflictos que involucren la revisión de las actuaciones estatales.

En este artículo revisaré la constitucionalidad de la actuación del Gobierno de Nayarit en la omisión de concluir el proyecto Ciudad de las Artes, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el amparo en revisión 566/2015, para lo cual aplicaré el principio de proporcionalidad en su formulación tradicional, y seguiré algunos criterios que han establecido las cortes constitucionales colombiana, sudafricana y mexicana para la solución de este tipo de asuntos.

Iniciaré el estudio con la definición del principio de proporcionalidad y la metodología que utilizaré; posteriormente hablaré de las obligaciones estatales desde el punto de vista de la teoría del derecho y la dogmática jurídica para analizar las posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad en estos casos. Enseguida veré los distintos niveles de cumplimiento de obligaciones estatales y los criterios que se deben aplicar para revisar que las actuaciones de los Estados fueron proporcionadas, y finalmente aplicaré el principio de proporcionalidad al caso concreto del amparo 566/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

B. Principio de proporcionalidad y las metodologías utilizadas

"La aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los conflictos que enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, entre sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la efectividad de aquellos" (Sánchez Gil, 2007, p. 3). Su relevancia se sustenta en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, que los reconoce como "mandatos de optimización" que deben realizarse en la máxima medida de lo posible en relación con las posibilidades materiales y jurídicas.

En términos de Alexy, cuando se está frente a una contradicción de principios en la que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro, se debe acudir al principio de proporcionalidad (Alexy citado por Vázquez, 2018). Alexy considera que este tipo de situaciones no se solucionan al declarar que uno o ambos principios no son válidos y se elimina uno de ellos del sistema jurídico. Tampoco se soluciona al introducir una excepción en uno de los principios de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no (Alexy, 2002, pp. 91-92).

> La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro (Alexy, 2002, pp. 91-92)

De esta forma, cualquier menoscabo a la óptima realización *prima facie* de un derecho fundamental está prohibido, porque su restricción es válida sólo cuando sea *indispensable* para la realización de un fin legítimo.

En general, el principio de proporcionalidad se aplica en los casos de colisión de (dos) derechos fundamentales regulados como principios y lo que se consigue con este método es imponer "pautas de decisión a los órganos estatales con el objeto de armonizar su satisfacción" (Carpio citado por Sánchez Gil, 2007); sin embargo, el principio de proporcionalidad puede aplicarse de muchas maneras. Según Bernal Pulido (2014), en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales se alternan un buen número de concepciones del principio de proporcionalidad, lo cual es corroborado por otros autores. De acuerdo con Rubén Sánchez Gil (2007, p. 14), "siempre que el concepto de justicia interviene en algún aspecto jurídico, implica la idea de proporcionalidad y, por lo tanto, este concepto puede ser utilizado en los más diversos ámbitos jurídicos".

Por ello, recurriré al principio de proporcionalidad en este estudio como un procedimiento objetivo que permita evaluar la validez constitucional de una medida tomada por el Gobierno de Nayarit para afectar un derecho fundamental (derecho a la cultura) en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales.[1] Por medio de este principio podré valorar si la acción tomada por el Estado para intervenir en el ámbito de protección del derecho a la cultura es lícita para lograr un fin legítimo. El objetivo es verificar si las medidas tomadas fueron proporcionadas, así como si los argumentos de resolución planteados por la Suprema Corte fueron justificados.

Los métodos que utilizaré en el presente caso los desarrollan y sistematizan Daniel Vázquez y Laura Clérico con diversas perspectivas para verificar si las actuaciones estatales son proporcionadas y razonables. Daniel Vázquez desarrolla su propuesta alrededor de la idea de "test de razonabilidad", que es una herramienta argumentativa utilizada por las cortes para verificar si la decisión tomada en un caso concreto es adecuada a partir de la verificación de ciertas premisas que sustenta las posibilidades y límites de esa decisión (Vázquez y Serrano, 2013, p. 26). Cristian Courtis considera que la aplicación de un test de razonabilidad no es extraña para la tradición jurídica iberoamericana, pues responde a características similares al principio de razonabilidad de la reglamentación de los derechos, incorporado e inferido a partir de casi todas las constituciones de la región (Courtis, 2006, p. 21).[2]

---

[1] En el cumplimiento de estas obligaciones constitucionales, los estados pueden o no restringir el ejercicio de un derecho fundamental para beneficiar a otro; en ocasiones sólo busca cumplir con una finalidad constitucional determinada o cubrir alguna necesidad presupuestal o administrativa urgente. Lo relevante será analizar la constitucionalidad de su actuación, si fue proporcionada o no, y si se justificó lo suficiente la restricción de algún derecho con argumentos válidos mediante acción u omisión.

[2] Véanse, por ejemplo, las constituciones argentina, artículo 28: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"; chilena, artículo 19.26: "Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su ausencia; ecuatoriana, artículo 18: "Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales", y guatemalteca, artículo 44:

En relación con el principio de proporcionalidad, Vázquez considera que no existe una mayor diferencia con el test de razonabilidad, excepto en lo referido a la corriente jurídica que los vio nacer —la proporcionalidad proviene del derecho alemán y la razonabilidad del anglosajón—, por lo tanto, los utiliza como sinónimos para revisar los niveles de cumplimiento de las obligaciones estatales (Vázquez, 2018). Para este análisis, el método seguido por Vázquez puede ser útil para verificar si las acciones tomadas por el Estado se enmarcan en los estándares establecidos en las observaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), las sentencias dictadas por las cortes constitucionales colombiana y sudafricana y las resoluciones de la SCJN. Vázquez sistematiza esta información y la sintetiza en una serie de criterios que me permitirán recabar información necesaria respecto de las posibilidades normativas y fácticas para la realización del derecho.

Por su parte, Laura Clérico, por medio del principio de proporcionalidad, da algunas referencias acerca de cómo evaluar si la afectación a un derecho implica o no una violación (Clérico, 2018, p. 18). Según la autora, los derechos pueden ser afectados porque el Estado intervino más de lo necesario (violación por acción) o porque el Estado no realizó nada (violación por omisión) o porque hizo menos de lo necesario (violación por insuficiencia) (Clérico, 2018, p. 18). Por ello, para su propuesta aplica el modelo de ponderación de Alexy: analiza la relación de la ponderación y la comparación de casos para la resolución de conflictos de derechos fundamentales, y también utiliza el modelo de Moreso mediante el estudio de casos paradigmáticos, principalmente de la Corte Constitucional argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Clérico, 2018, p. 23). En este sentido, el examen de proporcionalidad permitirá identificar si en el caso concreto se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas (Clérico, 2018, p. 28).

"Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza".

Para aplicar el principio de proporcionalidad, Clérico sigue los criterios tradicionales de ese principio, pero incluye algunos elementos adicionales según el tipo de violación que se trate. De esta manera, el examen considera los tres subcriterios contenidos en la proporcionalidad en sentido amplio: el mandato de idoneidad, de necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Así, el medio es *idóneo,* cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es *necesario,* cuando no pudo ser establecido otro medio igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser *proporcional en sentido estricto* y debe guardar una relación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado (Clérico, 2018, p. 28).

C. Derecho a la cultura como derecho social y obligaciones estatales

El punto principal de discusión en el amparo en revisión 566/2015 es la constitucionalidad de la acción tomada por el Gobierno Nayarit de cancelar la construcción de las etapas subsecuentes del proyecto Ciudad de las Artes en Tepic, para destinar el recurso económico que resultara de la venta del inmueble en el que se construiría la segunda etapa a la Universidad Autónoma de Nayarit, a fin de cubrir subsidios de anteriores ejercicios fiscales. El análisis, por tanto, se centra en las obligaciones estatales del derecho a la cultura según lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales.

Para examinar lo resuelto por la Primera Sala, debo revisar primero las distintas obligaciones que provienen del derecho a la cultura, entendido como un derecho social. Para ello analizaré ese derecho en primer término mediante teorías estructurales que me permitan indagar en su contenido obligatorio, e identificar el tipo de pretensiones que pueden ser articulables a partir de ciertos enunciados jurídicos (Acuña, 2010, p. 139). Para ello, la perspectiva analítica de Robert Alexy puede ser de suma

utilidad.[3] Como segunda referencia revisaré desde la dogmática constitucional y convencional el contenido del derecho a la cultura para señalar las obligaciones estatales, para lo cual revisaré principalmente las observaciones del Comité DESC.

Según Alexy, los derechos subjetivos son posiciones jurídicas, las cuales pueden ser de tres tipos: *1)* derechos a algo (derechos prestacionales), *2)* libertades (derechos de defensa) y *3)* competencias. La diferencia formal entre los derechos de defensa y de prestación se ubica en la consecuencia jurídica, si ésta consiste en una omisión o en una actuación positiva del Estado (Borowski, 2003, pp. 111-112).

Los derechos a algo pueden dividirse entre derechos a acciones negativas y a acciones positivas. Los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos: el primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; por ejemplo, en relación con el derecho a la cultura se refiere a los casos en que una autoridad administrativa niega la organización de algún evento cultural sin justificación alguna, con lo cual se violaría el artículo 4 constitucional; artículo 15, párráfo 1, inciso b, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); artículos 1 y 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en referencia con el derecho de toda persona a participar en la vida cultural.

El segundo está integrado por los derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; por ejemplo, en los casos en que se viola el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora (artículo 15, párrafo 1c, PIDESC).

[3] Es importante tomar esta visión por la forma en que aplica Laura Clérico la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy y el modelo de ponderación.

El tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (Alexy, 2002, p. 191), por ejemplo, la derogación de la legislación de derechos de autor o la eliminación de órganos de financiamiento de actividades culturales.

Los derechos a acciones positivas son denominados también derechos a prestaciones en sentido amplio; Alexy los conceptualiza como "todo derecho a un acto positivo del estado" (Alexy citado por Acuña, 2010). Éstos se dividen en tres: *a)* derechos a protección, *b)* derechos a organización y procedimiento y *c)* derechos a prestaciones en sentido estricto. Analizaré los derechos a organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.

Los derechos a prestaciones en sentido estricto se refieren a aquellos que tienen los individuos para recibir un recurso o servicio determinado y la relativa obligación de otorgarlo por quien debe cumplirlo directamente, sea el Estado o un particular. Por ejemplo, para la realización del derecho a participar de la vida cultural se requiere, entre otras cosas, la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar, en particular, bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos; literatura, incluido el folclore y las artes en todas sus manifestaciones (Observación General No. 21 Comité DESC, 2009).

Para Laura Clérico, los derechos a hacer algo (prestacionales) tienen como objetivo principal las obligaciones de organización y procedimiento —diseño, organización, implementación, cumplimiento, garantía, control, fiscalización, mejora—; desarrollo o ejecución normativa, o en una obligación de dar (Clérico, 2018, p. 59). Esto se puede realizar mediante diversas acciones que debe tomar el Estado según las condiciones fácticas y jurídicas existentes.

De esta manera, según el contenido normativo del derecho a participar en la vida cultural es necesario que el Estado:

a) Se abstenga de hacer algo (no tener injerencia en el ejercicio de las prácticas culturales y en el acceso a bienes culturales); y

b) Tome medidas positivas para asegurarse de que existan las condiciones previas para participar en la vida, la cultura, promoverla y facilitarla y dar acceso a los bienes culturales y preservarlos (Observación General No. 21 Comité DESC, 2009).

En el amparo en revisión 566/2015 se analiza el derecho a la cultura como derecho prestacional debido a que permite el acceso a bienes y servicios culturales y establece la obligación estatal de generar bienes y servicios en este rubro.[4] De tal forma, el Estado debe demostrar que ha cumplido con sus obligaciones (generales y específicas), así como con las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a la plena realización del derecho a participar en la vida cultural (Observación General No. 21, Comité DESC, 2009).

D. Posibilidades de aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar el cumplimiento de obligaciones estatales

Las funciones prestacionales tienen diversos niveles de cumplimiento y deben lograr ciertos requisitos para que se adecúen a lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales. Para Laura Clérico, cuando

[4] La SCJN, con base en lo establecido en la Constitución (artículo 4) , los tratados internacionales (artículos 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y 14.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"), así como lo resuelto por la Primera Sala en el amparo directo 11/2011, consideró que el derecho a la cultura "es un derecho polivalente que tiene tres vertientes: 1) como un derecho que tutela el acceso a los bienes y servicios culturales; 2) como un derecho que protege el uso y disfrute de los mismos; y 3) como un derecho que protege la producción intelectual, por lo que es un derecho universal, indivisible e interdependiente". También retoma los criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 21 y de la relatora especial sobre los derechos culturales que reconocen que la cultura tiene un contenido polifacético, con tres componentes: "a) la participación en la vida cultural; b) el acceso a la vida cultural, y c) la contribución a la vida cultural".

el derecho tiene una función prestacional implica para el obligado realizar lo siguiente:

- Tomar alguna medida, de manera adecuada —fáctica o normativamente;
- Mejorar lo que se ha hecho, si algo se empezó a hacer; aquí tenemos una obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente, "lo más rápidamente" posible hacia el disfrute pleno de los derechos— y, a su vez,
- Abstenerse de retroceder, de regresar arbitrariamente —prohibición de regresividad o de retroceso—, cuando algo se ha realizado y sigue siendo hecho o para no eliminar determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho (Clérico, 2018, p. 60).

El Comité DESC, en la Observación General No. 3, desarrolla las obligaciones de resultado, en las que se incluyen: obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes; adopción de medidas para lograr de forma progresiva los derechos reconocidos en el PIDESC, y prohibición de medidas de carácter deliberadamente retroactivo que requerirá de la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que disponga (Observación General No. 3, Comité DESC, 1990).

El cumplimiento de estos niveles puede ser analizado con parámetros objetivos que permitan comprobar si la actuación del Estado fue adecuada y razonable en relación con las obligaciones establecidas en la Constitución y los tratados internacionales.

I. Obligaciones de efecto inmediato

Según lo determinado por el Comité DESC en su Observación No. 3, los Estados deben adoptar medidas dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del PIDESC. Tales medidas deben ser deli-

beradas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el pacto. Para lograr ese objetivo, el Estado debe adoptar todos los medios apropiados, inclusive, en particular, medidas legislativas (párrafo 4). En este rubro se ubican las siguientes acciones.

1. Deber de satisfacer niveles esenciales de los derechos

El CDESC en su Observación General No. 3 sostiene como obligación mínima del Estado asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, de tal manera que "si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser."

> En este sentido, los principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht admiten que en la evaluación del cumplimiento de la obligación de garantizar contenidos mínimos, debe considerarse la limitación de recursos, pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que disponen. Sin embargo, sostiene que un Estado sólo puede atribuir el no cumplimiento de obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, si logra demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos señalan que la escasez de recursos no libera a los Estados de sus obligaciones mínimas, en caso de no poder cumplirlas a cabalidad deben demostrar que han realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (Abramovich y Courtis, 2004, p.90)

Sobre los niveles esenciales (también denominado contenido esencial o mínimo), el PIDESC no hace mayor referencia excepto en algunos derechos, sin embargo, en sus últimas observaciones generales, el CDESC ha tratado de ofrecer orientación en cuanto a lo que consideraría un nivel

esencial de disfrute de distintos derechos, entre ellos, a la alimentación, a la vivienda, a la salud, al trabajo y a la seguridad social (Vázquez y Serrano, 2013, p. 23).

Cuando no existen estos parámetros específicos, los tribunales constitucionales han ensayado algunas fórmulas para poder establecerlos, basados principalmente en un test de razonabilidad, el cual ha sido retomado por Daniel Vázquez. Los criterios que integran ese test se guían por algunas preguntas que permiten determinar cuáles son las principales obligaciones para cumplir con los niveles esenciales. En primer término, se debe ubicar la finalidad última del derecho y establecer aquellas obligaciones sin las cuales perdería sentido. Así como determinar si existen algunas restricciones materiales y limitaciones de política pública para hacer efectivo el contenido esencial, si existen mecanismos establecidos para determinar prioridades en el marco de esas restricciones y qué impacto tendría la denegación de derechos específicos sobre las personas cuyo ejercicio de derechos es vulnerado (Vázquez, 2018, p. 154).

Para contestar esas preguntas es importante tener información empírica de las condiciones en que se encuentra el cumplimiento del derecho, por ejemplo, las necesidades de la población respecto al ejercicio de ese derecho en específico, las personas o grupos de personas a las cuáles impactarían las acciones u omisiones del Estado, y las consecuencias de no cumplir con los niveles mínimos del derecho. De alguna manera se tiene que conocer cuál será la incidencia del cumplimiento de este derecho en la vida de las personas y no sólo hacer un análisis en abstracto.

Para Vázquez, la determinación de los niveles esenciales de un derecho está directamente relacionada con los conceptos de progresividad y prohibición de regresión. De hecho, es el paso previo para poder hablar de progresividad (ya que las obligaciones que estén dentro del núcleo del derecho son de cumplimiento inmediato, por lo que no son susceptibles de una lógica de progresividad). Y es también la última frontera para cualquier intento de restricción y regresión (Vázquez, 2018, p. 31).

2. Deber de protección del núcleo esencial del derecho a la cultura en el amparo 566/2015

La Primera Sala, con el fin de determinar los niveles esenciales que debe cumplir el Estado mexicano en relación con el derecho a la cultura, aplica la referencia del contenido mínimo o núcleo esencial de los derechos. Para ello analiza varias sentencias dictadas por las salas Primera (amparo en revisión 323/2014 y amparo en revisión 759/2015) y Segunda (amparo en revisión 1219/2015), en las que se ha recurrido a este criterio.

En el caso del derecho a la cultura, la Sala refiere a la Observación General No. 21 del Comité DESC, que señala la obligación mínima de crear y promover un entorno en el que toda persona, de forma individual, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, pueda participar en la cultura de su elección. Debido a que la observación no señala de modo expreso los niveles esenciales que corresponden al derecho a la cultura en su función prestacional, la Sala considera que debe identificar el núcleo esencial del derecho en este caso en concreto.

Para ello recurre a la idea de dignidad como marco central de protección del núcleo esencial según lo señalado en los casos *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, y *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Sala no realiza un mayor análisis de lo que debería considerarse elementos mínimos para proteger la dignidad de las personas en relación con el derecho a la cultura.

Con base en estas dos ideas (núcleo esencial del derecho y protección de la dignidad), resuelve que la omisión de continuar con las subsecuentes etapas del proyecto Ciudad de las Artes no generó una afectación tan grave en la esfera de los quejosos que pueda calificarse como una vulneración a su dignidad, por lo cual se cumple con el núcleo esencial del derecho y por tanto considera que el Gobierno de Nayarit satisfizo los niveles esenciales del derecho a la cultura en el presente caso.

De ese primer argumento de la Sala se puede advertir que el contenido mínimo (o núcleo esencial de los derechos) puede llegar a ser un parámetro que varíe según las condiciones del caso y de quienes interpreten la norma, y deja en gran medida a discrecionalidad de los jueces la forma de establecerlo. Esto ha generado ciertas dudas respecto de cómo se debe establecer el contenido para fijar los niveles esenciales de las obligaciones estatales. Por ello, es importante referir cómo funciona ese criterio.

El contenido mínimo se entiende como el núcleo (intocable) que debe respetar el legislador para no desnaturalizar el derecho intervenido (Petit, p. 196). En este sentido, las posiciones iusfundamentales que resultan vinculantes para el legislador (y las demás autoridades) son aquellas que están comprendidas en el contenido esencial de cada derecho fundamental (Bernal Pulido, 2014). Éste ha sido uno de los criterios más recurridos por la dogmática alemana y española para definir la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. En ambos casos el contenido mínimo ha sido tipificado expresamente tanto en la Ley Fundamental de Bonn como en la Constitución española.

Pese a su amplia utilización, ese parámetro ha sido muy criticado en la doctrina, debido a que podría tratarse de una categoría directiva "imprecisa por lo maleable" (Petit, 2016, p. 216). Incluso, Peter Häberle, a quien se debe la profusión de la teoría del contenido esencial, reconoce que tal figura tiene meramente un valor simbólico (Häberle citado en Petit, 2016). Por su parte, Bernal Pulido considera que si el Tribunal Constitucional es quien en última instancia debe decidir lo que pertenece al núcleo y a la periferia de los derechos fundamentales, y para ello está provisto únicamente de las referencias a una supuesta intuición colectiva, sus decisiones serán incontrolables y por tanto constituirán una amenaza de la competencia legislativa (y administrativa) para configurar tales derechos (Bernal Pulido, 2014).

Por ello, en el presente caso se ve que fijar el contenido esencial sin un parámetro claro que permita establecer de manera razonable lo que debe

ser el mínimo intocable de cada derecho, deja en una situación de incertidumbre respecto a cómo se establecerán las obligaciones mínimas e inmediatas para el Estado. Si bien algunos autores consideran que el contenido mínimo se aplica como regla y no debería utilizarse el principio de proporcionalidad para establecerlo (Clérico, 2018; Bernal, 2014), en el presente caso se ve que era necesario. Esto debido a que los argumentos señalados por la Primera Sala para vincular la dignidad y los niveles mínimos del derecho a la cultura se hicieron en abstracto y no consideraron las condiciones fácticas existentes para su análisis. No se sostuvieron en información clara respecto de las necesidades de la población, así como de las condiciones existentes para considerar que con la terminación de la primera etapa el proyecto Ciudad de las Artes se habían alcanzado niveles dignos en el ejercicio de ese derecho. Por ello, considero que en el presente caso podría resultar útil aplicar el test de razonabilidad que propone Daniel Vázquez para fijar los niveles esenciales del derecho a la cultura en relación con las obligaciones estatales.

II. Obligaciones de resultado

1. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

La progresividad implica un reconocimiento de la necesidad de un esfuerzo prolongado por parte de los Estados para alcanzar la plena satisfacción de los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. El artículo 1 constitucional dispone que "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".

De igual forma, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en el artículo 26 que los Estados parte se comprometen a adoptar providencias, tanto de modo interno como mediante la cooperación interna-

cional, en especial, económica y técnica, para lograr de forma progresiva la plena efectividad de los derechos humanos que se derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

El artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados parte se comprometen a

> adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Según el Comité DESC, la frase "lograr progresivamente" debe interpretarse a la luz del objetivo general "[por lo cual se impone] … [u]na obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo".

Vázquez considera que el principio de progresividad tiene relevancia política, porque constituye esa promesa de bienestar, de mejora constante que va de la mano de la idea de soberanía popular en cualquier configuración democrática (Vázquez, 2018, p. 157). Por tanto, su intención es verificar si se ha cumplido con esos objetivos por parte de las decisiones, políticas públicas, programas presupuestales, legislación y demás actividades que se encuentran a cargo del Estado (Vázquez, 2018, p. 157). Para lograrlo, el Estado debe utilizar hasta el máximo uso de los recursos de los que disponga para atender a las necesidades concretas del lugar y de la población, y comprenda no sólo a los recursos económicos sino también los recursos tecnológicos, institucionales y humanos (Vázquez y Serrano, 2013, p. 73).

Se entiende que estas acciones no tendrán un efecto inmediato, sino que tendrán metas y objetivos de corto, mediano y largo plazo, por lo que la progresividad impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible, así como la adopción de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en los documentos que integra el derecho internacional de los derechos humanos (Vázquez, 2018, p. 159).

De la mano del principio de progresividad se tiene la prohibición de regresividad que comporta la obligación de los Estados de abstenerse de implementar medidas que empeoren "la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de (ser) adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva" (Abramovich y Courtis, 2004, p. 94). En efecto, si lo que se procura es un aumento en el nivel de satisfacción de los derechos sociales, por principio sería inválida cualquier medida que, antes que incrementar su protección, la disminuya injustificadamente (Observación No. 3, Comité DESC,1990).

Para Laura Clérico, el supuesto de regresión implica una acción estatal que significa dejar de hacer algo.

> Para ponerlo en términos metafóricos: implica "pisar" el freno y "accionar" luego la marcha atrás. La regresión puede venir anunciada por varias acciones estatales –leyes, decretos, resoluciones que implican modificaciones o derogaciones de normas que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos sociales. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas (Clérico, 2018, p. 133).

Según lo señala el Comité DESC en la Observación General No. 3, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse de forma plena por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos que disponga.

Para Vázquez, el test de no regresión permite verificar que una determinada actividad del Estado no sea contraria a los avances previamente logrados (Vázquez, 2018, p. 165).

En este sentido, lo que se busca verificar por medio del principio de proporcionalidad es si la acción de regresión está justificada o no a la luz de los derechos fundamentales de rango constitucional (Clérico, 2018); por tanto, se debe considerar que las medidas que podrían ser regresivas deben sujetarse a un escrutinio más estricto.

2. Progresividad y regresividad en el amparo 566/2015

Según la resolución dictada por la Primera Sala en el presente caso, una vez que se ha satisfecho el núcleo esencial del derecho, el Estado tiene *una obligación de fin* (progresividad), toda vez que dichas normas establecen un objetivo que el Estado debe alcanzar mediante los medios que considere más adecuados, partiendo de la premisa de que el pleno goce de los derechos sociales no se puede alcanzar inmediatamente, sino de manera progresiva.

En este sentido, el deber de progresividad en relación con la satisfacción del contenido de los derechos sociales implica la existencia de una política pública razonable para alcanzar el objetivo impuesto por el derecho en cuestión. Para ello cita la sentencia dictada por la Corte Constitucional de Sudáfrica en los casos *Sooramoney Grootbon*, *TAC* y *Khosa*. De acuerdo con lo expuesto, la Primera Sala consideró que la omisión de concluir el proyecto Ciudad de las Artes no vulneró la obligación de progresividad en la satisfacción del derecho, porque en el caso concreto existe una política pública razonable para el acceso de las personas a distintos bienes e infraestructuras culturales, en referencia a la primera etapa del proyecto Ciudad de las Artes.[5]

[5] El Gobierno de Nayarit concluyó la primera etapa del proyecto, en la que se construyó un espacio propicio para exponer pintura y escultura y en el que se imparten talleres de pintura, oratoria y

Además, señaló que el producto de la venta del bien inmueble en donde se construiría las etapas subsecuentes del proyecto se destinará a la Universidad Autónoma de Nayarit para cubrir por concepto de subsidios de anteriores ejercicios fiscales. Por tanto, señala "que se puede inferir que la decisión de las autoridades responsables de omitir finalizar el proyecto también es razonable, ya que destinar los recursos de la venta a una universidad pública, abonará a satisfacer al derecho a la educación, lo cual es una decisión de *política pública razonable*".

Finalmente, sobre la prohibición de regresividad, refiere la Primera Sala que una vez alcanzado determinado nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado está obligado a no dar marcha atrás, de modo que las prestaciones concretas otorgadas en un momento determinado constituyen el nuevo estándar mínimo a partir del cual puede seguirse avanzando hacia la satisfacción plena de tales derechos. Ahora, según la Primera Sala, esta prohibición de regresión no es absoluta, y, por tanto, debe aplicarse el principio de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad de la medida regresiva.

Antes de aplicar el principio, la Primera Sala considera que se deben analizar dos supuestos: el tipo de regresividad del que se trata y las acciones tomadas por el Estado. En primer término, la Sala señala que se debe distinguir entre dos tipos de regresividad: de resultados y normativa. La primera se refiere a los casos en que una política pública empeora la satisfacción de un derecho social; la segunda, a los casos en que una norma posterior suprime, limita o restringe los derechos o beneficios que se habían otorgado con anterioridad al amparo del derecho social.

Respecto al tipo de regresividad la Sala señala:

> [a]hora bien, en el caso concreto no existe una regresividad normativa porque no se reformó alguna norma que les hubiera

escultura; un espacio adecuado para practicar algunas disciplinas deportivas, así como un auditorio y un cine al aire libre para que los vecinos del municipio de Tepic tuvieran acceso a bienes y servicios culturales.

> otorgado un derecho a los quejosos fuera eliminado o restringido con la medida impugnada. En efecto, contrario a lo manifestado en la demanda de amparo, la aprobación de un proyecto no les genera ningún derecho en su esfera jurídica y, por lo tanto, la omisión de concluir el proyecto no puede ser regresiva en ese sentido-.

En cuanto a las acciones tomadas por el Estado, la Primera Sala señala: "[t]ampoco existe regresividad de resultados, toda vez que ni siquiera se había comenzado a construir la segunda etapa del proyecto, de tal manera que no se puede decir que los quejosos ya tuvieran acceso a bienes y servicios culturales que después se les haya quitado".

Si se analizan los hechos en el presente caso, se está ante una evidente regresividad por parte del Gobierno de Nayarit, debido a que se interrumpieron los avances logrados para cumplir el derecho a la cultura y favorecer a otro fin constitucional, como se verá más adelante. La Primera Sala decidió no aplicar el principio de proporcionalidad que anunció (o por lo menos eso se advierte del texto) debido a que en el presente caso no existía regresividad por dos situaciones: primero, los quejosos sólo tenían una expectativa de derechos porque su reclamo provenía de la interrupción de una política pública y no de una reforma normativa que cambiara su situación jurídica, y, segundo, las medidas tomadas no son regresivas porque el Estado no empezó a tomar medidas respecto de la segunda etapa del proceso.

Por tanto, lo primero es dilucidar si en este caso se tenía derecho a reclamar por la interrupción o sólo se trataba de una expectativa de derechos. Si se considera que la elaboración de políticas públicas y de proyectos para el cumplimiento de las obligaciones prestacionales provienen de disposiciones constitucionales y convencionales que regulan el derecho a la cultura, entonces no se está frente a una expectativa, sino ante un derecho que puede ser reclamado por vía judicial. Para ello el análisis estructural realizado al inicio de este estudio será de ayuda, porque permite considerar cuáles son las acciones que deben tomarse cuando un derecho tiene la función prestacional (o de hacer).

La Segunda Sala de la SCJN ha reconocido en otros casos (amparo en revisión 378/2014) la obligación del Poder Judicial de contrastar la actuación de las funciones de los poderes Ejecutivo y Judicial (referidos en específico a políticas públicas), con los estándares contenidos en la propia ley suprema y en los tratados de derechos humanos. Tampoco es ajeno para otros tribunales constitucionales el conocimiento de este tipo de asuntos. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, en los procesos T-025/2004 ha realizado tanto el análisis normativo, el escrutinio judicial, así como la evaluación de resultados de las políticas públicas.

De igual forma, la construcción de la primera etapa del proyecto y la toma de acciones para emprender la segunda etapa son medidas concretas tomadas por el Gobierno de Nayarit para cumplir con sus obligaciones constitucionales y convencionales en relación con el derecho a la cultura en su función prestacional. Por tales razones, no puede aseverarse que no se emprendieron acciones para el ejercicio del derecho, por el contrario, éstas fueron interrumpidas injustificadamente.

Por ello, las razones que en su momento dio la Primera Sala para no aplicar el principio de proporcionalidad en este caso y señalar que las políticas tomadas por el Gobierno de Nayarit fueron razonables, no se justifican en relación con lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales. Para determinar la razonabilidad de la política pública y de las acciones estatales es necesario aplicar el principio de proporcionalidad en el presente caso, como procuraré hacerlo en el siguiente apartado.

E. Prohibición de regresividad y escrutinio estricto: aplicación del principio de proporcionalidad

Para preparar el examen de proporcionalidad, previamente se deben analizar las acciones emprendidas por el Estado para llegar a la situación de violación al derecho. Según Laura Clérico, el estado de retroceso o regresión en la satisfacción del derecho surge de comparar lo siguiente:

- estado de satisfacción del derecho antes de la implementación de la medida —situación de partida— (e1);
- estado de satisfacción durante la implementación de la medida —progreso— (e2);
- estado que se produce por la interrupción de la medida —retroceso— (e3) (Clérico, 2018, p. 134).

El punto de partida en el presente caso, según la información que está en la sentencia, fue la inexistencia de infraestructura suficiente para el ejercicio del derecho a la cultura en sus diversas manifestaciones (E1). Por estas razones se desarrolló el proyecto Ciudad de las Artes con varias etapas. En la primera se construyó un espacio propicio para exponer pintura y escultura y donde además se imparten talleres de pintura, oratoria y escultura; un espacio adecuado para practicar algunas disciplinas deportivas, así como un auditorio y un cine al aire libre para que los vecinos del municipio de Tepic tuvieran acceso a bienes y servicios culturales (E2). Se tomaron algunas acciones para continuar con el proyecto, pues el Congreso de Nayarit aprobó la solicitud del Gobierno del estado para la obtención de un crédito, con el fin de realizar las obras tendentes a cumplir con la construcción de la segunda parte de la Ciudad de las Artes, pero se decidió detener estas medidas y enajenar el bien inmueble en el que se debía construir la segunda etapa del proyecto para asignar (el dinero recabado de su venta) a la Universidad Autónoma de Nayarit (E3).

En este sentido, la decisión de detener el avance en la construcción de instalaciones modificó las condiciones preexistentes, ya que se dieron las siguientes situaciones (Vázquez, 2018, p. 167):

1. Se redujo el radio de protección de un derecho social.

2. Se disminuyeron los recursos públicos invertidos en su satisfacción.

3. Se retrocedió, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho.

Ahora bien, con esos antecedentes, es posible iniciar con la evaluación de las acciones realizadas por medio del principio de proporcionalidad. Empezaré con el subexamen de idoneidad por el cual preguntaré si el medio seleccionado por el Estado (la interrupción de la segunda etapa) en conexión con la nueva norma o con los otros medios ya existentes (terminación de la primera etapa) fomentan la realización del derecho.

En este punto se debe considerar si la medida regresiva promueve la realización de otros derechos fundamentales o fines constitucionales relevantes. Esta categoría es recuperada por Abramovich y Courtis (2004, pp.109-110), quienes aplican las observaciones generales 3, punto 9; 13, punto 45, y 14, punto 32, del Comité DESC y consideran que para determinar que una medida regresiva es justificada, el Estado debe probar que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance, teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC.

De esta forma, cuando los tres medios (medida regresiva, estado de satisfacción y derecho fundamental beneficiado) en conexión no logran fomentar el derecho, entonces el medio escogido no es idóneo y la medida es desproporcionada en sentido amplio (Clérico, 2018, p. 135).

Empezaré por evaluar si se tomó la medida regresiva para promover la realización de otro derecho fundamental. En el presente caso, el producto de la venta del bien inmueble en donde se construirían las etapas subsecuentes del proyecto fue destinado a la Universidad Autónoma de Nayarit para cubrir subsidios de anteriores ejercicios fiscales, con lo cual la Primera Sala consideró que abonaría a satisfacer al derecho a la educación. Se debe analizar si esta medida permite satisfacer el derecho a la educación (superior en específico) o si, en su caso, se fomenta otra finalidad pública constitucional relevante.

Según el artículo 3 constitucional, todo individuo tiene derecho a recibir educación. Los párrafos primero y segundo del referido artículo estable-

cen que la educación que imparta el Estado, es decir, la educación básica (preescolar, primaria y secundaria) y media superior, tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará el respeto de los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

El artículo 13 del PIDESC señala que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Observación general No. 13 sobre el derecho a la educación, en sus párrafos 46 y 47, señala que el derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados parte: de respetar, de proteger y de cumplir.

La obligación de cumplir incluye las obligaciones de facilitar y proveer lo que exige que los Estados adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho a la educación y les presten asistencia, así como facilitar el acceso al derecho a la educación. Como norma general, los Estados parte están obligados a dar cumplimiento a (facilitar) un derecho concreto del Pacto cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo con los recursos a su disposición.

Sobre la enseñanza superior, la Observación No. 13 en su párrafo 18 señala que es preciso que los planes de estudio sean flexibles y los sistemas de instrucción variados, con utilización incluso de la enseñanza a distancia para que responda a las necesidades de los alumnos en distintos contextos sociales y culturales; por consiguiente, en la práctica, tanto la enseñanza secundaria como superior han de estar disponibles "en diferentes formas".

Por su parte, la Primera Sala de la SCJN, en el amparo en revisión 750/2015, señala que la educación superior no se centra en la formación de la autonomía personal (la distribución de un bien básico), sino

en la materialización de un plan de vida libremente elegido, por lo que este tipo de educación tiene como finalidad la provisión de herramientas necesarias para concretarlo. Asimismo, la educación superior está conectada de forma estrecha con la obtención de determinados objetivos colectivos, como el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico, el fomento de actividades económicas, el desarrollo industrial y agrícola, el fomento de la cultura, etcétera, por lo que las obligaciones de promoción del Estado no pueden desvincularse de esas finalidades sociales cuya maximización beneficia a la sociedad de manera difusa.

Tras revisar estos instrumentos es posible advertir que ninguna de las finalidades del derecho a la educación ni las obligaciones establecidas para los Estados se relacionan con el pago de adeudos fiscales; las obligaciones de cumplir y proveer el derecho a la educación exigen a los Estados tomar medidas positivas que permitan a los individuos y comunidades acceder y disfrutar este derecho para cumplir los fines que señalados (Observación No. 13, 1999, CDESC). Por ello, no se cumple con los supuestos que justifican tomar una medida regresiva para favorecer a otro derecho fundamental, en tanto no se favorece en forma alguna el derecho a la educación, sino sólo se pagan deudas de una universidad (mas no se abona nada a sus actividades educativas).

En otro orden de ideas, y más allá del derecho a la educación invocado por la SCJN, se podría considerar que el pago de adeudos fiscales cumple otra finalidad constitucional relevante, que es la establecida en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución, disposición que reconoce la intervención estatal en el destino del gasto público proveniente de las contribuciones. En esta disposición se establece la obligación de los mexicanos a contribuir a los gastos públicos, tanto de la Federación, como del estado o municipio en que reside, de la manera proporcional y equitativa que dispongan sus leyes y, por tanto, esos impuestos deben aplicarse a los gastos públicos y a los servicios que el Estado debe prestar al conglomerado social en general. Para algunos autores, de este artículo se desprenden los derechos humanos de los contribuyentes, los cuales se integran por

los principios de proporcionalidad, equidad, legalidad y destino del gasto público.

Al considerar estos supuestos, si se relacionan la medida regresiva (interrupción del proyecto Ciudad de las Artes), el estado de satisfacción (conclusión de la primera etapa del proyecto) y la finalidad constitucional relevante (contribuir al gasto público), es posible ver que esta acción podría cumplir con el requisito de idoneidad, pero por razones distintas a las señaladas por la Primera Sala.

Continúo, entonces, con el siguiente subprincipio (necesidad), por el cual se debe examinar si el Estado realizó el esfuerzo de tratar de evitar el retroceso por otros medios alternativos (Clérico, 2018, p. 135). En este caso deberían considerarse las referencias de suficiencia de las medidas propuestas por el Estado (si las hubiera) para poder evaluar si los medios alternativos eran los más adecuados y eficaces (Clérico, 2018).

En el presente caso no se plantearon medios alternativos para evitar interrumpir el proyecto Ciudad de las Artes ni se dieron otras opciones para cubrir los servicios del proyecto. Esto significó un detrimento para los avances en el cumplimiento de las obligaciones del derecho a la cultura, pero no se plantearon otros proyectos que reemplacen el existente ni se concretaron medidas a mediano plazo. Se debe también considerar que no se podía evaluar si la terminación de la primera etapa del proyecto fue suficiente para satisfacer el derecho a la cultura, porque en su momento no se contó con la información empírica del impacto que tendría suspender la obra.

En este sentido, Daniel Vázquez señala una serie de interrogantes que permitan determinar si el Estado cumplió con los requerimientos para establecer una política pública que se sostuviera en el tiempo. En primer lugar, señala que se deberá verificar si existe algún diagnóstico que analice cuál es el contexto para la realización del derecho; si existen mecanismos establecidos para determinar las prioridades que deben tomarse

en referencia con el cumplimiento del derecho; si existen planes de acción o programas en torno al ejercicio progresivo del derecho en cuestión; si se establecen mecanismos de mejora de las políticas públicas ya existentes en términos de goce efectivo de los derechos, y si se divulgan periódicamente los resultados alcanzados y las medidas correctivas o complementarias, con el fin de que los interesados y los actores sociales participen en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas (Vázquez, 2018, p. 163). Esta información no se proveyó en su momento por el Estado, o por lo menos no es señalada por la Primera Sala en la sentencia, lo cual en el presente caso es una referencia importante para poder evaluar si se cumplió con el principio de progresividad y no se incurrieron en medidas regresivas arbitrarias.

Otro de los instrumentos que en esta etapa puede servir para determinar si la política pública tomada por el Gobierno de Nayarit era razonable, es el documento elaborado por el CDESC en 2017 para la "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el 'máximo de los recursos de que disponga' de conformidad con el protocolo facultativo del Pacto (PIDESC)". En este documento se señalan los requisitos para determinar si una medida tomada por el Estado es adecuada o razonable (párrafo 8) según las siguientes consideraciones:

1. Hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

2. Si el Estado parte ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria.

3. Si la decisión del Estado parte de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos.

4. En caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado parte se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto.

5. El marco cronológico en que se adoptaron las medidas.

6. Si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados, si las medidas fueron no discriminatorias y si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.

En el presente caso, las medidas tomadas fueron discrecionales, sin considerar la restricción que se generaría al derecho a la cultura y su logro progresivo, no se plantearon opciones que limitaran en menor medida al derecho a la cultura y la intervención a ese derecho no supuso el fomento de otro derecho fundamental. Por todas estas consideraciones, la actuación del Gobierno de Nayarit no pasaría la segunda etapa de proporcionalidad y, por tanto, sería desproporcionada en sentido amplio.

De esta forma, el análisis de la SCJN no comparó entre las medidas que, siendo igual de efectivas para cumplir con el fin constitucionalmente válido, afectaran en menor medida el derecho a la cultura. Esta falta de análisis de las alternativas, aunadas a la falta de justificación estatal de la medida regresiva (que exigía argumentos fuertes y muy buenos), permite concluir que la resolución de la Primera Sala fue poco afortunada.

Toda vez que el examen de proporcionalidad es escalonado y progresivo, y que ya se demostró que la medida tomada por el Gobierno de Nayarit no superó el examen de necesidad, no es necesario realizar una ponderación, pues el resultado de ese subprincipio sería intrascendente para la conclusión de que la actuación estatal fue inconstitucional y violatoria del derecho humano a la cultura.

F. Conclusiones

Los derechos sociales, como el derecho a la cultura, están regidos por el principio de progresividad, el cual implica el deber de cumplir este derecho en la mayor medida de lo posible y promover su avance continuo.

Logrado este progreso, los Estados tienen la prohibición de tomar medidas regresivas que dieran marcha atrás a lo logrado sin una justificación razonable. En el amparo 566/2015 de la Primera Sala podemos advertir que para hacer este análisis, era necesario aplicar el principio de proporcionalidad para poder evaluar si la restricción que se hizo a este derecho por medio de la interrupción de las acciones tomadas por el Gobierno de Nayarit eran justificadas y proporcionadas.

Pese a las intenciones de la Primera Sala de aplicar este principio, los argumentos planteados en la resolución del amparo 566/2015 no fueron claras respecto a la razonabilidad de las políticas tomadas por el Gobierno de Nayarit.

En primer término, se revisó cómo la forma de establecer el contenido mínimo del derecho a la cultura para fijar los niveles esenciales de cumplimiento inmediato por el Estado no fue la más adecuada, se tienen algunos mecanismos que podrían evaluar supuestos fácticos fundamentales para resolver estos temas. La sentencia analizada falla en desentrañar ese contenido mínimo de este derecho, pues sólo hizo alusiones dogmáticas y no razonadas sobre la dignidad humana.

Asimismo, un tema clave que no fue abordado debidamente en la sentencia fue la prohibición de regresividad, que exigía a la SCJN establecer un modelo o test más objetivo para determinar si una medida es regresiva o no (por ejemplo, en el presente trabajo me basé en los modelos propuestos por Clérico y Vázquez). La SCJN se limitó a justificar que sí se cumplía el mínimo esencial del derecho, no había necesidad de progresar en su cumplimiento, y mucho menos advirtió una regresividad. Esto resulta desafortunado, pues el Gobierno de Nayarit ya había avanzado en el cumplimiento del derecho a la cultura (mediante la decisión de realizar la segunda etapa proyecto del centro cultural, haberla planeado y haberse tomado acciones para la asignación del presupuesto), por lo que al cancelar el proyecto y reasignar su presupuesto, evidentemente se dieron pasos atrás respecto a lo avanzado.

Por último, destaca que, del análisis de proporcionalidad de la medida tomada por el Estado, se concluye que, pudiendo ser idónea (aunque no por las razones asentadas por la SCJN), no satisface el subprincipio de necesidad. Por lo que se trata de una afectación desproporcionada e inconstitucional del derecho humano a la cultura.

Fuentes

Abramovich, V. y Courtis, C. (2004), *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta.

Acuña, J. (2010), *La justicia constitucional y las políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas a partir de la articulación jurisdiccional de los derechos sociofundamentales,* México, Universidad Panamericana, Facultad de derecho (tesis doctoral).

Alexy, R. (2002), *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, C. (2014), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá, Universidad Externado. Tercera parte: *status,* fundamento y estructura del principio de proporcionalidad, Edición de Kindle.

Borowski, M. (2003), *La estructura de los derechos fundamentales,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2011), *Los derechos fundamentales en México,* México, Editorial Porrúa.

Clérico, L. (2018), *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y*

comparadas, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2007), *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un Protocolo Facultativo del PIDESC,* CDESC, E/C.12/2007/121 de septiembre de 2007, 18 de mayo de 2007.

Courtis, C. (comp.) (2006), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Ediciones del Puerto.

Petit, L. (2016), *La categoría del contenido esencial para la determinación de los contenidos mínimos de derechos sociales fundamentales y su problemática aplicación*, Sevilla, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla.

Sánchez Gil, R. (2007), *El principio de proporcionalidad,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Vázquez, D. (2018), *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Vázquez, D. y Serrano, S. (2013), *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción. Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos,* México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, Oficina Alto Comisionado Derechos Humanos-México.

Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados partes, (pár. 1 del art. 2 del Pacto),* Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales (CDESC), Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humano, 14 de diciembre de 1990.

Observación General No. 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto),* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), E/C.12/1999/10, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 8 de diciembre de 1999.

Observación General No. 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), E/C.12/GC/21, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 21 de diciembre de 2009.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 566/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 15 de febrero del 2017.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 323/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1295/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Alberto Pérez Dayán.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 378/2014, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Alberto Pérez Dayán.

Sentencia recaída al Amparo en Revisión 750/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

Tesis [A.]: 2a. 1941 (5a.), *Semanario Judicial de la Federación,* Quinta Época, mayo de 1941, Tomo LXVIII, p. 1564, Reg. Digital 328228.

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*

* Doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM y en la Universidad Panamericana. Autor de diversos libros, entre otros, *Derechos humanos y derechos de autor* (IIJ-UNAM), *Retransmisiones televisivas, derechos de autor y telecomunicaciones* (CEC-SCJN), *Introducción al derecho intelectual* (Porrúa), *Derechos de autor y habitaciones de hotel* (UNAM).

Sumario: A. Introducción; B. Antecedentes del caso: un problema de signos genéricos y vulgarización de marcas; I. Los signos genéricos; II. La vulgarización de marcas; III. El caso; C. La tortuosa evolución del uso del principio de proporcionalidad por la Suprema Corte en los casos de propiedad intelectual; D. Fundamentos constitucionales de la propiedad intelectual, con especial referencia a las marcas; I. Fundamento constitucional de los derechos de autor y derechos conexos; II. Fundamento constitucional de las patentes y otras creaciones industriales; III. Fundamento constitucional de las marcas y otros signos distintivos; E. Incorrecta fundamentación constitucional de las marcas en la sentencia; F. Deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en la sentencia; I. Idoneidad; II. Necesidad; III. ¿Y la ponderación?.

A. Introducción

El principio de proporcionalidad es una herramienta indispensable en la jurisdicción constitucional moderna y, en especial, es muy útil para resolver muchas controversias en materia de propiedad intelectual que involucran cuestiones constitucionales.

Sin embargo, al día de hoy, la aplicación que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) del principio de proporcionalidad en temas de propiedad intelectual ha sido poco afortunada, lo que se agrava en asuntos de marcas, en los que el Máximo Tribunal ha sido incapaz de articular una doctrina constitucional coherente respecto de estos signos distintivos, sin siquiera poder determinar con acierto las bases constitucionales que rigen la materia.

Esto plantea diversas clases de problemas. De entrada, después de varios años, la SCJN ya debería manejar con soltura el principio de proporcionalidad, pero éste le sigue siendo problemático, en particular tratándose de propiedad intelectual. Pero, además, los litigios de marcas suelen

ser muy técnicos desde el punto de vista de la materia misma, y cada vez serán más complejos y sofisticados, pues nuestra legislación contempla ahora figuras muy refinadas y complicadas, que son propicias para contiendas jurisdiccionales (incluso en sede constitucional) que requieren una sólida argumentación jurídica, como sucede con las marcas atípicas o no tradicionales (olores, sonidos, sabores, *trade dress*, etcétera), la doctrina del *secondary meaning*, el concepto jurídico indeterminado de "registro de mala fe", la permisión de marcas altisonantes u ofensivas, entre otros.

El caso que analizamos en el presente estudio, el amparo directo en revisión 6889/2016, nos permite evidenciar estas dos debilidades de la SCJN, y las correspondientes áreas de oportunidad, para mejorar las sentencias de nuestro tribunal constitucional en materia de marcas, sobre todo, a la luz de las probables impugnaciones constitucionales que, sobre diversos temas, traerá la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de 2020.

Por la razón anterior, el presente estudio se limitará a analizar la sentencia de la SCJN únicamente en lo que se refiere a la utilización del principio de proporcionalidad (y el presupuesto lógico de éste: las bases constitucionales de la propiedad intelectual), para poder así demostrar los dos problemas recurrentes que hemos detectado en las sentencias de la Corte.

B. Antecedentes del caso: un problema de signos genéricos y vulgarización de marcas

El litigio resuelto por la SCJN (conocido como el caso *Polo*) toca dos temas muy interesantes e interrelacionados: los signos genéricos y la vulgarización de marcas,[1] por lo que con el fin de comprender a cabalidad

[1] También aborda el tema de los signos descriptivos, pero este no era el *quid* del litigio, sino que se abordó como consecuencia de los (incorrectos) planteamientos de las partes en juicio, al no ser una verdadera controversia sobre signos descriptivos (sin embargo, para quien esté poco familiarizado con el derecho marcario, es común confundir los signos descriptivos con los signos genéricos).

el litigio de fondo y los planteamientos acerca de los cuales tuvieron que pronunciarse las autoridades jurisdiccionales involucradas, comenzaremos con una breve explicación de esas figuras del derecho de marcas.

I. Los signos genéricos

Cuando hablamos de "signos genéricos", nos encontramos frente a una prohibición básica de registro de marcas, es decir, prácticamente todas las leyes de marcas, a lo largo del mundo, prohíben que se registren los signos genéricos.

El artículo 90, fracción II, de la anterior Ley de la Propiedad Industrial (LPI), conforme con la que se resolvió el litigio,[2] señalaba que no eran registrables como marca los nombres técnicos, comerciales o corrientes de los productos o servicios, a los que se llama "signos genéricos o habituales".

Por ejemplo, no es registrable la palabra *manzana* para identificar manzanas, pues esa es la denominación usual del producto. Lo mismo podemos decir de "H_2O" o "agua", para identificar tal líquido. Además de que son signos habituales que carecen de *distintividad* (criterio básico de protección), está prohibición existe en virtud de que sería injusto para todos los competidores en cierto ramo que uno de ellos monopolizara el nombre del producto que comercializan y le impidiera al resto su uso, lo que además es una ventaja indebida, que poco ayuda a la transparencia del mercado y a la tutela de los intereses de los consumidores (De la Parra, 2014, pp. 178-179).

Nótese que estamos ante una regulación que aplica cuando el signo es ya genérico al momento de solicitarse la inscripción, a diferencia de la vulgarización, sobre la que hablamos a continuación.

[2] Dicha prohibición ahora está regulada en la fracción I del artículo 173 de la nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial.

II. La vulgarización de marcas

Aquí nos encontramos frente a un tema de cancelación del registro, es decir, cuando una inscripción válidamente concedida deja de perder efectos por determinación del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI).

La vulgarización de la marca se presenta cuando un signo, originalmente distintivo, se convierte en un signo genérico (la denominación del producto o servicio), y pierde su distintividad. A nivel comparativo, existen dos sistemas de caducidad por vulgarización de la marca: el objetivo y el subjetivo. En el primero la protección marcaria desaparece por el mero hecho de que los consumidores la usen para designar genéricamente a los productos o servicios. En cambio, en el sistema subjetivo (también llamado mixto por algunos autores) se requiere, además, que el titular de la marca haya ocasionado o tolerado esa conversión a genérico.

Nuestra legislación se decanta por el sistema subjetivo, que es el más benigno con el titular. Aunque la ley la contempla como una causal de "cancelación" del registro, se trata, en realidad, de una causal de "caducidad" (*decadenza per volgarizzazione*, dirían los italianos), porque en el titular de la marca recae la responsabilidad de cuidar el derecho que le fue concedido, por lo que debe ejercer su derecho exclusivo en forma tal que no genere la vulgarización de la marca (De la Parra, 2014, p. 214).

Con estos conceptos básicos establecidos, ahora sí podemos adentrarnos a la litis planteada ante la SCJN.

III. El caso

El asunto materia del litigio que resolvió la SCJN versó acerca de los registros de la conocida marca Polo para identificar, principalmente, prendas de vestir.

Como consecuencia de una serie de procedimientos jurisdiccionales de nulidad y cancelación de marcas, el IMPI tuvo que pronunciarse sobre si

el signo Polo era o no genérico al momento de inscribirse (y, por ende, si su inscripción era o no nula), o si se había convertido en genérico después del registro (y, por ende, si debía o no cancelarse la inscripción por vulgarización del signo).

El argumento central del empresario que pretendía la desaparición de los registros era que la expresión "polo" resultaba una designación usual o nombre común de cierta clase playeras con cuello (y no sólo de aquella que ostentaba esa marca).

El IMPI no concedió tal pretensión, negó el carácter genérico de la expresión "polo" y confirmó la validez y vigencia de los registros. Tal resolución fue confirmada por la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del entonces llamado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, así como por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y, eventualmente, por la SCJN en los puntos constitucionales.

Precisamente, como parte del *iter* impugnativo, el afectado por las resoluciones solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las fracciones II (prohibición de registro de signos genéricos) y IV (prohibición de registro de signos descriptivos[3]) del artículo 90 y el artículo 153 (cancelación del registro por conversión en genérico) todos de la LPI.

Fueron varios los temas de constitucionalidad sobre los que se tuvo que pronunciar la SCJN (algunos planteamientos del actor fueron tan absurdos, como exigir que la ley dijera que es obligatorio consultar diccionarios para interpretarla o como otorgarle el carácter de norma suprema a documentos de un comité de trabajo de la Organización Mundial de la

[3] La litis versó, en esencia, acerca del supuesto carácter genérico del signo "polo" (y sus posibles consecuencias: nulidad o caducidad del registro), sin embargo, el quejoso, al pedir la inconstitucionalidad de las normas, también señaló la prohibición de registro de signos descriptivos, que son aquellos que aluden a las características de los productos o servicios (y no a su nombre, lo que los distingue de los signos genéricos).

Propiedad Intelectual), pero sólo nos centraremos en los atinentes al principio de proporcionalidad, como ya dijimos.

C. La tortuosa evolución del uso del principio de proporcionalidad por la Suprema Corte en los casos de propiedad intelectual

Quien esté familiarizado con el estudio de la propiedad intelectual desde una perspectiva constitucional (lo que se puede identificar como análisis constitucional de la propiedad intelectual[4]), no debe sorprenderse de que ésta sea una disciplina fértil para la utilización del principio de proporcionalidad,[5] en ocasiones, de forma exitosa.[6] Y reflejo de ello es que en más de 15 años de aplicarlo nuestra SCJN tiene en su haber varios asuntos de propiedad intelectual en los que aplicó el principio de proporcionalidad, y aunque hay sentencias afortunadas (como el caso *Alestra* al que nos referiremos más adelante), el saldo final no es positivo.

El primer caso de propiedad intelectual en el que la SCJN realizó un test de proporcionalidad data de 2005 (época en la cual la Primera Sala apenas comenzaba a aplicar ese principio a asuntos de igualdad y no discriminación), y consistió en el cuestionamiento de la constitucionalidad del artículo 223, fracción III, de la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), que prohíbe ser árbitro en materia de derechos de autor a quien haya prestado servicios a una sociedad de gestión colectiva. El asunto fue turnado al ministro José Ramón Cossío, quien elaboró un proyecto de

[4] Más detalles sobre esto en De la Parra (2011, pp. 1-6).

[5] *Cfr*., con especial atención a la propiedad industrial, Jalife (2014, pp. 60-61).

[6] Por ejemplo, los criterios de tribunales colegiados de circuito que señalan que para equilibrar el derecho a la salud y las patentes, el IMPI debe hacer un examen de proporcionalidad antes de conceder una medida cautelar en la que se impida la circulación de medicamentos. *Cfr*. "MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. PARA ANALIZAR LA NATURALEZA DE LA VIOLACIÓN ALEGADA POR QUIEN LAS SOLICITA Y DETERMINAR SI PROCEDE CONCEDERLAS, DEBE EMPLEARSE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, SIEMPRE Y CUANDO CONCURRAN LOS REQUISITOS LEGALES", Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Tesis I.4o.A.751 A (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, mayo de 2011, p. 1220, reg. digital 162084.

sentencia concediendo el amparo y declarando inconstitucional la norma, por afectar de forma desproporcionada la libertad de ocupación prevista en el artículo 5 de la carta magna. La consulta obtuvo tres votos en contra y se returnó el expediente al ministro Juan N. Silva Meza. En la sentencia, la Primera Sala negó el amparo por considerar que la limitación a la libertad de ocupación de los abogados perseguía un fin constitucionalmente válido: garantizar la equidad procesal en los arbitrajes (amparo en revisión 1110/2005).

Dicha sentencia fue ampliamente criticada, pues su principal defecto es que no hizo el test completo de proporcionalidad, limitándose a constatar la existencia de una finalidad constitucionalmente válida. Ese examen parcial fue reprochado por el ministro Cossío, quien en su voto particular apuntó que el verdadero problema de inconstitucionalidad se apreciaba hasta la etapa de necesidad, pues el mismo fin constitucionalmente válido podía conseguirse con otras medidas legislativas menos gravosas con la libertad de ocupación de los abogados que quisieran ser árbitros (por ejemplo, un sistema de impedimentos, excusas y recusaciones, en lugar de una prohibición absoluta a ser árbitro).[7]

Otro asunto de proporcionalidad y propiedad intelectual fue el conocido caso *Diego Pérez* (amparo directo en revisión 1121/2007), en el que la SCJN exigió el agotar el procedimiento de infracción administrativa ante el IMPI antes de poder ejercer acciones civiles en materia de derechos de autor; sentencia fuertemente criticada en la doctrina (Rangel Ortiz, 2010, p. 763; Athié Cervantes, 2011, pp. 31-33; Cossío Díaz, 2013, pp. 146-149, por ejemplo), al grado de que muchos cuestionaron si era la peor resolución de la SCJN hasta entonces (Sánchez Gil, 2010, pp. 380 y ss.). El saldo de tan polémico asunto fue que la propia Primera Sala abandonó ese criterio pocos años después en el caso *Alessandi I* (amparo directo 49/2013), que el legislador tuviera que reformar el artículo

[7] *Cfr*. el voto particular de dicho ministro, que también fue publicado en el ámbito académico (Cossío, 2006).

213 de la LFDA para anular la interpretación de la SCJN,[8] y que en la nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial se terminara, de una vez por todas, con la línea argumentativa usada por la SCJN en *Diego Pérez* (artículo 396, fracción II), y de paso darle el tiro de gracia a la jurisprudencia germinal de esa línea argumentativa, que tantos problemas y daño ocasionó a litigio de propiedad intelectual (jurisprudencia 1a./J. 13/2004).[9]

En el caso *Diego Pérez,* la SCJN determinó que era perfectamente constitucional retardar el acceso a la jurisdicción civil hasta que no quedara firme una resolución administrativa. Y al hacer el análisis de proporcionalidad de esa medida, aunque la sentencia se refiere formalmente a los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación, no realizó, en realidad, el correcto test que corresponde a cada una de tales etapas, sino que se limitó "a dar respuesta" a los planteamientos del quejoso con base a la estructura del principio de proporcionalidad, pero sin hacer un verdadero análisis de ese tipo.[10]

Por el contrario, la Primera Sala aplicó con mejor resultado el principio de proporcionalidad a un caso en el que se cuestionó la constitucionalidad del régimen de legitimación procesal diferenciado a favor de las

[8] En 2013 se le agregó el siguiente texto a tal disposición: "Para el ejercicio de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones".

[9] "PROPIEDAD INDUSTRIAL. ES NECESARIA UNA PREVIA DECLARACIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS", Primera Sala, Tesis 1a./J. 13/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, p. 365, reg. digital 181491.

[10] "A nuestros ojos lo que sucedió en el caso 'Diego Pérez' fue lo siguiente: la Suprema Corte buscó aplicar mecánicamente un precedente que ya había establecido en materia de propiedad industrial, por la afinidad de ésta con la autoral. (…) resuelto este designio, su estudio de los agravios del quejoso no fue más que un trámite formal, incluido su supuesto 'examen de proporcionalidad' relativo a la 'tutela judicial efectiva', dirigido por la intención de adecuarlo a la solución previamente determinada. (…) Lo peor del caso, según nos parece, es que por incomprensión o por el designio antes expuesto, la Suprema Corte utilizó el principio de proporcionalidad como *instrumento para 'justificar' un menoscabo al acceso a la jurisdicción*, cuando en realidad se trata de un concepto establecido para servir a la máxima eficacia de los derechos fundamentales" (Sánchez Gil, 2010, p. 399) (cursivas añadidas).

sociedades de gestión colectiva (amparo en revisión 11/2010). En dicho asunto, la SCJN declaró que ese régimen especial cumple el subprincipio de idoneidad, ya que tiene un fin constitucionalmente válido, que es el de proteger eficazmente los derechos de autor y garantizar su ejercicio (artículo 28 de la Constitución). Nuestro Máximo Tribunal también consideró aprobado el requisito de necesidad, en tanto que es un medio apto para lograr ese fin constitucional, pues la falta de un régimen especial para las sociedades de gestión haría nugatorios los derechos de autor. Finalmente, la Primera Sala estimó que se satisfacía la máxima parcial de proporcionalidad en estricto sentido, dado que las sociedades de gestión colectiva sólo tienen una presunción *iuris tantum* de representación de los autores de su rama, la cual puede ser desvirtuada por la contraparte mediante prueba en sentido diverso.[11]

Si bien este tercer caso fue más afortunado desde un punto de vista argumentativo y en cuanto al sentido de la resolución, la Primera Sala siguió cometiendo errores técnicos al aplicar cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

Curiosamente, el que hubiera sido el primer caso en el que la Primera Sala utilizaba con total corrección el principio de proporcionalidad (incluso, de manera ejemplar) fue un proyecto del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena que no prosperó. Fue el primero (amparo en revisión 1216/2015) de una infinidad de amparos en revisión que llegaron a la SCJN solicitando la inconstitucionalidad de la fracción VIII del artículo 148 de la LFDA (disposición que implementó incorrectamente el Tratado de Marrakech[12]). Las irregularidades constitucionales de este texto

[11] "SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA. UNA VEZ OBTENIDA SU AUTORIZACIÓN PARA OPERAR COMO TALES POR EL INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR, SE CREA UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DE LEGITIMACIÓN A SU FAVOR RESPECTO DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS AUTORES Y TITULARIDAD DEL REPERTORIO QUE ADMINISTRA PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS", Primera Sala, Tesis: 1a. XXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 628, reg. digital 162699.

[12] Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, de 2013.

legal fueron reconocidas por propios y extraños, la diferencia fue el hecho de que la Segunda Sala, primero (por unanimidad), y la Primera Sala después (por mayoría de tres votos), resolvieron el problema acudiendo a la interpretación conforme (la Segunda Sala sentó una jurisprudencia al respecto),[13] mientras que el ministro Gutiérrez Ortiz Mena proponía la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma.

El proyecto partía de la base de que la fracción VIII del artículo 148 de la LFDA, aunque buscaba un fin legítimo (facilitar el acceso a la cultura para las personas con discapacidad), podía tener un efecto expropiatorio de los derechos de autor y, por ende, afectar la tutela constitucional brindada a los creadores en virtud del artículo 27 de la ley suprema, de manera que proponía que, en esos casos siempre se debía hacer un análisis de proporcionalidad,[14] concluyendo que la norma legal no pasaba la prueba de necesidad, por existir medidas alternas menos gravosas con los derechos de autor para lograr el acceso la cultura de las personas con discapacidad (por ejemplo, limitar la norma sólo a las versiones de las obras en "formatos accesibles" para las personas con discapacidad, y no dejarla en términos amplios para aplicarse también a los formatos originales de las obras).

Hubiera sido deseable que el proyecto del ministro Gutiérrez Ortiz Mena prosperara, pues no sólo hacía un correcto examen de proporcionalidad de la norma autoral, sino que también analizaba la disposición impugnada desde la perspectiva de la llamada "regla de los tres pasos",[15] test aplicable para determinar la validez de una restricción legislativa a los

[13] "DERECHO DE AUTOR. EL ARTÍCULO 148, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLA LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD Y DE AUTOR, NI ES INCONVENCIONAL", Segunda Sala, Tesis: 2a./J. 83/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 32, julio de 2016, t. I, p. 454, reg. digital 2012058.

[14] En la versión pública del proyecto (publicada en el sitio web de la SCJN antes de la sesión de la Primera Sala) se decía: "las normas que imponen modalidades a la propiedad deben sustentar la razonabilidad de la medida, en función del fin buscado, la necesidad y la proporcionalidad; ya que sólo de ese modo será posible evitar la existencia de actos regulatorios arbitrarios".

[15] Prevista en los artículos 9.2 del Convenio de Berna y 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, entre muchos otros acuerdos internacionales (siendo el más reciente el T-MEC).

derechos de explotación de los autores, y que para algunos (Sentfleben, 2004, p. 226) es una especie o variación del principio de proporcionalidad aplicado al derecho autoral (el tercer paso es una verdadera ponderación).

Como se aprecia, cuando se trata de propiedad intelectual, la Primera Sala no ha sido muy exitosa al aplicar el principio de proporcionalidad. Por el contrario, la Segunda Sala ha corrido con mejor fortuna al echar mano del principio de proporcionalidad en materia de propiedad intelectual.

En efecto, en el famoso caso *Alestra* (amparo en revisión 1/2017) la Segunda Sala determinó que una medida cautelar concedida por el IMPI en la que se bloqueaba en su totalidad el acceso a un sitio web que contenía obras musicales violaba el principio de proporcionalidad. Esto en atención a que sólo se había demostrado la titularidad de derechos intelectuales sobre algunas cuantas obras disponibles en el sitio web, por lo que lo proporcional hubiera sido bloquear sólo el acceso a las obras concretas materia de la reclamación, no al sitio web en su totalidad, mismo que albergaba muchas otras obras que no fueron objeto de la demanda y respecto de las que se desconocía su estatus jurídico.[16]

Consideramos afortunado el criterio de la SCJN por la forma tan correcta en que aplicó el principio de proporcionalidad, tema sobre el que nos habíamos pronunciado previamente (De la Parra, 2016, pp. 221-222).

D. Fundamentos constitucionales de la propiedad intelectual, con especial referencia a las marcas

Aunque a veces se suele hablar de propiedad intelectual, en general, no se debe pasar por alto que se trata de una disciplina que se integra por las

[16] "LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN EJERCIDAS A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). RESTRICCIONES PERMISIBLES", Segunda Sala, Tesis 2a. CV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 43, junio de 2017, t. II, p. 1439, reg. digital 2014519.

más disímbolas materias, muchas de las cuales tienen funciones y principios bien diferentes. En particular, las tres grandes figuras de la propiedad intelectual son: las patentes (y demás creaciones industriales, como los modelos de utilidad y los diseños industriales); marcas (y demás signos distintivos, como los avisos comerciales y las denominaciones de origen), y los derechos de autor (y demás figuras relacionadas, como los derechos conexos, las reservas de derechos, etcétera).

Pretender darles el mismo tratamiento a todas esas figuras, o entenderlas bajo el mismo fundamento constitucional, no sólo es hacer una simplificación, sino también incurrir en un error.

En virtud de lo anterior, a continuación se exponen los fundamentos constitucionales de la propiedad intelectual,[17] y se establecen por separado los diferentes fundamentos de los derechos de autor, las patentes y las marcas.

I. Fundamento constitucional de los derechos de autor y derechos conexos

El punto de partida para estudiar el fundamento normativo de los derechos de autor, es la llamada "cláusula constitucional de propiedad intelectual", que no es otra más que el párrafo décimo del artículo 28 constitucional, el cual dice:

> Artículo 28.- (…)
>
> (…)
>
> Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

[17] Parte de lo aquí explicado ya se publicó previamente en Ferrer Mac-Gregor (2016).

El texto original de 1917 hablaba de "reproducción" en lugar de "producción" (cambio que se introdujo por el órgano reformador de la Constitución en 1982), en una clara alusión al derecho de autor por antonomasia (y, primero, históricamente hablando): el derecho de reproducción.[18]

No es secreto que nuestra cláusula constitucional de propiedad intelectual está influenciada por su homóloga de la Constitución de los Estados Unidos de América,[19] que, por cierto, fue la primera carta magna del mundo en aludir a los derechos de propiedad intelectual.

Ahora bien, cuando nuestro artículo 28 constitucional habla de "autores" sienta las bases para la protección a los derechos de autor; mientras que la alusión a los "artistas" es una referencia a los derechos conexos de artistas intérpretes o ejecutantes.[20] Además, de dicha disposición podemos obtener unos parámetros normativos mínimos que debe respetar el legislador ordinario al regular los derechos de autor:

1. La protección debe concederse *directamente* a los autores.

2. Se les deben conceder "privilegios", palabra anacrónica que históricamente podríamos asimilar al derecho de explotación, pero que, a través de una interpretación evolutiva, puede incluir otro tipo de estímulos a los autores (por ejemplo, derechos de remuneración, derechos morales, apoyos económicos, beneficios fiscales, etcétera), de forma que en la Constitución no hay un mandato de que todo derecho de autor que se

[18] *Cfr*. el artículo 27, fracción I, de la Ley Federal del Derecho de Autor.
[19] Su artículo II, sección 8, párrafo octavo, establece que es facultad del Congreso de ese país: "*To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*".
[20] Si bien no es descabellada la interpretación de que la referencia a los artistas era una alusión a los autores plásticos, y no a los artistas intérpretes o ejecutantes (máxime que en 1917 todavía no se había generado jurídicamente el concepto de "artista" como titular de derechos conexos, que tendría su punto de quiebre en la Convención de Roma), se trata de una interpretación histórica, que no permite una interpretación más actual de la Constitución (evolutiva) y contraria al significado contemporáneo del concepto *artista* en el derecho intelectual.

conceda deba ser un derecho de explotación,[21] antes, al contrario, la ley suprema da libertad al legislador para elegir qué clase de privilegios otorgará a los autores.[22]

3. Los privilegios deben ser temporales.

4. Tales privilegios no deben considerarse jurídicamente monopolios, si es que llegan a ser exclusivos. Esto implica un deber constitucional a cargo del legislador de que, cuando expida normas de defensa de la competencia, no califique como monopolios o prácticas anticompetitivas a los derechos de autor ni a su normal ejercicio.

Empero, el fundamento constitucional en materia de derechos de autor y figuras relacionadas no se limita al artículo 28. Veamos.

No es raro encontrar fundamento de los derechos de autor en el derecho a la información (versión moderna de la libertad de expresión), como desde hace tiempo lo hizo Kant; por ende, los artículos 6 y 7 constitucionales sirven como apoyo a los derechos de autor, al grado de que, muchas veces, la violación a un derecho de autor se traduce también en infracción al derecho a la información; postura que ha sido expuesta por la SCJN, tanto por su Pleno (contradicción de tesis 25/2005) como por su Primera Sala (amparo directo 11/2011).[23]

Por la misma razón, en el parámetro de regularidad constitucional los derechos de autor también tienen soporte en los artículos 13 de la Con-

[21] En este sentido se ha pronunciado el Pleno de nuestra SCJN, al señalar que los privilegios previstos en el artículo 28 constitucional "pueden ser de carácter moral o patrimonial" (contradicción de tesis 25/2005, p. 17). En igual tenor se ha pronunciado la Primera Sala de ese tribunal, en el amparo directo 11/2011, p. 131.

[22] En realidad, el alcance de dicha norma constitucional es que si el legislador en su momento decide otorgar derechos exclusivos a los autores (entre otros "privilegios"), tales derechos no deben considerarse monopolios desde un punto de vista jurídico, mas no hay un mandato constitucional de que todo derecho de autor debe ser exclusivo.

[23] Para más detalles sobre las interacciones entre derechos de autor y derecho a la información, *cfr*. De la Parra (2010).

vención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otras disposiciones internacionales que protegen la llamada libertad de expresión.

Los derechos de autor también encuentran sustento iusfundamental en el derecho a la cultura (Del Corral, 2005). A tal grado es la cercanía de este derecho humano con los derechos de autor, que los principales convenios en materia de derechos humanos, al regular el derecho a la cultura, invariablemente hacen referencia a la protección de los intereses morales y materiales de los autores, como se puede apreciar, por ejemplo, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Por lo tanto, los derechos de autor tienen fundamento en el artículo 4 constitucional, que desde la reforma de 2009 reconoce expresamente el derecho a la cultura. Precisamente en el referido amparo directo 11/2011, la Primera Sala de la SCJN determinó que, por lo general, una violación a los derechos de autor se traduce en una infracción al derecho a la cultura (sólo en caso en que ambos derechos se contrapongan, debe acudirse a una ponderación).

Muy cercano al derecho a la cultura está el derecho a la educación, por lo que muchos ven en este derecho un sustento adicional a los derechos de autor, como nos demuestra el constitucionalismo de los Estados Unidos de América, en donde la protección a las obras se enfocó mucho en mejorar la educación en ese país, al grado de que muchas de las primeras creaciones protegidas fueron libros de texto. De manera que puede sumarse el artículo 3 constitucional al catálogo de derechos que sustentan los derechos autorales,[24] así como el artículo 13 del PIDESC.

[24] Incluso, antes de la creación de la Secretaría de Cultura las autoridades administrativas en materia de derechos de autor estaban ubicadas en la Secretaría de Educación Pública.

En últimos tiempos ha estado en boga en tribunales constitucionales e internacionales de derechos humanos encontrar fundamento de los derechos de autor (al menos de los de explotación) en el derecho a la propiedad. Por ejemplo, ésta ha sido una postura de la Segunda Sala de la SCJN consolidada en la línea jurisprudencial sentada a partir del amparo en revisión 1136/2015, y que también ha seguido la Primera Sala en varios casos, o que se puede encontrar en tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Balan v. Moldavia*. Dentro del sistema interamericano destaca la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fondo del caso *Palamara Iribarne v. Chile*.

Por lo tanto, el artículo 27 constitucional también proporciona soporte constitucional a los derechos de autor, lo cual no significa que éstos sean derechos reales de propiedad, sino que aquí debe darse una connotación amplia a la expresión "propiedad", como un sinónimo de cualquier pertenencia o posesión en sentido amplio. Pueden sumarse aquí los tratados de derechos humanos que protegen la propiedad, por ejemplo, el artículo 21 de la CADH.

Por la misma razón, hay quienes encuentran en el artículo 14 constitucional protección a los derechos de autor, dada la referencia a los derechos de las personas (Silva García y Silva Meza, 2009, p. 483).

Fuera de las disposiciones de derecho fundamental en la ley suprema, existen otros artículos constitucionales que aluden a los derechos de autor, en particular el artículo 73, fracción XXV, *in fine*: "Artículo 73.- El Congreso tiene facultad: (…) XXV.- (…) Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma;".

Con esta adición se pretendió culminar la polémica acerca del carácter federal o local de los derechos de autor (pues éstos, en esencia, se derivan del derecho civil, aunque en forma absurda muchos los ven como una

rama del derecho administrativo), dado que existieron quienes defendieron la inconstitucionalidad de las leyes federales en la materia, por considerar que el Congreso de la Unión carecía de competencia en este rubro.[25]

Con independencia del propósito de esa fracción, destaca que habla de derechos de autor "y otras figuras de propiedad intelectual relacionadas con la misma" materia, lo que es una alusión a las otras figuras que sin ser derechos de autor son reguladas por la LFDA, como los derechos conexos, las reservas de derechos, los diversos derechos *sui generis* (sobre las bases de datos, sobre el folclore, entre otros).

II. Fundamento constitucional de las patentes y otras creaciones industriales

Por lo que hace a la tutela constitucional de los derechos derivados de las creaciones industriales, también encontramos abundante el fundamento en la ley suprema.

En primer lugar, hay que referir nuestra mencionada cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo 28, párrafo décimo), que habla también de la protección a "inventores" y "perfeccionadores". Esto da cabida, desde luego, al sistema de patentes, pero también a otras formas de tutela de las creaciones industriales, como los modelos de utilidad, los ya extintos certificados de invención, los diseños industriales, las variedades vegetales, los esquemas de trazados de circuitos integrados, etcétera.

Lo anterior se traduce en una exigencia constitucional de derechos exclusivos que se limiten en cuanto a su plazo de protección (temporalidad), así como la existencia de la figura del dominio público.

[25] Para más detalles sobre el debate, *cfr*. Gutiérrez y González (1999, pp. 691 y ss.) y Magallón Ibarra (1990, pp. 612-638).

Muy vinculado con la protección a estas creaciones industriales se encuentra el artículo 89, fracción XXV, de la Constitución, el cual reza:

> Artículo 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:
>
> (…)
>
> XXV.- Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria.

Así, vemos que la Constitución faculta al presidente de la república para expedir las patentes, certificados de obtentor, certificados de modelos de utilidad, etcétera, sin embargo, entra a debate el carácter delegable o no de tal facultad, dado que en la actualidad las patentes las concede el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (organismo descentralizado con personalidad propia) y no el presidente, según dispuso el legislador ordinario en la LPI, primero, y luego en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de 2020.

Otra disposición constitucional que regula las creaciones industriales es el artículo 73, fracción XXIX-F, como se aprecia a continuación:

> Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:
>
> (…)
>
> XXIX-F.- Para expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

Esto es esclarecedor en cuanto a que el sistema de patentes (y, en general, la mayoría de las creaciones industriales) no debe perder de vista la

función constitucional de ser un aliciente para generar, difundir y aplicar conocimientos tecnológicos, con miras siempre al desarrollo nacional (función utilitarista); éstos son valores previstos en la Constitución que no pueden ser ignorados. Cuando la legislación en la materia comienza a producir los efectos contrarios, el sistema se alejará de su mandato constitucional (como aparentemente ha estado sucediendo en los últimos años, sobre todo en el sector farmacéutico).

Al igual que los derechos de autor, las patentes y demás creaciones industriales también encuentran su fundamento en el derecho humano a la propiedad (aunque aquí parecen justificarse modalidades más severas, como las licencias obligatorias) y, por ende, en el artículo 27 constitucional y en el 21 del Pacto de San José, entre otras disposiciones iusfundamentales relativas a la propiedad aplicables en México (se debe recordar que las patentes no son verdaderos derechos reales de propiedad). Por lo mismo, no sale sobrando una mención a la protección de los derechos, prevista en el artículo 14 de la Constitución.

Como ejemplo de la cobertura que el derecho a la propiedad brinda a las patentes, tenemos el caso *Smith Kline and French Laboratories Ltd. v. Netherlands*, resuelto por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el que se aplicó el artículo 1 del primer protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, para determinar que una patente estaba protegida por el derecho humano a la propiedad.

Por otro lado, incide también en esta materia el derecho a la información (artículo 6 constitucional), sobre todo, en las facultades de investigar y difundir información tecnológica.[26]

Desde luego, puede pensarse en fundamentos constitucionales adicionales para cimentar o modelar el sistema de patentes, por ejemplo, el

[26] Debe recordarse que el sistema de patentes tiene como una de sus funciones torales servir como fuente de información tecnológica de vanguardia, mediante un sistema de expedientes abiertos (a partir de cierto momento en el procedimiento).

derecho a la educación o el propio derecho a la cultura (que puede incidir en la tutela los beneficios de la ciencia y tecnología).

III. Fundamento constitucional de las marcas y otros signos distintivos

Éste es el tema más relevante para efectos de la sentencia que se analiza. La situación constitucional de las marcas es un poco diferente a la de los derechos de autor e, incluso, a la de las patentes. Esto es así, en virtud de que la cláusula constitucional de propiedad intelectual (artículo 28, párrafo décimo) no aplica para la protección de las marcas y otros signos distintivos.

En efecto, el artículo 28 sólo habla de autores, artistas, inventores y perfeccionadores, pero en ninguna parte se refiere a marcas, comerciantes, signos, empresarios, distintividad, etcétera. Esto no es un error del Constituyente (como algunos piensan) que pudiera corregirse con una interpretación extensiva. En realidad, la omisión de los signos distintivos en el artículo 28 tiene su razón de ser en la estructura y función del derecho de marcas.

De entrada, es cuestionable que la exclusividad derivada del derecho sobre la marca pueda calificarse como monopolio legal o monopolio tolerado (como sucede con las patentes y los derechos de autor), pues no concede a nadie la exclusividad o control sobre algún producto o servicio en concreto. Al contrario, las marcas son requisito ineludible para un mercado libre, en el que pueda identificarse fácilmente la oferta de cada uno de los participantes en el mercado.

Por lo mismo, la exclusividad en materia de marcas no tiene tantos costos sociales como la que pudiera derivarse de los derechos de autor y, sobre todo, de las patentes.

En consecuencia, al estar excluido del décimo párrafo del artículo 28 constitucional, el sistema de marcas no contempla la figura del dominio

público. De manera que una marca que pierda su protección (exclusividad) puede ser reprivatizada por el mismo titular o por cualquier otra persona; en cambio, en derechos de autor y en patentes, lo entrado al dominio público no puede salir de ahí ni reprivatizarse.

Otra diferencia esencial es que las marcas y otros signos distintivos no protegen la creatividad (como sí lo hacen los derechos de autor y las patentes), sino sólo la aptitud diferenciadora en el mercado, derive o no de un acto de creatividad.

Como consecuencia, el fundamento constitucional de las marcas no se encuentra en la cláusula constitucional de propiedad intelectual. Esto no es una anormalidad en la comparación jurídica; prueba de ello lo encontramos en el constitucionalismo de los Estados Unidos, que tanto influenció nuestras disposiciones constitucionales de propiedad intelectual.

Efectivamente, la referida cláusula constitucional de los Estados Unidos de América (artículo II, sección 8, párrafo octavo), se refiere al *copyright* y a las patentes, pero excluye conscientemente a las marcas. Lo anterior no representa irregularidad jurídica alguna, como explicó la Suprema Corte de ese país, según puede apreciarse en los famosos *trademark cases* de 1879,[27] en los que se explicó que las facultades del congreso federal para regular las marcas no derivan de la cláusula de propiedad intelectual, sino de la cláusula de comercio.[28]

En México sucede algo similar, pues el fundamento para regular las marcas se encuentra en el artículo 73, fracción X, de la Constitución: "Artículo 73.- El Congreso tiene facultad: (…) X.- Para legislar en toda la República sobre (…) comercio, (…)". De hecho, este tipo de criterio ya ha sido expresado también por nuestros tribunales.

---

[27] *United States v. Steffens, United States v. Wittemean*, y *United States v. Johnson*.

[28] Artículo II, sección 8, párrafo tercero, que regula los comercios exterior, interno interestatal y con las tribus indias. El comercio local lo regula la legislatura de cada estado, razón por la que hay marcas federales y marcas locales.

Asimismo, el derecho de marcas encuentra sustento en el llamado capítulo económico de la Constitución (artículos 25 a 28), en el que predominan la libre competencia y la propiedad privada (aunque con resabios de otras épocas de menor apertura económica). En una economía libre o mixta, al haber pluralidad de oferentes de un mismo producto o servicio, los consumidores deben contar con elementos para poder identificar la oferta de su elección, mientras que los empresarios tienen el derecho a marcar sus productos y servicios para disputarse la clientela con sus competidores.

Muy vinculado a lo anterior está la libertad de ocupación del artículo 5 constitucional, pues el verdadero y efectivo ejercicio de ese derecho fundamental pasa por la necesidad de las personas de poder distinguirse frente a sus competidores.

Al igual que sucede con las patentes y los derechos de autor, las marcas pueden encontrar bases iusfundamentales en el derecho a la propiedad, como ya ha reconocido la Segunda Sala de la SCJN, por ejemplo, en la contradicción de tesis 77/2000.

Sobre este tipo de construcciones argumentales, es muy conocido el caso *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que determinó que tanto las marcas como las solicitudes de registro de marca entran en el ámbito de la cláusula de propiedad del artículo 1 del primer protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Como consecuencia, las marcas también encuentran sustento en las disposiciones que regulan el derecho humano a la propiedad en el sistema jurídico mexicano, tales como el artículo 27 de la Constitución o el 21 de la CADH.

Otro fundamento del derecho de marcas (muy sólido, a nuestro entender, pero apenas explorado) es la libertad de expresión, es decir, el moderno

derecho a la información. Esto en virtud de que las marcas son instrumentos por virtud de los cuales los empresarios se comunican con los consumidores; los signos distintivos son portadores de mensajes.[29] Tan es así que es común que la legislación comparada impida el registro y niegue protección a signos que engañen al público, confundan a los consumidores, transmitan mensajes insidiosos o, incluso, impidan a otros empresarios comunicar su oferta privándoles de palabras de uso común (como los signos genéricos o los descriptivos).[30]

Debe tenerse presente que el sistema de marcas busca la transparencia del mercado y una informada toma de decisiones por parte de los consumidores, por lo que no puede desconocerse el impacto que los artículos 6 y 7 constitucionales tienen en el derecho de marcas, así como los artículos 13 del Pacto de San José y 19 del PIDCP.[31]

Inclusive, en tiempos recientes la Primera Sala de la SCJN ha reconocido que el discurso comercial (en el que es posible incluir a las marcas y otros signos distintivos) está amparado por la libertad de expresión, como se puede apreciar.

E. Incorrecta fundamentación constitucional de las marcas en la sentencia

Una vez explicados los fundamentos constitucionales de las principales figuras de la propiedad intelectual, y en especial de las marcas, comencemos el estudio de la argumentación jurídica materia de la sentencia materia del presente comentario.

Al momento de analizar el agravio sobre la supuesta transgresión al principio de igualdad jurídica que se imputaba a la LPI en la demanda

[29] Esto encuentra su clara expresión en las teorías de las funciones de las marcas.
[30] *Cfr*. el artículo 90 de la LPI.
[31] *Cfr*. Griffiths, 2008, pp. 309 y ss.

de amparo (tercer agravio), la Primera Sala de la SCJN determinó lo siguiente en la sentencia materia del presente análisis:

> 203. Ahora bien, los jueces constitucionales sí pueden establecer cuál es el fundamento constitucional para la emisión de una determinada ley con independencia de que el legislador democrático lo haya o no expuesto, a efecto de precisar si este último tiene o no competencia para expedir un acto legislativo que incida en una materia determinada.
>
> 204. En efecto, sería ocioso ejercer el control de regularidad constitucional sí el órgano jurisdiccional respectivo no pudiera determinar, en primer lugar, cuál es su referente normativo para establecer si una determinada ley fue emitida o no en ejercicio de una competencia constitucional predeterminada.
>
> 205. En el caso, el referente normativo para establecer la competencia legislativa del Congreso de la Unión lo encontramos en el *artículo 73* de la Constitución Federal, mismo que establece un conjunto de facultades a favor de dicho órgano estatal, de entre las cuales importa destacar, para efectos de esta resolución, la prevista en las (sic) *fracción XXV*, en la que se advierte con claridad la competencia constitucional del Poder Legislativo Federal *para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma, dentro de la cual se encuentran las marcas* (cursivas añadidas).

Así, la SCJN interpretó (y no por única vez) que la expresión "otras figuras de la propiedad intelectual" relacionadas con los derechos de autor daba cabida a las marcas y otros derechos en materia de propiedad industrial.

Esto en un serio error, pues, como se explicó en el apartado previo, ni el décimo párrafo del artículo 28 ni mucho menos la fracción XXV del artículo 73, ambos de la Constitución, son el sustento para la regulación jurídica de las marcas.

La SCJN incurrió en una simplificación extrema, pues si, según su criterio, las marcas y los derechos de autor forman parte de la propiedad intelectual, luego entonces están relacionadas entre sí.

Con esto, nuestro tribunal constitucional pasa por alto la enorme diferencia que hay entre la propiedad industrial y los derechos de autor, que impiden una inmediata y cómoda asimilación (Lipszyc, 1993, pp. 12-18; De la Parra, 2014, pp. 8-11), pues salvo que protegen bienes intangibles, el derecho de marcas no tiene nada en común con los derechos de autor. Son figuras muy diferentes entre sí.

Además, cuando la fracción XXV del artículo 73 constitucional habla de las "otras figuras de la propiedad intelectual" relacionadas con los derechos de autor, *se* refiere a los derechos conexos, reservas de derechos, el derecho *sui géneris* sobre las bases de datos, etcétera; mas no así a la propiedad industrial (como las patentes y las marcas), que aunque también son figuras de la propiedad intelectual, su relación con los derechos de autor es muy tenue o inexistente, máxime que la propiedad industrial no es una disciplina cuyo objetivo sea promover y proteger la cultura, que es la ratio de los derechos de autor y sus figuras relacionadas (es decir, lo regulado por la Ley Federal del Derecho de Autor).

Esto se puede corroborar con la exposición de motivos a la reforma que añadió el referido texto a la fracción XXV, y cuyo propósito fue terminar el debate sobre la supuesta inconstitucionalidad de las leyes autorales con base a que la materia no era federal y, por ende, al argumento de que el Congreso de la Unión carecía de facultades para regular los derechos de autor y demás figuras relacionadas que aparecen en los ordenamientos jurídicos de derecho autoral.

Además, dicha modificación se dio en el contexto de la reforma cultural de 2009, por virtud de la cual se expresó el derecho a la cultura como derecho constitucional (vid. la modificación al artículo 4 de la Constitución en dicho decreto).

Más adelante en la sentencia, la SCJN añade lo siguiente al fundamento constitucional de las marcas:

> 219. Las marcas forman parte del derecho de propiedad intelectual y si bien no hay un artículo constitucional que expresamente refiera a las marcas, estas cuentan con protección constitucional desde diversos artículos como el 28, noveno párrafo, al establecer que "tampoco constituyen monopolio los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora". Lo anterior, pues si bien no hace referencia a signos distintivos ello atiende a que la protección de una marca no crea de ningún modo un monopolio sino que otorga el uso exclusivo de un signo distintivo para que los consumidores puedan ejercer sus libertades comerciales.
>
> 220. Al respecto, esta Primera Sala ya se ha pronunciado en torno al derecho de protección a los intereses del consumidor, reconocido en el artículo 28, párrafo tercero, de la Constitución Federal, cuyo objeto es contrarrestar las asimetrías que puedan presentarse entre las partes de una relación de consumo y proporciona a aquél los medios y la protección legal necesarios para, entre otros fines, el mejor cuidado de sus intereses ante posibles situaciones desventajosas. En ese sentido, la fracción III del artículo 2 Ley de la Propiedad Industrial establece como objeto, entre otros, propiciar e impulsar el mejoramiento de la calidad de los bienes y servicios en la industria y en el comercio, conforme a los intereses de los consumidores.

De nueva cuenta sale a la luz la indebida fundamentación, pues el artículo 28 constitucional no es una disposición que regule las marcas. Ya explicamos que su ausencia en esa disposición tiene una razón de ser muy concreta: a diferencia de los derechos de autor y las patentes, las marcas no crean monopolios y, por ende, su protección no debe estar temporalmente limitada, pues en materia de marcas no existe ni se necesita la figura del dominio público.

La SCJN obvió el diseño jurídico del décimo párrafo del artículo 28 constitucional y la razón de ser por la que, desde el constitucionalismo estadunidense, se decidió no incluir ahí a las marcas.

Peor aun resulta invocar la finalidad de tutela de los consumidores en el artículo 2 de la LPI, pues la nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial ya no contempla una disposición semejante. Simplemente, la SCJN eligió mal el camino por dónde transitar.

F. Deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en la sentencia

Ahora bien, si la SCJN yerra en el fundamento constitucional de las marcas, no es de extrañar que el análisis de proporcionalidad también presente algunos defectos, sobre todo si se toma en cuenta que, como parte de ese test, deben analizarse la existencia y el alcance de fines constitucionales.

Comienza la Primera Sala señalando en la sentencia que el principio de proporcionalidad no sólo aplica en casos de igualdad, sino que puede usarse respecto de cualquier tipo de derechos humanos. Esto es obvio, pues si bien los primeros casos en los que la SCJN echó mano del principio de proporcionalidad fueron en materia de igualdad, su práctica ha demostrado su aplicación en varios otros, incluidos los relativos a propiedad intelectual, como ya hemos visto.

Prosigue la Primera Sala haciendo el análisis de proporcionalidad conforme a un modelo que podríamos calificar de ortodoxo, al dividir el estudio en los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que existe consenso doctrinal en que el principio de proporcionalidad está integrado por esos tres subprincipios o máximas parciales (Alexy, 2002, pp. 111-112; Bernal Pulido, 2005, p. 30; Brage, 2004, pp. 220, 233 y 415; Sánchez Gil, 2007, p. 1):

a) idoneidad, *b)* necesidad, y *c)* ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto).

Veamos si la SCJN aplicó correctamente cada subprincipio al caso concreto materia de este comentario o, por el contrario, si su análisis de proporcionalidad fue deficiente.

I. Idoneidad

El subprincipio de idoneidad o adecuación establece que toda intervención a un derecho humano debe conducir a un fin constitucionalmente legítimo (Bernal Pulido, 2005, p. 689; Borowski, 2003, p. 130; Lopera Mesa, 2006, p. 387). Toda intervención debe buscar la observancia o consecución de algún valor previsto en la Constitución.

La máxima parcial de idoneidad impone dos exigencias que necesaria mente deben cumplirse: *a)* la existencia de un fin constitucionalmente legítimo y *b)* que la intervención en el derecho fundamental sea idónea para favorecer la obtención de ese fin (Bernal Pulido, 2005, p. 689; Sánchez Gil, 2007, p. 40).

Con respecto a la primera de esas exigencias, lo que hay que preguntarse de inicio es ¿qué debe entenderse por "fin constitucionalmente legítimo"? Borowski (2003, p. 130) responde a esa interrogante con claridad y precisión: "Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente. Los fines ilegítimos son sólo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución". Esto implica hacer un análisis para conocer cuál es el fin que se está persiguiendo y para corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.

Al respecto, la SCJN determinó lo siguiente en la sentencia materia de estudio:

> 218. *La finalidad es constitucionalmente legítima*, pues al establecer que las denominaciones genéricas o descriptivas de los bienes o

> servicios no serán registrables como marca, protege los derechos de los titulares de la marca así como de los consumidores, a la vez que impide prácticas de competencia desleal.
>
> 219. *Las marcas forman parte del derecho de propiedad intelectual* y si bien no hay un artículo constitucional que expresamente refiera a las marcas, *estas cuentan con protección constitucional desde diversos artículos como el 28, noveno párrafo*, al establecer que "tampoco constituyen monopolio los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora". Lo anterior, pues si bien no hace referencia a signos distintivos ello atiende a que la protección de una marca no crea de ningún modo un monopolio sino que otorga el uso exclusivo de un signo distintivo *para que los consumidores puedan ejercer sus libertades comerciales* (cursivas añadidas).

La conclusión es correcta; el problema es la argumentación de la SCJN para llegar a ella, pues se basa, como ya se vio en una incorrecta interpretación del artículo 28 constitucional (que no habla de ni regula las marcas, y cuya protección no puede —ni debe— desprenderse de ahí, sino más bien de la fracción X del artículo 73 constitucional).

Mucho mejor hubiera sido que el legislador federal estuviera facultado para legislar en materia comercial y, por lo tanto, para ordenar el comercio y prohibir la privatización de signos genéricos y descriptivos, pues su uso generalizado es un imperativo para la sana operación del mercado, así como para evitar abusos de un comerciante respecto de sus competidores.

De hecho, al determinar las condiciones positivas (requisitos) y negativas (prohibiciones) para registrar una marca, el legislador normalmente actúa dentro del margen de su libertad de configuración legislativas, lo que hubiera sido más que suficiente para considerar que las fracciones II y IV del artículo 90 de la LPI no contravenían ninguna norma constitucional.

Asimismo, sumando a la consideración de que tales normas legales buscan una finalidad constitucionalmente válida, la SCJN debió tomar en cuenta que al no permitir que se privaticen expresiones genéricas y descriptivas, el legislador está protegiendo la libertad de expresión comercial, lo que garantiza el pleno uso de signos necesarios, para poder contar en el mercado con información clara y transparente, lo cual tiene fundamento en los artículos 6 y 7 constitucionales.

Si un registro de marca impidiera a los comerciantes usar el nombre de sus productos o servicios, o cómo describir sus características, entonces tales comerciantes o profesionistas estarían impedidos para comunicar información básica a los consumidores, y éstos no podrían conocer con precisión qué es lo que se les está ofertando. Un registro marcario que concediera a alguien la expresión sobre un signo genérico o descriptivo afecta la transparencia y normal funcionamiento del mercado y, en especial, la libertad de expresión comercial.

Por otro lado, la segunda exigencia del subprincipio de idoneidad es que la medida de intervención *sirva* para obtener ese fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, Bernal Pulido (pp. 720-722) indica que una intervención en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de *ninguna manera* a la obtención del fin; en cambio, será idónea cuando *facilite* de algún modo la realización del fin, independientemente de su grado de eficacia, plenitud, rapidez y seguridad. Esta idoneidad debe ser considerada desde un punto de vista abstracto o teórico, en cuanto a la posibilidad de contribuir el fin constitucionalmente legítimo, sin necesidad de constatar en la práctica que la medida haya contribuido en realidad a ese objetivo. Se aprecia, entonces, que en la máxima parcial de idoneidad lo que se hace es un examen "fin-medio" (Mendoza Escalante, 2007, p. 170).

Sobre tal cuestión, la SCJN culmina su argumentación de la siguiente manera:

> 222. La *idoneidad* de la medida atiende a que la ausencia de eficacia distintiva del signo propuesto a registro no puede tener otra consecuencia que no sea la denegación de su inscripción como marca. Suponer lo contrario implicaría registrar una marca que va a crear una confusión entre el público consumidor y que va a otorgar un derecho de exclusividad respecto de un término que en el momento en que se solicita el registro ya es genérico o descriptivo, lo cual impediría que el resto de los competidores lo utilizaran, sustrayéndolo del lenguaje (cursivas añadidas).

Tal consideración de la SCJN es, en esencia, correcta. El problema es que no deriva de las premisas que sentó al definir el fin constitucionalmente legítimo. No se sigue de su argumentación.

En efecto, la legitimidad constitucional de las fracciones II y IV del artículo 90 de la LPI, fue desprendida por la SCJN con base a que, supuestamente, el artículo 28 constitucional protege las marcas y a los consumidores.

Pero, como ya explicamos, esa no es la verdadera finalidad constitucional que buscan las normas legales aludidas, sino ordenar el comercio y fomentar la libre expresión del discurso comercial. La Constitución no protege a las marcas en sí mismas, y como fin último (como asienta la Primera Sala en los párrafos 218 a 220 de la sentencia), sino el correcto funcionamiento del mercado, la libertad de concurrir a él, y la transparencia a favor de todos los sujetos que integran el mercado.

Precisamente, si la SCJN hubiera establecido que el fundamento constitucional de las marcas son los artículos 6 y 7 de la ley suprema, buscando mercados transparentes con la debida circulación de información, no hubiera incurrido en ningún bache argumentativo, y se hubiera sentado la premisa que hubiera permitido seguir, con toda lógica, su correcta conclusión de que el permitir el registro de un signo genérico "impediría que el resto de los competidores lo utilizaran, sustrayéndolo del lenguaje".

Como se aprecia, el tema en concreto es una cuestión de libertad de expresión: garantizar a todos los comerciantes la posibilidad de usar el nombre de sus productos o servicios. Es decir, la norma busca que los vendedores de plátano sean libres de usar la palabra "plátano", de manera que un registro marcario no se convierta en obstáculo e instrumento de censura para impedir que un comerciante use las expresiones elementales de su oficio.

Esto nos hace evidente cómo la falta de una adecuada doctrina constitucional de la SCJN en materia de marcas la lleva por yerros argumentativos.

Lo mismo puede decirse respecto a que las normas cuya constitucionalidad se estudia pretenden que no se cause "una confusión entre el público consumidor". Y éste es otro error, pues el tema de la confusión no entra en juego tratándose de las fracciones II y IV el artículo 90 de la LPI (signos genéricos y descriptivos), dado que esas disposiciones buscan que no se privaticen signos necesarios para comunicar información en el mercado.

El tema de la confusión es muy importante para el derecho marcario, pero no era la cuestión relevante en el asunto materia de la litis. Si ésta hubiera versado acerca de la fracción XIV (signos engañosos, es decir una falsa descripción el producto o servicio) o la XVI (riesgo de confusión por similitud a otra marca previa), ahí sí la argumentación hubiera debido discurrir por la vía de evitar la confusión como un fin legítimo.

En cambio, la confusión es un tema intrascendente tratándose de signos genéricos y descriptivos, cuyo uso, evidentemente, no puede llevar a confusión a los consumidores (ya expresan información verdadera, que por esa razón no engaña ni confunde a los consumidores). Precisamente, ese carácter verdadero y claro de los signos genéricos y descriptivos es la razón por lo que debe garantizarse que todos los comerciantes puedan usarlos, y no sólo uno de ellos.

Por consiguiente, respecto al examen de idoneidad, concluimos que el hallazgo de la SCJN es correcto (la norma busca un fin constitucionalmente legítimo y sirve para conseguirlo), pero su argumentación es sumamente deficiente, como consecuencia de no tener una adecuada doctrina constitucional en materia de marcas, así como por desconocimiento de los tecnicismos del derecho marcario.

Sin embargo, cabe apuntar otro déficit argumentativo que tiene aquí la SCJN: nunca señala cuál es el derecho o valor constitucional intervenido por ese fin constitucionalmente válido. Sobre esto profundizamos en el siguiente apartado, pues tal error resulta aun más evidente en el test de necesidad.

II. Necesidad

El subprincipio de necesidad determina que cualquier intervención en un derecho humano o bien constitucional debe ser la más benigna con tal derecho o bien, de entre todas aquellas opciones que son, por lo menos, igual de idóneas para contribuir a alcanzar el fin constitucionalmente legítimo en cuestión (Bernal Pulido, 2005, p. 736; Mathews y Sweet, 2009, p. 75; Clérico, 2008, p. 134). Es decir, como bien indica Sánchez Gil (p. 45), este subprincipio implica que la medida que restrinja un derecho fundamental debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin perseguido, por tratarse de la medida menos gravosa para el derecho afectado de entre todas las medidas igualmente idóneas, o porque no existen opciones para satisfacer ese fin (Borowski, 2003, p. 130).

Por consiguiente, el subprincipio de necesidad implica una comparación entre la medida de intervención del bien constitucional y las medidas alternativas para lograr el mismo fin, y en tal comparación debe hacerse a la luz de dos criterios bajo los que se examinarán los medios alternos: *1)* ver si alguno reviste, al menos, el mismo grado de idoneidad

para alcanzar el objetivo buscado, y *2)* ver si el medio alterno afecta negativamente el derecho fundamental intervenido en un grado menor (Bernal Pulido, 2005, pp. 737 y 738).

En el caso materia del presente estudio, la SCJN realizó el examen de necesidad de la siguiente manera:

> La *necesidad* de la medida atiende a que la negativa de registro de marca en los supuestos analizados no implica una carga injustificada para el gobernado que solicita el registro, pues este tiene conocimiento de los supuestos en los cuales no procede el registro para evitar registrar dichos términos genéricos o descriptivos y de esta forma prevenir actos que atenten contra la propiedad industrial y la competencia desleal (cursivas añadidas).

Como se puede apreciar, en la sentencia no se realiza un verdadero test de necesidad, pues no se hace una comparativa de los diversos medios que podían optarse para lograr el fin constitucionalmente válido, con el propósito de determinar si el adoptado era el más benigno o menos gravoso con el derecho humano, o bien constitucional intervenido.

Por el contrario, la SCJN se pregunta si la norma impone o no una carga injustificada para el gobernado, concluyendo que sí es una carga, pero no resulta injustificada, argumentando que así se evita el registro de signos genéricos o descriptivos y, por ende, se cumple el fin de prevenir actos "contra la propiedad industrial y la competencia desleal" (*sic*).

El problema es que la justificación o no de la medida interventora o que afecta un derecho o bien constitucional no debe analizarse en la etapa de necesidad, sino en la de idoneidad (en la que, como se señaló, se debe escudriñar si existe un fin constitucional que justifique la medida).

Pero ése no es el error más grave de la SCJN, pues al analizar la necesidad de la medida no sólo reitera lo dicho en el test de idoneidad, sino

que pasa por alto un tema clave: ¿cuál es el derecho o bien constitucional intervenido o afectado por la ley?

En efecto, mientras que el subprincipio de idoneidad pone los reflectores en el fin o derecho que justifica la afectación (podríamos hablar de un bien o derecho "interventor"), el subprincipio de necesidad pone el acento en el derecho o bien constitucional que resulta afectado para satisfacer el fin legítimo (aquí se puede hablar de un bien o derecho "intervenido").

Lo anterior en virtud de que el examen de proporcionalidad sirve para establecer los límites de la relación entre dos bienes constitucionales (Sánchez Gil, 2007, p. 22), por lo que, para explicar esa relación o contraposición, si se gusta, entre ambos bienes constitucionales deben identificarse, valga la redundancia, esos dos bienes constitucionales.

Y ahí está el error de la argumentación de la SCJN, en particular, al hacer el examen de necesidad: nunca señala cuál es bien constitucional afectado ni dice cuál disposición constitucional resulta afectada por las fracciones II y IV del artículo 90 de la LPI. Es decir, nunca determina cuál es el derecho o bien constitucional "intervenido".

En consecuencia, nunca sabremos si tales disposiciones legales son las más benignas o menos gravosas con el bien constitucional afectado o intervenido, pues, simple y sencillamente, ni siquiera se nos dice cuál es ese bien constitucional que se está mermando para cumplir con el fin legítimo determinado en el examen de idoneidad.

III. ¿Y la ponderación?

La SCJN concluye que los impugnados preceptos de la LPI satisfacen los criterios de idoneidad y necesidad, pero hasta ahí llega el análisis. En ningún momento avanza en lo que faltaba por desarrollar del examen de

proporcionalidad. Es decir, la argumentación se queda trunca, pues nunca se entra al tercer subprincipio, que es la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

Esto es sumamente criticable, pues aunque una norma jurídica sea idónea y necesaria, eso no significa que, en automático, sea proporcionada. Precisamente por eso existe esa tercera etapa del principio de proporcionalidad, ya que si la intensidad en la intervención de un bien constitucional no viene compensada con una fuerte ventaja a favor del otro bien constitucional, la medida será no válida (Borowski, 2003, p. 131; Mathews y Sweet, 2009, pp. 75-76; Sánchez Gil, 2007, p. 48), dado que "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 2002, p. 161). Lo que nos lleva a concluir que la resolución de la SCJN carece de razonabilidad, pues no hizo el examen completo de proporcionalidad, obviando el trascendental test de ponderación.

Esto no significa que la conclusión de la SCJN haya sido incorrecta. Antes al contrario, estimamos que las fracciones II y IV del artículo de la LPI (y sus equivalentes de la nueva ley) son constitucionalmente válidas; sin embargo, la Primera Sala se equivoca en su fundamentación y argumentación y hace un muy deficiente examen de proporcionalidad (que, como ya vimos, abundan cuando nuestro Máximo Tribunal aplica ese principio a temas de propiedad intelectual).

G. Conclusiones

Salvo casos excepcionales, la SCJN ha sido poco afortunada al aplicar el principio de proporcionalidad en asuntos de propiedad intelectual, ya sea por no realizar el examen completo o no seguir lo que debe hacerse en cada subprincipio, ya por intentar darle forma de test de proporcionalidad a otra clase de argumentos (o, simplemente, intentar justificar vía proporcionalidad una decisión predeterminada). La revisión de esta clase de sentencias de la Corte nos demuestra tal hallazgo.

Sin embargo, en el caso materia del presente comentario, la SCJN no sólo volvió a realizar un deficiente examen de proporcionalidad, sino que también evidenció la ausencia de una correcta doctrina constitucional en materia de marcas, al soslayar los principios constitucionales que realmente aplican e inciden en la materia.

Esperamos que en futuros casos la SCJN profundice sobre las normas constitucionales que dan sustento a la legislación marcaria, para ir construyendo una doctrina en la materia que sirva de sustento para aplicar el principio de proporcionalidad a casos como el presente, y auxilie en los futuros casos de marcas que se avecinan (los cuales se perfilan como asuntos difíciles).

Fuentes

Alexy, R. (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Athié Cervantes, A. (2011), "Hacia una nueva observancia de la propiedad intelectual en México", en VV.AA., *Estudios en materia de propiedad intelectual*, México, Sista.

Bernal Pulido, C. (2005), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

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

Brage Camazano, J. (2004), *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.

Clérico, L. (2008), "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Carbonell, M. (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes.

Cossío Díaz, J. R. (2006), "La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, UNAM, México, núm. 15, julio-diciembre.

_____ (2013), "Derecho a la propia imagen: un caso de acceso a la justicia", en De la Parra Trujillo, E. (coord.), *Propiedad intelectual: análisis de casos*, México, Tirant lo Blanch / Universidad Panamericana.

De la Parra Trujillo, E. (2010), "Derecho a la información y derechos de autor: ¿aliados o enemigos?", en Ortega Domenech, J. (coord.), *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual*, Madrid, Reus.

_____ (2011), *Derechos humanos y derechos de autor: las restricciones al derecho de explotación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

_____ (2014), *Introducción al derecho intelectual*, México, Porrúa/ Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

_____ (2016), "Derechos de autor en el ámbito de Internet", en Recio Gayo, M. (coord.), *La Constitución en la sociedad y economía digitales. Temas selectos de derecho digital mexicano*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

Del Corral, M. (2005), "Información, educación, cultura y derecho de autor: en busca del equilibrio", Seminario Internacional Sobre

Derecho de Autor y Acceso a la Cultura, 28 de octubre, UNESCO, Madrid.

Ferrer Mac-Gregor, E., coord. (2016), *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. V, segunda sección, Transversalidad constitucional con prospectiva convencional, México, Miguel Ángel Porrúa.

Griffiths, J. (2008), "Is there a right to an immoral trademark?", en Torremans, P. L. C. (coord.), *Intellectual property and human rights*, La Haya, Wolters Kluwer.

Gutiérrez y González, E. (1999), *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6a. ed., México, Porrúa.

Jalife Daher, M. (2014), *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, México, Tirant lo Blanch/IPIDEC.

Lipszyc, D. (1993), *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO/CERLALC/Zavalía.

Lopera Mesa, G.P. (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Magallón Ibarra, J. M. (1990), *Instituciones de derecho civil*, México, Porrúa, t. IV.

Mathews, J., y Sweet, A.S. (2009), "Proportionality, balancing and global constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, núm. 1.

Mendoza Escalante, M. (2007), *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra.

Rangel Ortiz, H. (2010), "La indemnización por violación del derecho a la propia imagen en el fallo de 21 de mayo de 2008 de la Suprema Corte de Justicia de México", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Madrid, Marcial Pons/Universidad de Santiago de Compostela, vol. 30.

Sánchez Gil, R. (2007), *El principio de proporcionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

_____ (2010), "El caso 'Diego Pérez': cómo no se hace un examen de proporcionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, enero-junio.

Sentfleben, M. (2004), *Copyright, limitations and the threestep test. An analysis of the threestep test in international and EC copyright law*, La Haya, Kluwer Law International.

Silva García, F. y Silva Meza, J. N. (2009), *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa.

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*

* Licenciado y maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). También es licenciado y doctor en filosofía en la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Su área de investigación es la filosofía del derecho. Actualmente es profesor de Teoría Jurídica Contemporánea I en el Posgrado de Derecho de la UNAM.

Sumario: A. Introducción; B. Un vistazo al test de proporcionalidad; C. Los alcances del derecho a la cultura; D. El test de proporcionalidad en acción: la restricción de los derechos a la libertad del trabajo y el uso y goce de la propiedad privada; I. El fin adecuado: la protección del bienestar de los animales; II. La idoneidad: evitar peleas de animales causa su bienestar; III. La necesidad: no es factible lograr un nivel de bienestar de los animales si no se prohíbe que se organicen peleas entre ellos; IV. La ponderación: vale la pena restringir un poco la libertad laboral y el derecho de usar y gozar de bienes a cambio de un gran beneficio para los animales; E. El derecho a la igualdad; F. Conclusiones.

A. Introducción

El test de proporcionalidad ha cobrado auge en México en los últimos años. Éste es un mecanismo que permite evaluar si una restricción a un derecho (derecho cuya fuente es superior a la de la restricción) está justificada o no.[1] Su ámbito de aplicación más prolífico es el de los derechos jurídicos constitucionales.

El test se cumple sólo si se satisfacen, de forma progresiva, los cuatro subtest siguientes: *1)* el de la adecuación del fin que persigue la medida restrictiva, *2)* el de la idoneidad de la medida para llegar a ese fin, *3)* el de la necesidad de dicha medida, y *4)* el de la ponderación (*balancing*)

[1] Por ejemplo, una medida emitida por el Congreso mexicano que restringe un derecho constitucional. La fuente del derecho (la Constitución mexicana) es de mayor jerarquía que la fuente de la restricción (la ley federal mexicana). Esto es posible porque constitucionalmente existen cláusulas de restricción que autorizan al Congreso a realizar restricciones a los derechos constitucionales. Las cláusulas de restricción son, por supuesto, constitucionales; las medidas restrictivas son las que ya no logran tal carácter, sino uno de inferior jerarquía.

entre el peso del derecho que se restringe y el peso del fin de la medida restrictiva.[2]

En el área jurisdiccional, algunas decisiones recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) han aplicado el test de la proporcionalidad como un mecanismo de justificación de sus sentencias relacionadas con la violación o no de los derechos constitucionales. La sentencia del amparo en revisión 163/2018 emitida por la Primera Sala proporciona un nuevo ejemplo que será útil para comentar.

El 10 de noviembre de 2016, el Congreso del Estado de Veracruz publicó varias reformas a la Ley de Protección a los Animales que implicaban una mayor protección al bienestar animal. Las reformas insistieron en la prohibición de maltratar, dañar, ocasionar dolor o sufrimiento, ser cruel y arriesgar la vida de un animal, pero implicaron explícitamente la prohibición general de celebrar peleas de animales. Pese a que se había exceptuado de la prohibición a varias actividades, entre otras, los espectáculos de tauromaquia, no todas las actividades fueron exceptuadas. En Veracruz se organizaban peleas de gallos, pero con las reformas quedó prohibido. Algunos galleros interesados en que no se prohibiera la actividad relacionada con peleas de gallos reclamaron sus derechos constitucionales. Los más destacados fueron el de la cultura, la libertad laboral, el uso y goce de su propiedad y el de la igualdad.[3] La Suprema Corte fue la encargada final de decidir el asunto. Rechazó todos los reclamos.

---

[2] Se acaba de describir una de las propuestas más influyentes, a saber, la de Aharon Barak (2017). La propuesta de Robert Alexy no es tan distinta, salvo porque lo coloca como un prerrequisito para la ponderación (esto si es que se entiende de un modo negativo, es decir, que el fin no esté excluido de la Constitución) o, en su caso, lo incorpora al tercer subtest (si se entendiese como un requisito más sustantivo), véase Alexy (2019a, pp. 340-341). Desde otro punto de vista, el subtest del fin adecuado tampoco tiene independencia, pero porque es parte del subtest de idoneidad, véase Bernal (2014, p. 875). Por lo que a ese asunto respecta, la sentencia que se comentará se acomoda más adecuadamente al esquema de los cuatro subtest.

[3] Hubo más reclamos relacionados; por ejemplo, la incompetencia del Congreso local, la afectación económica, la garantía de audiencia, y otros más; por razones de espacio, el presente comentario se limitará a los que se mencionan en el texto principal.

La SCJN ofreció tres respuestas para justificar su decisión : *1)* respecto al derecho a la cultura, dijo que éste, por razones de su alcance, no estaba involucrado, es decir, ese derecho no protegía la actividad de los galleros; *2)* respecto a los derechos de libertad laboral y de uso y goce de la propiedad privada, aplicó el test de proporcionalidad y llegó a la conclusión de que las medidas eran proporcionales a las restricciones de los derechos, y *3)* respecto al derecho a la igualdad, observó ciertamente una desigualdad (que sólo llamó incongruencia), pero evadió someter el asunto al test de proporcionalidad; utilizó en su lugar un escrutinio ordinario menor y una razón moral, con los cuales desvaneció la inconstitucionalidad de la desigualdad.

Respecto de esas respuestas se debe comenzar por encomiar la argumentación que la SCJN ha desarrollado en los últimos años. En esta ocasión, es destacable su interés por la aplicación adecuada del test de proporcionalidad. Todo ello revela una actitud judicial deseable para la consecución del Estado de derecho.

El presente comentario, sin embargo, no se contraerá a los elogios, también tendrá por objetivo observar que, desde el punto de vista teórico, algunos aspectos argumentativos de la sentencia requieren mayor profundidad para evaluar su solidez.

El comentario será desarrollado de la manera siguiente. Primero, se explicará brevemente en qué consiste cada etapa del test de proporcionalidad. Segundo, se observará en qué sentido los hechos del caso no lograron dar lugar a que el test de la proporcionalidad se aplicara respecto al derecho a la cultura; en este punto, se formulará una pregunta inquietante. Tercero, se expondrá la aplicación que la Suprema Corte realizó respecto a la libertad laboral y el derecho a usar y gozar de la propiedad privada; se destacarán las partes ejemplares de su aplicación, pero también se dará importancia a algunas suposiciones que hubiera valido la pena expresar para que fuera una sentencia más enriquecedora. Cuarto, se comentará el asunto del derecho a la igualdad y se llamará la atención sobre una

posible falacia y la evasión de aplicar el test de proporcionalidad. Finalmente, se ofrecerá una conclusión acerca de la importancia general que representa la sentencia comentada.

B. Un vistazo al test de proporcionalidad

La teoría de la proporcionalidad parte de la suposición de que algunos derechos no son absolutos y, por ello, pueden llegar a ser restringidos cuando ocurre un conflicto con otro derecho (derecho contra derecho) o, en su caso, con un interés (derecho contra interés).[4] Según dicha teoría, para que sea correcta una medida que restringe un derecho se requiere que el beneficio que se obtendrá (el desarrollo de otro derecho o el de un interés) sea, al menos, proporcional a la restricción del derecho en cuestión. El test de proporcionalidad es un mecanismo propuesto para satisfacer esa exigencia. Consiste en la ya mencionada satisfacción progresiva de cuatro etapas o subtest: *1)* fin adecuado, *2)* idoneidad, *3)* necesidad y *4)* ponderación. En el derecho constitucional en particular, la satisfacción de las cuatro etapas conlleva a la constitucionalidad de la medida restrictiva; la no satisfacción de cualquiera de ellas, a su inconstitucionalidad.

En el presente comentario se asumirá que las medidas restrictivas siempre son de jerarquía normativa inferior al derecho que se restringe (de otro modo, no serían medidas restrictivas, sino condiciones que más bien estarían especificando el derecho). Por ejemplo, en el caso de los derechos jurídicos constitucionales, una medida restrictiva debe provenir del orden jurídico infraconstitucional, por ejemplo, el de una legislatura. Lo que hace que una medida restrictiva de orden inferior llegue a trastocar un derecho de orden superior, es lo que se ha llamado el fin adecuado. Todo fin adecuado tiene, al menos, la misma jerarquía del derecho a restringir,

[4] La teoría de la proporcionalidad también puede tratar con los conflictos de interés contra interés. Se ignorará este punto para simplificar la exposición.

por ejemplo, en el caso del derecho constitucional la jerarquía sería la constitucional.

Un ejemplo típico de fuente de fines adecuados son las llamadas "cláusulas de restricción". Considérese, por ejemplo, el artículo 6 de la Constitución mexicana. Se otorga la libertad de expresión, pero enseguida se incorporan cláusulas que autorizan restringir ese derecho, por ejemplo, la perturbación del orden público. Así, una ley infraconstitucional puede incorporar una medida restrictiva a la libertad de expresión con la finalidad de evitar la perturbación del orden público. Mientras la cláusula de restricción es constitucional, la medida restrictiva es infraconstitucional. (El test de proporcionalidad es precisamente el mecanismo que permitirá decidir la constitucionalidad de la medida restrictiva).

Se debe observar que las cláusulas de restricción no necesariamente tienen que estar asociadas a un derecho en particular; pueden ser generales para un conjunto de derechos. Tampoco tienen que ser explícitas; en muchas ocasiones, están implícitas.[5] Pero más importante es hacer notar que aun cuando las cláusulas de restricción tienen amplia importancia para la teoría de la proporcionalidad, no es la única fuente de fines adecuados. En muchos casos, los fines adecuados encuentran su fuente en la protección de otros derechos. Y, como se verá más adelante, un fin adecuado puede surgir de una manera residual.

De conformidad con lo anterior, la primera etapa del test de proporcionalidad requiere que el fin que persiga una medida restrictiva no esté prohibido y pertenezca, al menos, al mismo orden jerárquico al que pertenece el derecho que se va a restringir.

La superación de esta etapa es sólo una condición necesaria para que la medida restrictiva sea proporcional, pero no una condición suficiente.

[5] Para profundizar en estos aspectos, véase Barak (2017, pp. 292-294).

Esto significa que de no superar esta etapa, indefectiblemente la medida no es proporcional y no habrá necesidad de someterla al examen de las etapas siguientes; pero de superarse, la medida sólo habría conseguido superar uno de los cuatro requisitos para llegar a ser proporcional. De acuerdo con el ejemplo de la libertad de expresión, es posible imaginar una medida restrictiva que, a fin de mantener el orden público, prohíba emitir públicamente afirmaciones fatalistas y falsas sobre un desastre natural. El fin es adecuado, como se ha visto, pero no sólo por esa razón la medida es proporcional, sino que simplemente ha superado uno de cuatro requisitos para serlo y por ello está en condiciones de ser discutida de conformidad con la siguiente etapa: la de la idoneidad.

La etapa de idoneidad requiere que la medida restrictiva mantenga una conexión racional con respecto al fin que se persigue. Con el mismo ejemplo de la libertad de expresión, es posible imaginar que dicha etapa no se superaría si, a fin de preservar el orden público, se prohibiera que la gente emitiera sus buenos deseos en una recámara privada e insonorizada. Como el lector notará de inmediato, una prohibición de este tipo no mantiene ninguna conexión racional que promueva o haga más probable la preservación del orden público (al contrario, podría hacerlo incluso menos probable).

Se ha dicho ampliamente que este requisito no pide que la medida restrictiva sea la única posible o la más eficiente para conducir a ese fin. La etapa de la idoneidad sólo pide que haya al menos un vínculo racional entre la medida restrictiva y la finalidad, no importa lo inadmisible que éste sea. Si con la finalidad de proteger la propiedad privada se autorizara a los agentes de policía disparar a matar en contra de personas que en flagrancia dañen a la ajena, la satisfacción de la conexión racional es lo suficientemente defendible como para mantener que, por ridícula que sea, la medida es idónea y supera la etapa. Esto no debe escandalizar a nadie, pues debe hacerse énfasis en que en este punto sólo se está nuevamente frente a otra condición necesaria, pero no suficiente para que el test de proporcionalidad se vea satisfecho.

Hay muchas medidas que son idóneas para un fin, pero no todas son necesarias. La tercera etapa —la necesidad— exige que una medida restrictiva sea indispensable para llegar a un fin en el sentido de que no sea posible introducir otra que también sea idónea para el fin, pero menos lesiva con el derecho en cuestión. Para proteger la propiedad privada, en lugar de autorizar a los agentes de policía a disparar a matar, se les puede autorizar sólo a disparar para lesionar. Ambas medidas conducen al mismo fin, de manera y con costes plausiblemente equiparables, pero el hecho de que sea posible tener una medida menos lesiva al derecho a la vida de las personas que dañan la propiedad ajena, muestra que no es necesario matarlas para proteger la propiedad privada.[6] Así, este subtest es un filtro más para la proporcionalidad. Pide que una medida, por más que sea idónea, tiene que ser necesaria. Nuevamente, ésta es una condición necesaria, pero no suficiente para la proporcionalidad de una medida restrictiva.

La última fase de la proporcionalidad es la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En términos concisos, exige que la restricción a un derecho valga la pena. Esto se ha expresado de distintas maneras; dos bastante reconocidas son:

1) La ley de ponderación de Alexy: "Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 2019b, p. 143).

2) La regla básica de la ponderación de Barak:

> [C]uanto mayor sea la importancia social de prevenir la vulneración marginal del derecho fundamental en cuestión y más alta

[6] Por supuesto, esto no conduce a que los agentes de policía están autorizados a disparar para inmovilizar a las personas que dañan la propiedad ajena. Ésta es una nueva restricción a los derechos y también puede ser reexaminada a la luz de la necesidad de la medida. El ejemplo del texto principal sólo muestra que una medida letal no es necesaria. No se tiene que profundizar en cuál podría ser la medida necesaria, basta con mostrar cuál no lo es.

> sea la probabilidad de que ocurra tal vulneración marginal adicional, más alta y más urgente debe ser la importancia y más alta debe ser la probabilidad de la realización de los beneficios marginales creados por la medida restrictiva (Barak, 2017, p. 399).

Aunque desde distintos enfoques, ambas coinciden en que no se puede restringir un derecho con el pretexto de obtener un pequeño beneficio; aun cuando éste tenga un fin adecuado y se busque a través de una medida idónea y necesaria. Piénsese en una variación del ejemplo de la fuerza letal policiaca para proteger la propiedad privada. Supóngase que una ley autoriza a los agentes de policía a disparar a matar cuando por ningún otro medio pudieran controlar el daño que una persona causa a la propiedad privada ajena. Una disposición de este tipo supera las etapas del fin adecuado, la idoneidad y la necesidad; sin embargo, la medida no es proporcional, porque la satisfacción del derecho a la propiedad privada no tiene el mismo o superior grado de importancia con respecto el grado de detrimento del derecho a la vida al que llegaríamos con la medida restrictiva.

Los entendidos anteriores ayudarán a comentar de un modo más conveniente la sentencia de la SCJN, objeto del presente documento.

C. Los alcances del derecho a la cultura

En muchas ocasiones, un conjunto de hechos no logra conformar un caso protegido por cierto derecho. Esto se debe a que todo derecho tiene un alcance limitado. El test de proporcionalidad no se puede aplicar en estos casos, porque la medida restrictiva no afecta al derecho supuestamente restringido. La Corte concluyó que esto ocurría con respecto al derecho a la cultura: "la prohibición de las peleas de gallos […] es una medida legislativa que *no supone una intervención* en el derecho a la cultura" (p. 25).

Para llegar a esa conclusión se tienen que responder de manera negativa al menos una de dos preguntas centrales: *i)* ¿celebrar peleas de gallos es

una expresión cultural? y *ii)* ¿el derecho a la cultura protege todas las expresiones culturales? La Corte ofreció una respuesta positiva a la primera pregunta: "[e]sta Primera Sala entiende que efectivamente las peleas de gallos son expresión de una determinada cultura" (p. 31). Su respuesta, en cambio, fue negativa para la segunda: "para esta Corte las peleas de gallos no encuentran cobertura en el derecho a participar en la vida cultural" (p. 32).

Las razones que esgrimió para llegar a esta última conclusión giraron alrededor de la incompatibilidad con los valores constitucionales mexicanos: "sólo puede desprenderse el deber de que el Estado mexicano *promueva* y *respete* las expresiones culturales que sean *compatibles* con los valores recogidos en la Constitución" (p. 32) y sugirió que el respeto "que todos le debemos a la naturaleza" (p. 33) era uno de esos valores.

Lo anterior es suficiente para descartar el test de proporcionalidad. Este tipo de decisión puede sustentarse en la llamada "teoría de las dos fases".[7] La primera consiste en definir el derecho. La segunda, en aplicar el test de proporcionalidad (es decir, sus cuatro subtest). Si a partir de la definición del derecho se observa que éste no protege la actividad discutida, se sigue que no hay derecho restringido y, por tanto, que no es un asunto que pueda avanzar a la segunda fase (al test de proporcionalidad). Aunque la SCJN no lo dijo así, sugerentemente se apoyó en esta teoría.

Por mor de la argumentación de la Corte, se supondrá que la teoría de las dos fases es correcta. Esto dirige la atención a una pregunta: ¿a partir de qué premisas llegó a la conclusión de que constitucionalmente se le debe respeto a la naturaleza? En la sentencia no existe una respuesta a esta importante pregunta, pero habría sido deseable verla, porque es precisamente el fundamento para definir el derecho a la cultura.

[7] Precisamente Barak (2017, p. 30) es un partidario de esta teoría.

La relevancia de esa pregunta no radica en que conlleve necesariamente a una respuesta que pondría en aprietos la decisión que tomó la Corte; más bien, tiene otra dirección: que al responderla y, por tanto, profundizar en los fundamentos de la decisión, se tendría una lección aún más amplia de lo que significa la Constitución.[8]

D. El test de proporcionalidad en acción: la restricción de los derechos a la libertad del trabajo y el uso y goce de la propiedad privada

Contrario a lo que ocurrió con el derecho a la cultura, en la sentencia se observó que la celebración de peleas de gallos sí estaba comprendida por el derecho a la libertad laboral y por los derechos de uso y goce de la propiedad privada. La medida restrictiva a estos derechos, sin embargo, era constitucional, coligió la SCJN.

Su conclusión, como ya se dijo en la introducción de este comentario, estuvo sustentada por la aplicación de una herramienta contemporánea para la adjudicación constitucional, a saber, el test de proporcionalidad. A continuación, se verá con un poco más de detalle esta parte brillante de la sentencia, pero, a su vez, se expondrán algunas de sus oscuridades que prospectivamente pueden ser instructivas.

I. El fin adecuado: la protección del bienestar de los animales

La Corte prestó buena parte de su atención al problema de establecer el fin adecuado que sustentó la medida restrictiva. Después de realizar un análisis convincente, concluyó que éste no podía estar relacionado con la preservación del medio ambiente, sino más bien con el bienestar animal.

[8] En breve, se insistirá en la importancia de esta cuestión.

En este punto, introdujo un cambio subrepticio. En lugar de considerar que la medida restrictiva en discusión era la prohibición de celebrar peleas de gallos, asumió que más bien era la prohibición más general de celebrar peleas de animales. En razón de ese cambio, la SCJN pudo establecer que el fin adecuado tenía también un nivel de abstracción más alto: el de los animales y no sólo el de los gallos. Este cambio pudo resultar mal, pero no parece haber sido así en este caso. Además, de comprobarse que las peleas de animales están prohibidas, se sigue que también lo están las peleas de gallos y, con ello, la decisión estaría justificada.[9]

Al margen de lo anterior, la Corte se enfocó en un problema de interés. En atención a que la protección del bienestar animal no está mencionada en el documento de la Constitución, ¿cómo podría explicar que ese fin es adecuado? Para responder esta pregunta, la sentencia se apoyó hábilmente en una teoría, según la cual, los fines adecuados tienen una explicación negativa. Esta teoría afirma que todo fin que no esté expresa o implícitamente prohibido por la Constitución es adecuado.[10] Cuando, además, un fin no está ordenado constitucionalmente y su autoridad constitucional proviene de un principio formal de competencia al legislador,[11] se dice que es un fin constitucional de segundo grado.[12] Con entendidos muy cercanos a éstos (si no es que los mismos), la Corte argumentó que debido a que la protección del bienestar animal no está ni constitucionalmente ordenada ni prohibida, se sigue que éste es un fin adecuado de segundo grado, lo cual es suficiente para restringir derechos constitucionales.

---

[9] La Corte pudo, en su lugar, enfocarse en la medida restrictiva que prohibía las peleas de gallos. Sugerentemente, el fin adecuado más apropiado en este caso habría sido el bienestar de los gallos (derivado del bienestar animal). El beneficio de estudiar una medida restrictiva más general es que su constitucionalidad no sólo acabará por cubrir una decisión en el mismo sentido respecto a medidas restrictivas menos generales (en este caso, el de la prohibición de celebrar peleas de gallos), sino que, a su vez, tendrá mayor alcance.

[10] Para una exposición de ésta, véase Bernal (2014, pp. 878-891).

[11] Éste puede ser el principio democrático (un principio general), como la Corte mantuvo en su sentencia (pp. 48 y 51).

[12] Para esta explicación, véase Bernal (2014, pp. 897-906).

Todo en apariencia marcha en orden, sin embargo, la Corte no percibió que al sostener con estos argumentos el fin adecuado de la protección al bienestar de los animales contradecía lo que ya antes había defendido. Hay que recordar que para definir el alcance del derecho a la cultura, la SCJN sostuvo que constitucionalmente todos le debemos un respeto a la naturaleza. Justo por esa razón el derecho a la cultura no podía cubrir expresiones culturales como la organización de peleas de gallos, pues dicha actividad contradecía tal respeto.

Si existiese ese deber y tuviera la fuerza de definir el derecho a la cultura excluyendo expresiones culturales como la organización de peleas de gallos, entonces la protección del bienestar de los animales tendría que estar implícitamente ordenado en la Constitución. Pero si estuviese ordenado, entonces éste sería un principio constitucional de primer grado. ¿Cómo puede ser ahora un principio constitucional de segundo grado, que por definición no está ordenado ni expresa ni implícitamente en la Constitución? Hay una contradicción.

¿Qué parte de la fundamentación de la Corte es la correcta? Para efectos de este comentario, no importa. Sólo importa destacar la relevancia de un dilema que en este punto se presenta: si se dijese que la protección del bienestar de los animales es un principio constitucional de primer grado, entonces esto mostraría que la argumentación a favor de esa afirmación tiene todavía mucho más importancia de la que ya se había mencionado al comentar el derecho a la cultura; y si, por el contrario, se dijese que la protección del bienestar de los animales es un principio constitucional de segundo grado, entonces no se habría justificado debidamente la definición del derecho a la cultura (en el sentido de excluir de su protección expresiones culturales como la organización de peleas de gallos).

El dilema anterior tiene una buena importancia, pero el presente comentario tiene que proseguir. Debido a que en la sentencia no se expuso ninguna argumentación que mostrara cómo es que el deber que se tiene

con la naturaleza está, al menos, implícito en la Constitución, en lo que sigue se supondrá que la explicación más sólida de la SCJN fue precisamente la que trata de un principio constitucional de segundo grado (pese a que, como se ha dicho, debilita de modo amplio su respuesta sobre el asunto del derecho a la cultura).

II. La idoneidad: evitar peleas de animales causa su bienestar

El asunto de la idoneidad de la medida restrictiva está sujeto a muy poca controversia. Existe una clara conexión racional entre prohibir peleas de animales y el bienestar de éstos. El concepto de bienestar se asocia con el vivir bien, de forma holgada y con tranquilidad. Aunque la Corte no relacionó el concepto de bienestar directamente con estos últimos conceptos, seguramente lo supuso, porque entendió el bienestar como una "condición en la que [los animales] no sufren maltratos en general, ni actos de crueldad en particular" (p. 54). Así, debido a que plausiblemente aquellos animales que son estimulados a pelear son maltratados, se sigue que prohibirlo conduce a su bienestar. La conexión racional existe y, por tanto, la medida restrictiva es idónea para el fin. Esto, desde luego, no significa que sea necesario prohibir las peleas de los animales para lograr su bienestar, sino que un examen adicional requiere concluirlo, a saber, el que se realiza mediante el siguiente subtest, el de la necesidad.

III. La necesidad: no es factible lograr un nivel de bienestar de los animales si no se prohíbe que se organicen peleas entre ellos

En esta etapa del subtest, la atención no se debe desviar del nivel de bienestar (en términos de reducción de maltrato y crueldad) que se lograría a favor de los animales con la prohibición de organizar peleas entre ellos. En esta etapa, la pregunta es: ¿se puede lograr ese mismo nivel de bienestar con una medida menos restrictiva de los derechos en cuestión?

Para restringir menos los derechos de los dueños de animales se puede pensar en otras medidas, por ejemplo, permitir la organización de peleas de animales, pero sin que estén armados, o bien persuadir a la población para que deje de organizar peleas de animales. Ninguna de estas medidas habría alcanzado el mismo nivel de bienestar para los animales y, por tanto, resultan insuficientes para reprobar la medida restrictiva.

El problema que a veces presentan las finalidades de alto nivel de abstracción es que se pueden satisfacer de muchas maneras más que una finalidad de menor nivel de abstracción y ello hace menos probable que la medida restrictiva sea necesaria. Al respecto, Barak afirma: "entre más alto sea el nivel de abstracción del fin, más probable será encontrar medios alternativos que restrinjan el derecho en una menor magnitud, al tiempo que permitan alcanzar el fin con el mismo nivel de eficiencia" (Barak, 2017, p. 366). Esto, sin embargo, no parece haber afectado el análisis de este caso, porque, así como la finalidad fue muy general, también lo fue la medida restrictiva. La Corte realizó un trabajo ejemplar al respecto.

IV. La ponderación: vale la pena restringir un poco la libertad laboral y el derecho de usar y gozar de bienes a cambio de un gran beneficio para los animales

Llego por fin a la cuarta etapa del test de proporcionalidad. Este subtest exige un trabajo mucho más complejo del que se observa en la sentencia. La Corte simplemente consideró que el beneficio para los animales era alto, en tanto que la restricción a los derechos era leve. Concluyó entonces que la medida superaba el subtest y, con base en su análisis total, que era proporcional y, por tanto, constitucional.

Aunque la conclusión sea acertada, no se puede decir que la justificación fue enriquecedora. Habría sido deseable observar un análisis más pormenorizado. En particular, se observa la omisión de tomar en cuenta tres aspectos de importancia: *1)* el asunto de que la restricción de los dere-

chos tuvo como base un principio constitucional de segundo grado; *2)* la discusión de otras medidas restrictivas menos lesivas para los derechos, y *3)* la fórmula de Alexy.

Respecto a lo primero, los derechos restringidos son indiscutiblemente principios constitucionales de primer grado; en tanto que la finalidad tiene carácter constitucional de segundo orden. Eso debió contar por dos razones: *a)* la teoría que define por vía negativa el fin adecuado no es del todo aceptada (*cfr*. Barak, 2017, cap. 9, quien mantiene una teoría positiva) y *b)* aun quienes mantienen esta teoría afirman que "los derechos fundamentales contienen razones normativas que *prima facie* ostentan un peso mucho mayor que los principios constitucionales de segundo grado" (Bernal, 2014, p. 904). La primera razón es un asunto de confiabilidad de la teoría; la segunda, del valor de los principios de segundo grado. Ambos aspectos se deberían reflejar en una ponderación cabal.

Respecto a lo segundo, se debe decir que el subtest de la necesidad no es el único capaz de evaluar medidas alternativas; de hecho, como ya se ha dicho, ésta es una etapa de la proporcionalidad que está constreñida a medidas alternativas que no menoscaben los beneficios que se alcanzarían con la medida restrictiva y, por ello, no permite plantear todas las alternativas maximizadoras. Considérese una medida que no logre un beneficio tan alto como el de la medida restrictiva evaluada, sino uno un poco menor, pero con una afectación considerablemente menor a los derechos discutidos. Una medida así no es una alternativa para el subtest de la necesidad, pero sí lo es para el de la ponderación, porque eso también podría probar que no vale la pena restringir tanto un derecho.[13]

Respecto a lo tercero, es un hecho consabido que Alexy ha propuesto una fórmula (Alexy, 2019b, p. 160) que con el tiempo enriqueció (Alexy, 2019c, p. 269) y que permite racionalizar las valoraciones relevantes en

[13] Para una explicación sobre la relevancia en la ponderación de este tipo de medidas alternativas, véase Barak (2017, 388-392).

una ponderación. La sentencia de la Corte tiene una limitación en ese sentido, porque sólo toma en cuenta un factor: sugerentemente, el peso concreto de los derechos discutidos y el peso concreto de la finalidad de la medida restrictiva. Pero, como se ha visto, había más que tomar en cuenta: el peso abstracto de los derechos en contra de la finalidad y la fiabilidad de las premisas, no sólo la empírica, sino también la normativa. No es aquí el lugar para realizarlo, sino sólo para observar que la sentencia habría sido mucho más enriquecedora si hubiera desarrollado ese ejercicio de forma más detallada.

E. El derecho a la igualdad

La discusión del derecho a la igualdad no se enfocó en la medida que prohibía organizar peleas de animales ni en la medida más general que prohibía la crueldad y maltrato hacia éstos. En su lugar la Corte la desplazó a la medida que excluía varias actividades de la prohibición de crueldad y maltrato a los animales, a saber, aquellas mencionadas en el artículo 2 de la Ley de Protección a los Animales para el Estado de Veracruz:

> **Artículo 2.** Son objeto de protección de esta Ley todos los animales que se encuentren de forma permanente o transitoria dentro del territorio del Estado.
>
> Quedan excluidos de la aplicación de la presente Ley, *los espectáculos de tauromaquia, faenas camperas, las carreras de caballos, actividades relacionadas con el deporte de la charrería, jaripeos,* granjas cinegéticas, Unidades de Manejo Ambiental (UMAS), y demás permitidas por la Ley, las que habrán de sujetarse a lo dispuesto en las Leyes, Reglamentos y demás ordenamientos jurídicos aplicables a la materia (cursivas añadidas).

Debido a que dicha medida no implicaba una categoría sospechosa (raza, religión, etcétera), en opinión de la Corte, sólo se habría de someter a un nivel de escrutinio ordinario; es decir, uno que no exige observar el test de proporcionalidad, sino sólo que la distinción sea razonable, "para lo

cual únicamente se requiere verificar si se trata de una medida idónea para alcanzar la finalidad que persigue" (p. 68).

La Corte consideró que la finalidad de la medida era

> distinguir aquellas actividades en las que uno de los componentes principales del "espectáculo" consiste en *el daño físico* que se le causa a los animales que participan en ellas, de otros "espectáculos" en los que si bien participan animales y eventualmente también se puede producir algún daño, no se trata de un elemento definitorio de la actividad (pp. 68-69).

No explicó cómo es que dicha finalidad tenía carácter constitucional, pero pasaré eso por alto. Lo más relevante de su análisis es que concluye que la medida es idónea para el fin y, por tanto, constitucional. Este análisis no es del todo satisfactorio, porque surgen de inmediato un par de oscuridades:

Primero. Cuando la Corte analizó la idoneidad de la medida vaciló subrepticiamente entre dos medidas: *a)* una que no incluía los espectáculos de tauromaquia (p. 69) y *b)* una, la real, que sí los incluía (pp. 69-70).

La primera medida le facilitó notablemente el análisis de idoneidad, pues de haber incluido los espectáculos de tauromaquia en la medida, habría sido cuestionable que contribuyera a trazar la distinción, ya que más bien contribuiría a borrarla, al incluir dichos espectáculos entre las actividades distinguibles. El problema con esta medida es simplemente que nunca estuvo en juego, pues como se ha visto la ley incluye tales espectáculos entre sus excepciones. De hecho, resulta un poco desconcertante que se haya tomado en cuenta una medida de este tipo.

La segunda medida (la que se encontraba en juego), por lo dicho en el párrafo anterior, no parece idónea para la finalidad, porque, al excluir los espectáculos de tauromaquia de la prohibición de maltrato y crueldad hacia los animales, más que contribuir a la distinción, tiende a borrarla.

Pero, con independencia de esa dificultad, la medida conlleva un problema adicional, porque contiene lo que la Corte llamó *una* incongruencia del legislador (excluir los espectáculos de tauromaquia de la prohibición de maltrato y crueldad hacia los animales). De conformidad con la Corte, esa incongruencia fue insuficiente para declarar la inconstitucionalidad de la medida, pero cabe preguntar si no es ésta una pendiente resbaladiza que sería deseable evitar, ¿no se estará autorizando a los cuerpos legislativos a introducir, siempre que lo deseen, *una* incongruencia en sus clasificaciones legales?

Segundo. Por otra parte, cabe preguntar ¿qué justifica que el derecho a la igualdad no involucrado con categorías sospechosas pueda ser restringido sin satisfacer el test de proporcionalidad? Dicho en otras palabras, ¿con qué doctrina categorizadora de los derechos constitucionales es posible contar y que sea consistentemente capaz de indicar cuándo sí y cuándo no tiene pertinencia el test de proporcionalidad? Dado que la sentencia comentada debe suponer alguna, habría sido instructiva la exposición de su aplicación.

F. Conclusiones

La sentencia del amparo en revisión 163/2018 es, sin duda, una resolución innovadora, no sólo por las novedosas cuestiones que enfrenta, sino también por el ilustrativo y desafiante uso de herramientas contemporáneas de adjudicación constitucional. La jurisprudencia marcha por buen camino y esta sentencia ha hecho su contribución.

Con todo, la sentencia evadió explicaciones de importancia que habría sido deseable observar. Son destacables las siguientes: *1)* la falta de una explicación de consistencia entre la afirmación de que el respeto que se le debe a la naturaleza es un valor constitucional y la afirmación de que la protección del bienestar de los animales es un principio constitucional de segundo grado; *2)* la falta de exhaustividad en la aplicación del subtest de ponderación al discutir la libertad laboral y los derechos de uso y goce

de la propiedad privada, y *3)* la falta de una argumentación más profunda que explique cuándo sí y cuándo no aplicar el test de proporcionalidad.

Con base en todas estas observaciones, se puede concluir que la sentencia tiene y tendrá un valor importante para el conocimiento jurídico, no porque haya logrado la mejor exposición argumentativa, sino porque contribuye a insistir en la dirección que el conocimiento del derecho mexicano debe tomar.

Fuentes

Alexy, R. (2019a), "Cómo proteger los derechos humanos", en Villa, G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, pp. 333-349, Lima, Palestra.

_____ (2019b), "La fórmula del peso", en Villa, G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, pp. 141-162, Lima, Palestra.

_____ (2019c), "Los principios formales: algunas respuestas a los críticos", en Villa, G. (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, pp. 265-280, Lima, Palestra.

Barak, A. (2017), *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Villa, G. (trad.), Lima, Palestra.

Bernal Pulido, C. (2014), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4a. edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Klatt, M. y Moritz M. (2012), *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press.

Legislación

Decreto número 924 que Reforma y Adiciona Diversos Artículos de la Ley de Protección a los Animales para el Estado de Veracruz, Boletín Oficial del Estado, 10 de noviembre de 2016, núm. ext. 450, Veracruz, pp. 9-17.

Ley de Protección a los Animales para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de noviembre de 2010, núm. ext. 354, Veracruz, pp. 17-30.

Sentencias

Sentencia recaída al amparo en revisión 163/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar, 31 de octubre de 2018.

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**

* Este texto se derivó del proyecto de investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano", financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia en la convocatoria de proyectos de menor cuantía para 2009, y cuya investigadora principal es Diana Patricia Arias-Holguín. El proyecto contó con la asesoría de la doctora Gloria Patricia Lopera Mesa.
** Profesora e integrante del grupo de investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Sumario: A. Introducción; B. Argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la constitucionalidad del Decreto 153 de 2016 que reforma el artículo 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo; C. Reflexiones en torno al debate constitucional del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la acción de inconstitucionalidad del 103/2016; I. El control constitucional de la ley penal; II. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la reforma incorporada por el Decreto: especial referencia al voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; D. Consideraciones finales.

A. Introducción

Las siguientes reflexiones tienen por objeto el acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), cuya instructora fue la ministra Norma Lucía Piña Hernández y el secretario Adrián González Utusástegui; en el acuerdo se resolvió la acción de inconstitucionalidad 103/2016, promovida por la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Michoacán de Ocampo, contra el Decreto 153 del 24 de octubre de 2016, por el cual se reformó el artículo 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, en el sentido de aumentar el máximo la pena de prisión de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y en los eventos de concurso.

El análisis del acuerdo del Pleno se efectuará conforme a la metodología empleada en el proyecto de investigación "El principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las normas que regulan la imposición e individualización de la pena en el ordenamiento colombiano". En esta investigación se partió de la tesis doctoral *Principio de*

proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales (Lopera, 2006), que indaga los presupuestos, posibilidades y consecuencias que tiene el uso del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de la ley penal.

Los cargos que se presentaron como suficientes para solicitar la declaratoria de invalidez del decreto 153 del 24 de octubre de 2016 se proyectan tanto sobre asuntos procedimentales como sustanciales. En esta oportunidad el tema central será valorar los argumentos relativos a que un aumento del máximo de pena de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y para los eventos de concursos transgrede los principios de progresividad, proporcionalidad y razonabilidad.

Los argumentos del demandante respecto a los temas indicados son: 1) tal aumento de pena al disminuir derechos de los imputados o sentenciados es regresiva; 2) la pena de 50 años para estos eventos es "inusitada y trascendental, cruel, denigrante o infamante, por tanto, adversa a los fines de la Carta Magna Federal en lograr la reinserción social"; 3) la reforma del Decreto 153 del 24 de octubre de 2016 transgrediría "el nuevo sistema de justicia penal porque atento a la teleología de este sistema oral, acusatorio y adversarial la pena de prisión sólo debe imponerse en casos excepcionales", y 4) se plantea que una vez que se ha establecido un límite máximo, las penas no deben ser aumentadas de una forma indiscriminada (acuerdo del Pleno).

Algunos de los argumentos del Poder Ejecutivo de Michoacán para oponerse a la declaratoria de invalidez del Decreto 153 relacionados con el tema central de este escrito son: 1) la reforma no es arbitraria, porque responde a un reclamo de la sociedad para "prevenir la comisión de delitos, desanimando así a los posibles delincuentes". Añade que la adecuación de las normas respecto de los niveles delincuenciales y el crecimiento de los delitos no es una regresión ni un atentado a la progresividad de los derechos humanos; 2) se plantea que la posibilidad de realizar un juicio de proporcionalidad de la pena en el momento de su individualización

judicial permite afirmar que la reforma no hace nulo un derecho humano; 3) refiere que el aumento de la criminalidad en materia de delitos graves justifica el aumento de la pena (acuerdo del Pleno). Finalmente, expone que

> con la reforma no se transgrede el principio de reinserción social y que tampoco existe oposición al nuevo sistema de justicia penal, puesto que las normas penales persiguen un fin único el cual es la protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro, a través de la amenaza penal. Agrega que la penalidad de los delitos no afecta de manera directa a las personas con el sólo hecho de establecerlas en la norma, sino que es necesario que concurran ciertos supuestos para que se actualice la imposición de la sanción (acuerdo del Pleno, p. 9).

En el mismo sentido de lo expuesto en los párrafos que preceden se pronuncia el Poder Legislativo de Michoacán acerca de los argumentos transcritos en el acuerdo del Pleno, además de que se afirma la correspondencia del aumento de pena con el fin de cumplir la reinserción social y el nuevo sistema acusatorio; se destaca lo siguiente: "en la especie, la progresividad se ubica en la justificación del incremento motivado por la gravedad de la inseguridad e intranquilidad que la ciudadanía vive en el Estado de Michoacán. Agrega que la reforma favorece a la sociedad, dado que aquella requiere tranquilidad" (acuerdo del Pleno, p. 6).

En las líneas que siguen, en primer lugar, se describirá el debate constitucional que se desarrolló acerca del examen de la norma demandada desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuya posición mayoritaria se pronuncia y confirma la validez de la reforma efectuada por medio del Decreto 153. En segundo lugar, se valorarán cada uno de los argumentos expuestos, en especial los relativos a la tensión entre los fines de reinserción social y los de prevención general que parecen estar en el vórtice del conflicto constitucional y, además, las cargas argumentativas que impone un control constitucional como el que sugiere el principio de

proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) para pronunciarse acerca del conflicto que surge entre los derechos humanos de los imputados o sentenciados y la protección de bienes jurídicos por medio del aumento de pena para los delitos graves de fuero común y el concurso.

B. Argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la constitucionalidad del Decreto 153 de 2016 que reforma el artículo 94 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo

La posición mayoritaria de la SCJN confirma la validez de la reforma al artículo 94 de la Constitución de Michoacán, basada en que el aumento de pena referido no es una medida regresiva ni desproporcionada. Se inicia la argumentación al respecto, se destacan algunos rasgos del principio de progresividad establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El primero es su vinculación con el derecho a la dignidad humana en el sentido de que la progresividad impide una interpretación restrictiva de las normas que tutelan los derechos humanos, todos, no sólo los vinculados con los derechos sociales y económicos, y, además, favorece interpretaciones que amplíen el alcance de su protección. Lo segundo es que las normas internacionales que protegen los derechos humanos se conciben como estándares mínimos en la medida en que los principios fundamentales, concebidos como mandatos de optimización, exigen a los Estados su satisfacción en la mejor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas, lo cual impone la obligación a las autoridades estatales de progresar en su protección por los medios apropiados.[1] Asimismo, se expresa que no sólo existe la obligación de garantizar los derechos humanos, sino que se impone un deber de "no dar marcha atrás" en cuanto a los niveles de respeto alcanzados con respecto a los derechos humanos (acuerdo del Pleno).

[1] Acerca de la concepción de los derechos como mandatos de optimización, véanse Lopera (2006) y Bernal (2007).

Con fundamento en otras decisiones del Pleno de la SCJN,[2] se reafirma que el principio de progresividad no es de protección absoluta cuando se trata de la disminución en la protección de un derecho humano, es decir, cuando se proyecta sobre la prohibición de regresividad. De lo que se trataría es de analizar el conflicto entre derechos en el marco constitucional para lograr una protección equilibrada de ellos, lo cual podría implicar, si se dan las condiciones, que estará justificada la disminución en la protección de uno de ellos. Esto en línea con pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos humanos como de la Comisión Interamericana de Derechos humanos,[3] desde las cuales se estableció que los presupuestos para valorar una justificación plena de la disminución del derecho son: 1) si se incrementa el grado de tutela de un derecho humano y 2) si se logra un equilibrio razonable en la protección de los derechos en juego, sin que se afecte en exceso la eficacia de uno de ellos. Lo anterior impone un análisis del derecho individual en función de considerar las implicaciones colectivas de las medidas adoptadas (acuerdo del Pleno).

Para efectuar el análisis de si la decisión de aumentar la pena de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y los eventos de concurso es una medida que encuentra plena justificación constitucional, la Suprema Corte reiteró la premisa de que en materia de política criminal el legislador tiene una amplia libertad de configuración. Ésta es un bastión fuerte de la decisión que, por su fundamentación y decisión, expresa en el control constitucional una amplia deferencia por el legislador.[4]

---

[2] Por todas las decisiones citadas, tribunal pleno al resolver la contradicción de tesis 366/2013.

[3] La Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, párr. 103. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Admisibilidad y Fondo No. 38/09, *Caso 12.670, Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y Otras Vs. Perú*. párr.140.

[4] Respecto al margen de acción epistémico del legislador en materia de política criminal, véase Lopera (2008, pp. 196 y ss.).

En tal medida, frente al primer cargo del demandante relativo a que el aumento de pena a 50 años contraría el artículo 22 de la Constitución Política, por comportar una pena inusitada y cruel, se desarrolla la disertación para dotar de sentido la expresión de pena inusitada que invoca el hecho de que no se trate de una pena cruel por desproporcionada.

La alusión que la SCJN realiza a la proporcionalidad es la correspondiente a la proporcionalidad de la pena, la cual despliega sus efectos tanto en el ámbito de la criminalización primaria como al momento de la determinación e individualización judicial de la pena. En el primer nivel, se demanda al legislador que al establecer el catálogo de penas fije la calidad y la cantidad de éstas, en atención de los criterios objetivos, como la importancia del bien jurídico tutelado, la gravedad del injusto (su lesividad), etcétera, y apele a criterios subjetivos, como la realización del comportamiento a título de dolo o culpa. En este plano, la proporcionalidad de la pena se vincula a un juicio de igualdad, que demandaría penas iguales para injustos culpables iguales y penas diversas según las diferencias entre el grado de injusto y culpabilidad (Von Hirsch, 1998, pp.45-47; Lopera, 2006, pp. 172 y ss.; Lopera y Arias, 2010, pp. 101 y ss.).

En relación con el argumento propuesto por el demandante relativo a que el aumento de pena de 40 a 50 años para los delitos graves y los concursos desconocería al artículo 18 de la Constitución Política, que reconoce el fin de reinserción social como prioritario en el sistema penitenciario, la Suprema Corte le adjudica, acorde con las últimas reformas a la Constitución, que debe interpretarse como un derecho constitucional de los sentenciados, y adscribe la finalidad de resocialización a una percepción del infractor como sujeto de derechos, en concreto, titular de derechos humanos, que sufre el dolor penal en un contexto en el que cual se le debe proveer de condiciones para que se reinserte a la sociedad y pueda participar de forma plena en el sistema social, para que desarrolle las destrezas, por medio del trabajo y el estudio, para vivir en el futuro una vida sin delitos.[5]

[5] En este aspecto, "la Primera Sala de este Alto Tribunal ha sostenido diversos criterios para justificar la pena no es posible aludir a una especie de *"'función moralizadora'* por parte del Estado. Más bien, el

Después de exponer lo anterior, se afirma que la reforma introducida por el Decreto 153 no es regresiva, porque el incremento para los delitos calificados como graves o en los eventos de concurso no contraría los artículos 18 y 22 de la Constitución. Las razones principales son las siguientes:

1. Ni la Constitución o algún tratado de derechos humanos reconocido por el Estado mexicano impone un *quantum* máximo de pena de prisión.

2. La reforma fue adoptada por el legislador de Michoacán dentro de los amplios márgenes de su libertad configurativa de la política criminal, y atendió a las necesidades de prevención general de los delitos.

> las necesidades sociales existentes en ese momento, como fue el alto incremento delictivo en el Estado de Michoacán respecto de delitos de mayor entidad relacionados con el bien jurídico que tutelan, dentro de los cuales se mencionó el feminicidio, con lo cual se justificó el incremento del plazo máximo de las penas privativas de libertad, que también podrá contemplarse como máxima para aquellos delitos calificados como graves por la ley y, también, en el caso de los concursos (acuerdo del Pleno, pp. 38-39).

3. El accionante no vinculó argumentos relativos a la desproporcionalidad de la pena en relación concreta con los delitos respecto a los cuales se analiza si el incremento punitivo es desproporcionado, porque no hay criterios para valorar esto en abstracto. Textualmente se aduce:

> debido a que el artículo 94, párrafo segundo, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo,

---

Estado debe valorar los resultados de una serie de estrategias que faciliten la reintegración del individuo a la sociedad, apoyándose para ello en el respeto de los derechos humanos dentro del presidio, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como textualmente lo refiere el citado precepto constitucional" (acuerdo del Pleno, p. 34) (cursivas dentro del texto original). En torno a una interpretación del fin resocializador afín a un entendimiento del individuo infractor como un sujeto de derechos, véanse Silva (1992, pp. 263-264) y Demetrio (1999, p. 64).

> analizado en este asunto no prevé un tipo penal, sino que establece el plazo máximo de las penas privativas de la libertad, el cual podrá establecerse como máximo para delitos calificados como graves por la ley y, también, en el caso de los concursos; no se está en aptitud jurídica de establecer si ese plazo máximo para las penas privativas de la libertad resulta excesivo o desproporcionado, incluso carente de razonabilidad; porque para ello resulta necesario examinar las leyes que prevén los tipos penales en los que se pudiera haber considerado como plazo máximo de la pena privativa de la libertad el contenido en la reforma de la Constitución Local; sin que hayan sido controvertidas por la accionante, lo que imposibilita su estudio (acuerdo del Pleno, p. 40).

Se reafirma que ese aumento de pena de la prisión es próximo a la finalidad de la pena porque en México y en otros países se considera que el dolor penal provocado por el encierro es adecuado para el restablecimiento del orden social y "en cuanto que sea hasta por cincuenta años para la comisión de ciertos delitos no la hace perder esa correspondencia, pues tal aspecto sólo se relaciona con su aplicación" (acuerdo del Pleno, p. 41). Tampoco puede concluirse que en abstracto una pena de 50 años no tienda a la resocialización. Para efectuar este análisis se tendría que considerar un tipo penal específico, cuestión que tampoco fue propuesta en la acción de inconstitucionalidad y, por tanto, no puede tomarse en cuenta en la decisión.[6]

Para valorar los aspectos que llevaron a la posición mayoritaria a confirmar la validez de la reforma del artículo 94 de la Constitución de Michoacán, resulta de suma importancia destacar dos puntos que están

[6] "Debido a que para estar en condiciones de efectuar una afirmación como la propuesta por el accionante, habría que realizar el estudio de proporcionalidad y razonabilidad en un tipo específico que dentro de los parámetros mínimo y máximo, en este último previera el plazo de cincuenta años de prisión, para que al examinar la proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito, se considere entre otros aspectos, la viabilidad de lograr mediante su aplicación, la reinserción social del sentenciado. Lo que en el caso no puede examinarse porque no fue controvertido algún precepto que previera una pena en esos términos" (acuerdo del Pleno, p. 41).

presentes en la discusión sobre el control constitucional de la ley. El primero alude a los límites funcionales que deben salvaguardarse cuando se efectúa el control por parte de las cortes que tienen la función de velar por la supremacía de la Constitución como fuente del derecho, en especial cuando se trata de la ley penal; esto, vinculado con la decisión acerca de la intensidad con la cual se efectúa el control constitucional.[7] El segundo punto alude a la incorporación de una estructura argumentativa con la cual efectuar ese control, esto es, al asumir que los derechos fundamentales pueden ser limitados es imprescindible determinar si, de acuerdo con las circunstancias fácticas y las condiciones de posibilidad de la realización del derecho, su intervención es proporcionada en sentido amplio, es decir, es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Hasta ahora se puede afirmar que la posición mayoritaria asume que el margen de acción epistémico del legislador en materia de política criminal admite un control constitucional dirigido sólo a "extirpar exabruptos" cuando se crea una ley penal, con lo que se adopta una decisión intensamente deferente con el legislador, aun cuando la creación de una norma penal o el endurecimiento del castigo comporta una intervención intensa en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto implica el reconocimiento de que el legislador en materia penal puede adoptar decisiones con base en premisas empíricas inciertas, y la aceptación de que las cargas de argumentación y de la prueba recaen sobre quien demanda la constitucionalidad de la disposición.[8]

[7] Al respecto, Lopera (2008, p. 196): "el margen de acción que se confiere al legislador para decidir sobre la base de premisas inciertas se amplía o reduce en función de la intensidad con que tales decisiones afecten derechos fundamentales. Si en razón de aquellos márgenes de acción legislativos el control que puede practicar el Tribunal ha de limitarse únicamente a extirpar exabruptos o si, por el contrario, puede tener mayor intensidad. Y es que, precisamente, una de las razones que se esgrime a favor del empleo del principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad es que se trata de una estructura de argumentación con la cual se trata de conciliar el respeto a la libertad de configuración del legislador con un control material de sus decisiones que procure la máxima efectividad de los derechos fundamentales. Con tal fin se introduce una graduación en la intensidad del control sobre las decisiones del legislador, en función de la intensidad con que éstas afectan los derechos fundamentales".

[8] Lopera (2008, p. 200): "Control leve o de evidencia: empleado frente a intervenciones leves en derechos fundamentales. En este caso la carga de la argumentación y de la prueba sobre la incons-

La intensidad del control constitucional que se efectuó en el acuerdo del Pleno respecto a la reforma que aumentó la pena para los delitos graves del fuero común y los concursos en Michoacán fue objeto de pronunciamiento en el voto particular y en los votos concurrentes presentados en el debate de la Suprema Corte. Los describiré para después proponer algunas reflexiones en torno al control constitucional de la ley penal, las relaciones entre el principio de proporcionalidad de la pena y la proyección de los fines de la pena en los subprincipios del juicio de prohibición de exceso (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

En la primera línea argumental, esto es, la posibilidad o no de realizar control constitucional a la ley penal, está el voto concurrente formulado por el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, quien, al menos, en este aspecto, estima que al ser los topes máximos de las penas medidas de política criminal y no derechos, son asuntos cubiertos por una amplia libertad de configuración legislativa porque son "instrumentos de matiz variable que deben responder a un determinado contexto de seguridad, a cuestiones culturales y desde luego, sociológicas" (acuerdo del Pleno).[9] Dicha salvedad se acompaña de una insistencia de que la reinserción social y la proporcionalidad son derechos que sólo pueden ser evaluados en relación con tipos penales concretos.

En una dirección opuesta, el ministro Luis María Aguilar Morales formula un voto particular en el que alerta acerca de las implicaciones de la decisión adoptada por la mayoría del Pleno, en el sentido de que a la larga llevaría a concluir que respecto a la definición legislativa de los topes

---

titucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes). La certeza de las premisas en las que debe apoyar su argumentación ha de ser elevada o, en sentido contrario, la constitucionalidad de la norma enjuiciada debe apoyarse sobre premisas "no evidentemente falsas".

[9] A esta argumentación parece subyacer una concepción coherentista de los derechos fundamentales. Al respecto, Lopera (2006, pp. 143-158).

máximos de pena no hay posibilidad de efectuar un control constitucional.[10] Destaca que el decreto evaluado al establecer un tope máximo sin tener en consideración los tipos penales específicos inhibe la evaluación constitucional para verificar su compatibilidad con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En el voto particular se estima que renunciar a una mínima evaluación entre la correspondencia del delito y de la pena para valorar su razonabilidad elimina la posibilidad de realizar control constitucional alguno, cuestión que se agrava cuando el aumento de pena es en función del concepto de delito grave, que deja serias dudas acerca de su taxatividad, lo cual, a su parecer, es una evidencia de la escasa razonabilidad de la reforma.

Para reforzar tal argumentación inicia una disertación de lo que puede considerarse como delito grave conforme al ordenamiento jurídico mexicano, y estima que esto puede significar delitos cuya pena exceda de cinco años de prisión (Código Nacional de Procedimientos Penales) o aquellos que están señalados de forma taxativa en el artículo 19 de la Constitución federal, como homicidio doloso, feminicidio, robo en casa habitación, enriquecimiento ilícito, entre otros. Hace énfasis entonces en que se podría llegar a la imposición de una pena de 50 años para delitos de una gravedad considerablemente diversa, por ejemplo, tanto para el robo en casa habitación como para el delito de feminicidio (acuerdo del Pleno).

---

[10] "De hecho, la Primera Sala de esta Suprema Corte (quien de manera más abundante ha desarrollado este tópico con motivo de la vocación que su especialización supone), ha llegado al punto de sostener que *'la legitimidad democrática del legislador penal le otorga un amplio margen de acción epistémico en materia de política criminal. Esto significa que en todos aquellos casos en los que exista incertidumbre sobre las premisas empíricas en las que se apoya la actuación del legislador, debe entenderse que existe a su favor la presunción de que éstas son verdaderas'*". En esa línea, y derivado del mismo asunto, se sostuvo que "la modificación de la pena prevista para cierto delito presupone que el aumento en las penas es una medida eficaz para prevenir la incidencia de este delito, esto al no existir evidencia que muestre que esta premisa es manifiestamente falsa, debe considerarse que se trata de una medida causalmente idónea para la consecución de los fines perseguidos" (acuerdo del Pleno, p. 3). (cursivas dentro del texto original).

Sumado a la argumentación de falta de taxatividad de la reforma cuando se realiza una alusión genérica a delito grave, y la inexistencia de una mínima motivación que permita evaluar la proporcionalidad y razonabilidad del aumento de la pena que se propone, cuestiona que se cumpla el requisito para determinar que una medida de disminución en la protección de un derecho humano no es regresiva porque redunda en la protección de otro derecho, lo que configura una situación de equilibrio que permite concluir que la disminución está justificada. Esto lo afirma porque no le parece suficiente la declaración, sin presentar la evidencia empírica que la refuerce, de la necesidad del endurecimiento punitivo en virtud del aumento de la criminalidad en Michoacán porque "resultaría cuestionable afirmar llanamente, en el contexto de la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, que la sociedad en general está interesada en la existencia de penas de prisión de mayor duración" (acuerdo del Pleno, p. 10).

Hasta aquí se puede plantear que el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales defiende un control exigente de constitucionalidad en el que la carga de argumentación y de prueba corresponderían al legislador,[11] porque se reconoce una intensidad alta en la afectación de los derechos fundamentales con la norma que aumenta el máximo de pena para los delitos graves y los concursos en Michoacán. Así, textualmente:

> Si el análisis de este tipo de normas parte de reconocer una libertad de configuración legislativa en sus términos más amplios, considero que lo mínimo exigible es la ejecución de ejercicios reforzados de motivación que permitan conocer el proceso de creación y elección de los parámetros elegidos para la imposición de penas de prisión (acuerdo del Pleno, p. 9).

[11] Lopera (2008, p. 200): "Control estricto o control material intensivo: se aplica a intervenciones en derechos fundamentales especialmente intensas. En este caso la carga de argumentación y de prueba corresponde al legislador, quien debe apoyar la intervención sobre la base de premisas empíricas que tengan una certeza elevada".

En la segunda línea argumental, esto es, en la evaluación constitucional del aumento de pena para los delitos graves y los eventos de concurso de delitos incorporada en el Decreto 153 mediante la estructura argumentativa de la proporcionalidad, se expresa el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien en su voto concurrente defiende que tal decisión es regresiva, pero la disminución en la protección de los derechos a la libertad personal de los imputados y sentenciados es proporcionada. Llega a dicha conclusión después de aplicar el test de proporcionalidad y establecer la legitimidad del fin de la medida legislativa de Michoacán; declara además su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este sentido, estima que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debió efectuar el control constitucional del aumento de pena y declararlo conforme a la Constitución una vez que se demostrara la superación de los estándares de evaluación del test de proporcionalidad.

No se describirá en este momento el examen de constitucionalidad realizado por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, a ello se volverá más adelante, cuando se aborde la segunda línea argumental, esto es, las condiciones con las cuales se efectúa el test de proporcionalidad y el papel que juegan los fines de la pena en la verificación de cada uno de los subprincipios.

C. Reflexiones en torno al debate constitucional del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de la acción de inconstitucionalidad del 103/2016

I. El control constitucional de la ley penal

El derecho penal es un subsistema de control social que reacciona a la violencia de los hechos catalogados como delitos con una violencia organizada: la de la pena; por ello, la doctrina penal ha señalado que es una institución antinómica por definición, al pretender asegurar la libertad mediante la agresión de la misma. Así, la discusión en torno a su legitimidad debe afrontar esa tensión; la cual en el Estado constitucional y

democrático de derecho impone la exigencia no sólo de responder a la violencia del delito, sino también a la obligación de limitar la violencia del castigo estatal, rodeando su ejercicio de un conjunto de límites y garantías que a la postre pueden comportar una reducción de la eficacia preventiva de la pena (Ferrajoli, 1997, pp. 331 y ss; Roxin, 1997, pp. 95 y ss; Lopera, 2006, p. 175 y ss; Lopera y Arias, 2010, p. 148).

Tal tensión es reconocida en el ordenamiento constitucional mexicano, como lo evidencia la decisión del pleno que se comenta. Esto se confirma por la inclusión del principio de progresividad en la Constitución Política, su vinculación con el principio de dignidad humana, así como la interpretación constitucional de la progresividad que hace la Suprema Corte, en la línea de ampliar su alcance e incluir en su radio a los derechos humanos de naturaleza individual; junto a ello expresa también esta opción la prohibición de penas crueles del artículo 22 de la Constitución y la interpretación del fin resocializador establecido en el artículo 18 de la norma superior, de tal modo que se impone la percepción del sujeto infractor como titular de derechos, como un sujeto al que se debe rodear de las condiciones materiales necesarias para que se inserte en la sociedad y pueda vivir una línea sin delitos.

Tal reconocimiento confirma la opción, acorde con los presupuestos constitucionales, de un modelo en el cual el logro de los fines de prevención de la violencia del delito no puede hacerse por medio de un ejercicio desmedido de violencia punitiva estatal que suponga un sacrificio excesivo de los derechos del individuo infractor (Ferrajoli, 1997, pp. 321 y ss.; Alcácer Guirao, 1998, pp. 366 y ss.; Lopera, 2006; Lopera y Arias, 2010, p. 148).

La determinación de si el endurecimiento de la pena es un sacrificio excesivo de los derechos humanos de los infractores y, por tanto, se trata de una medida que disminuye la protección de un derecho de modo injustificado, reclamaría el empleo del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Justamente, la consi-

deración de un conflicto entre derechos y a su vez el reconocimiento de éstos como mandatos de optimización, que explícitamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación incluye en el acuerdo del Pleno que es objeto de reflexión en estas líneas, reafirma esta consideración.

Las implicaciones de pensar que los derechos en conflicto fungen como mandatos de optimización presupone considerar los derechos desde una base conflictivista, esto es, la percepción de los derechos fundamentales o humanos como un entramado de principios y reglas que implica una concepción amplia del supuesto de hecho del derecho, la distinción entre el contenido inicial y el contenido definitivo del derecho; la admisión de la existencia de límites externos al derecho y la determinación de que el contenido definitivo de los derechos es el resultado de una ponderación (Lopera, 2006, pp. 105-142).

En consecuencia, la evaluación de la decisión de un aumento de pena de 40 a 50 años para los delitos graves del fuero común y los concursos, relativa a la confirmación de su correspondencia con la Constitución Política, porque no implica un sacrificio excesivo de los derechos de los imputados o sentenciados en Michoacán, aconsejaba, como lo expuso el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en su voto concurrente, la activación de una estructura argumentativa que integrara los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La aplicación de ese estándar argumentativo para confirmar que con el aumento de pena para los delitos graves y el concurso no se ha superado la prohibición de exceso no asegura una decisión de protección definitiva de los derechos humanos de los imputados o sentenciados, porque el entendimiento de esos derechos como mandatos de optimización implica la admisión de que pueden ser restringidos cuando son más fuertes las razones que se oponen a su protección (Lopera, 2006, pp. 138 y ss.), como sería, por ejemplo, si después de la argumentación se llega a la conclusión de que la búsqueda de los fines de prevención general que pretende el aumento de la pena de prisión para reducir la comisión de

delitos graves en Michoacán pesan más que los derechos intervenidos de los imputados o sentenciados con el referido endurecimiento de la respuesta penal.

No obstante, el anterior reconocimiento, el estándar de evaluación que implica la determinación de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto sí da un derecho a la argumentación a quienes, como es el caso de la reforma constitucional del Decreto 153, tienen que sufrir las consecuencias de la restricción, posiblemente justificada, de sus derechos. En este sentido, en respuesta a por qué es preferible una concepción conflictivista de los derechos fundamentales que los considere un mandato de optimización, se afirma que:

> no existe un derecho general, definitivo y concluyente, pero sí existe lo que pudiera llamarse un derecho a la argumentación, un derecho a que la conducta sea enjuiciada como el ejercicio de un derecho en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, cuyo resultado, como ya se ha dicho, queda librado al juicio de ponderación. Como es obvio, los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan. Ese es, a mi juicio, el sentido último de un constitucionalismo de los derechos. (Prieto, 2004, p. 61).

Precisamente esto es lo que implica defender una concepción de los derechos como mandatos de optimización, como normas con estructura de principios cuya protección se plantea *prima facie* y cuya tutela definitiva es el resultado del balance de las razones a favor y en contra de su protección. El balance debe hacerse explícito en los fundamentos de la decisión como condición necesaria para considerar que se trata de una decisión justificada (Lopera, 2006, pp. 138 y ss.).

En tal punto, como lo plantea Lopera (2006, p. 159), se advierten las ventajas de una concepción conflictivista de los derechos, que es la que presupone necesariamente un control constitucional mediante el test de

proporcionalidad. Tal estructura argumentativa, plantea la autora, hace posible presentar y contraponer las razones alrededor de la protección definitiva de dichas posiciones iusfundamentales y permite concluir que su limitación no está justificada y, por tanto, es inconstitucional o, por el contrario, argumentar que hay razones de mayor peso, alrededor de los fines que se persiguen con las medidas que se oponen a su protección y, que, por tanto, se trata de una restricción justificada y constitucional.

De crucial importancia para el debate del Pleno de la Suprema Corte en el asunto que concierne a estas líneas es la consideración de que una argumentación que pondere las razones a favor o en contra de la protección de los derechos permite "contraponer a la presunción de constitucionalidad que rige a favor de la ley, que impone una carga de argumentación a quien pretenda cuestionarla, la carga que pesa sobre el legislador (y demás poderes públicos) de justificar toda intervención en derechos fundamentales" (Bernal Pulido, 2003, pp. 479 y ss; Lopera, 2006, p. 576).

Como puede advertirse por lo expuesto, hay razones perentorias para defender un control exigente de constitucionalidad en materia penal, entre otras cosas, porque cuando el legislador adopta la decisión de su empleo opta por el medio más drástico de limitación de la libertad en un sistema social.[12]

[12] "en contra de un control de mínimos cabe señalar que el reconocimiento unánime del derecho penal como el más severo mecanismo de control social de que dispone el Estado conduce a que, del mismo modo en que se reclaman para este sector del ordenamiento reglas más estrictas de formación del lenguaje legal, mayores garantías procesales o criterios más exigentes de valoración de la prueba, también ha de imponerse un control de constitucionalidad más riguroso del que en la actualidad se lleva a cabo y, más aún, del que cabe practicar en relación con otro tipo de intervenciones legislativas en derechos fundamentales dotadas de un menor contenido aflictivo. Y ello porque el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el Estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones —privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad— sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está

En tal sentido, se respalda la argumentación del ministro Luis María Aguilar Morales, al señalar que la omisión del Poder Judicial de Michoacán de hacer una fundamentación suficiente del aumento de pena en relación con los delitos en concreto cometidos y la ausencia de evidencia empírica para justificar la necesidad de ese aumento en función de los fines de prevención general son datos que aconsejarían un examen más intenso de constitucionalidad que el que fue empleado por la mayoría del Pleno de la Suprema Corte.

En este punto es importante pronunciarse respecto al argumento de que finalmente la determinación legal de un aumento del máximo de pena para los delitos graves y las hipótesis de concurso, al tener su proyección en abstracto, esto es, como amenaza legal de pena, escapa a los cuestionamientos de desproporcionalidad, porque la intervención en los derechos fundamentales se efectuaría es en el momento de la imposición judicial y ejecución de la pena.

Un tope máximo de pena es una decisión de política criminal que comporta una amenaza potencial a los derechos fundamentales, amenaza que se consumará con su aplicación en el momento de la imposición judicial y ejecución de la pena y, por ello, es una medida cuya constitucionalidad debe ser enjuiciada.[13] Todas las consecuencias aflictivas, directas e indirectas, deben ser tenidas en cuenta al efectuar el balance de los costes que, en términos de libertad, reviste la creación de una sanción penal que tiene vocación de ser impuesta y ejecutada (Lopera, 2006, pp. 297 y ss).

---

ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. Esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación, así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes" (Lopera, 2008, p. 202).

[13] Además, "Una vez examinado de qué modo la ley penal interviene derechos fundamentales, tanto a través de sus prohibiciones como de sus sanciones, queda por decir que el aumento de las leyes penales en una sociedad redunda en una disminución correlativa de la libertad de todos sus miembros. Si esto parece claro mirado desde el costado de las prohibiciones, a las que están sometidos todos los individuos, también es cierto si se mira desde el lado de las penas, ya que éstas, como viene a recordarnos Ferrajoli, no recaen sólo (ni necesariamente) sobre los culpables, sino que también amenazan a los inocentes. Ello también debe ser tenido en cuenta al momento de expedir y controlar la constitucionalidad de las leyes penales" (Lopera, 2005, p. 32).

La premisa descrita en el párrafo anterior se conecta con el concepto de intervención en un derecho fundamental que presupone el control constitucional por medio del test de proporcionalidad. En éste se agrupan todas las consecuencias aflictivas directas e indirectas que se desencadenan de la aplicación de la pena. De este modo, la pena de prisión no sólo afecta de forma directa la libertad, sino que amenaza otros derechos intervenidos por el régimen penitenciario al que se verá sometido el ciudadano en caso de su imposición y ejecución, e incluso de otros derechos en función de la duración del encierro en instituciones carcelarias. Además, se señala el carácter estigmatizador que encierra siempre la intervención penal y que adquiere su mayor expresión cuando la pena es aplicada y ejecutada. En esta medida se propone que en el concepto de intervención se considere la afección al honor que siempre se produce con ocasión de la intervención penal (Lopera, 2006, pp. 297 y ss.; Lopera y Arias, 2010, pp. 63-79).[14]

Desde la perspectiva del Estado constitucional de derecho es difícil sostener que el legislador penal está libre de control, máxime si se trata del subsistema de control social que busca sus cumplir sus cometidos al causar dolor a los ciudadanos, cuyos derechos de libertad deben también ser protegidos de una intervención estatal desmedida, como se adujo al principio de estas líneas.[15]

Hay un segundo aspecto de la discusión constitucional del acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que amerita una mención. Este atañe directamente a las proyecciones del principio de propor-

[14] Respecto del proceso de estigmatización que se produce con las penas, por todos, véase Baratta (2004, pp. 197-198).

[15] En tal línea, Pietro (2004, p. 65). Además, como se ha expuesto, la tesis conflictivista de los derechos fundamentales, que es la que habilita el empleo del test de proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de las intervenciones a estos derechos, al concebir el supuesto de hecho de la norma en un sentido amplio admite todas las posiciones ius-fundamentales adscribibles al contenido inicial del derecho, que tienen protección sólo *prima facie*, que logra la calificación de contenido definitivo del derecho y su protección definitiva, después de que se afirme, por medio del test de proporcionalidad, que las razones a favor de su protección pesan más que las razones en contra.

cionalidad en derecho penal o, en concreto, a las diferencias y relaciones del principio de proporcionalidad de la pena y el de proporcionalidad en un sentido amplio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).[16]

Tal línea de argumentación fue propuesta por el voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Allí se alude a la proporcionalidad en un sentido amplio, el cuál es señalado por Lopera (2006) como una consecuencia más del "efecto de irradiación" de la Constitución, y de la jurisprudencia de su máximo intérprete sobre el resto del ordenamiento, entre ellos, la legislación penal.

Lopera (2006) plantea que la "proporcionalidad en sentido amplio" es el resultado de la integración de otros límites o garantías sustanciales.[17] Así, la evaluación de la legitimidad del fin y de la idoneidad del medio exigen una orientación preventiva del ejercicio del poder de castigar, sólo se puede justificar la pena cuando ésta se crea, se impone o se ejecuta para alcanzar fines externos al castigo, esto es, la tutela de bienes jurídicos, mediante la prevención de futuros delitos (Lopera, 2006, pp. 409 y ss.). En el subprincipio de necesidad, la evaluación pasa por la integración, cuando se trata de la norma de sanción, del principio de subsidirariedad (*ultima ratio*) que exigiría la evaluación del medio en función de que no existan medios alternativos igualmente eficaces, para el logro del fin de protección de bienes jurídicos, y menos lesivos para los derechos fundamentales, esto implica el reconocimiento de que la pena es un mal que sólo alcanza legitimidad en función de su imperiosa necesidad (Lopera, 2006, pp. 459 y ss.).

Además de la idoneidad y la necesidad de la pena, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se evalúa si la satisfacción de los

[16] La existencia en el derecho penal de un principio de proporcionalidad de la pena y sus diferencias con un principio de proporcionalidad en sentido amplio, compuesto por subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es planteado por la doctrina (Lopera, 2006, pp. 228 y ss.; Mir Puig: 2009, pp. 1358-1373); etc.

[17] En relación con la legitimidad del fin y a los subprincipios de la proporcionalidad, véanse Lopera (2006, pp. 326-545) y Bernal (2005, pp. 135-138).

fines que respaldan la intervención estatal del derecho pesa más que los costos que ella representa para los derechos afectados tanto por las prohibiciones como con las penas, evaluación que es coherente con una perspectiva utilitarista del castigo. Es en este subprincipio en el que tiene cabida una evaluación de la proporcionalidad de la pena, como uno de los tantos criterios que se emplean para realizar ese balance. El juicio de proporcionalidad de la pena se integrará concretamente en la evaluación de la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales, ésta será intensa si la medida enjuiciada, en este caso la pena, es más alta que la establecida para delitos de igual o mayor gravedad (Lopera, 2006, p. 505 y ss). Aquí, como lo expuso el pleno de la SCJN, se trata de la verificación del respeto por la igualdad en el proferimiento del dolor penal.

Una mención especial amerita el juicio de proporcionalidad propuesto en el voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien estimó que un aumento del tope máximo de pena para los delitos graves del fuero común y los concursos era una medida adecuada por ser idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. En este punto, sin comprometer una opinión respecto a la desproporcionalidad de la reforma al artículo 94 de la Constitución de Michoacán, mencionaré algunos aspectos que, según los resultados de la investigación doctoral de Lopera (2006), que es el punto de partida de este escrito, se tienen en cuenta en la evaluación constitucional de las medidas que intervienen derechos fundamentales en materia penal.

D. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la reforma incorporada por el Decreto 153, especial referencia al voto concurrente del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Hay dos presupuestos básicos del voto concurrente que es objeto de consideración en este apartado. El primero es que la modificación del *quantum* máximo de pena es una medida regresiva que disminuye el margen de protección de un derecho humano. La segunda es que, al tratarse de un

asunto de política criminal, el Poder Legislativo tiene "un *amplio margen de acción epistémico* (…). De esta manera, he considerado que en aquellos casos en los que exista incertidumbre sobre las premisas empíricas en las que se apoya la actuación del legislador, *debe entenderse que existe a su favor la presunción de que éstas son verdaderas*".[18] (Cursivas dentro del texto original).

Con tales presupuestos se declara que el aumento de pena de 40 a 50 años efectuada en la reforma del Decreto 153 en Michoacán persigue un fin legítimo porque es "…evidente que la medida impugnada está dirigida a garantizar de mejor manera la seguridad pública de todos los ciudadanos, lo que claramente constituye un *fin constitucionalmente legítimo*". (Cursivas dentro del texto original). Es idónea porque una pena de 50 años de prisión para los delitos graves, dentro de los que se encuentra el feminicidio, puede tener mayores efectos preventivos que una pena de 40 años.

Respecto al juicio de idoneidad y necesidad del aumento de pena para los delitos graves y los concursos de hechos punibles asume que la debilidad en torno a la certeza empírica de las razones que avalan la idoneidad del aumento de pena para el fin de prevención general y su necesidad se resuelven a favor de la constitucionalidad de la medida, en este caso la reforma del artículo 94 de la Constitución de Michoacán. Esto en virtud de ese amplio margen de acción epistémico con el que cuenta el legislador cuando se trata de la política criminal.

Lo primero que se puede plantear respecto al referido voto concurrente es que cuando efectúa la evaluación desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido amplio, con coherencia, acepta que el aumento de pena propuesto en la reforma de la Constitución de Michoacán es la

[18] Esta segunda premisa se apoya, y también las consecuencias que de ella se derivan para los juicios en los subprincipios de idoneidad y necesidad, en el Amparo directo en revisión 181/2011. Quejoso: Miguel Pérez García o Miguel López Aguilar. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

disminución de un derecho humano, por lo que se trataría de una medida *prima facie* regresiva y, además, reconoce ese amplio margen de acción epistémico que cubre las decisiones de política criminal del legislador.[19]

Lo segundo implica señalar que aunque las referidas premisas son asumibles desde la perspectiva de esta estructura argumentativa, hay algunos criterios que no fueron considerados en la evaluación del voto concurrente y que, según Lopera (2006), son necesarios para poder dar plena garantía al derecho a la argumentación que tienen los ciudadanos que verán amenazados sus derechos con la ley penal, en el caso concreto, con el aumento de pena para los delitos graves y los concursos en Michoacán.

El primer aspecto que se debe considerar tiene que ver con la naturaleza conflictiva de la intervención penal, la cual, como se expuso, persigue fines instrumentales a través de medios que comportan una intervención intensa en los derechos de los ciudadanos. Esto implica que en la radiografía del conflicto constitucional habrá que establecer, por un lado, los fines que respaldan el aumento de la pena referido y, por el otro, los derechos intervenidos que operarían en la argumentación como razones en contra del incremento punitivo.

Por el lado de los principios que respaldan el aumento de pena se encontrarían los fines preventivos generales, que son los fines inmediatos de la reforma que plantea un aumento de la pena en el extremo máximo del marco legal para los delitos graves y los concursos, los cuales tienen como fin mediato la protección de los bienes jurídicos. En relación con los principios que operarían en la argumentación constitucional como razones en contra del incremento punitivo se tiene el fin resocializador, siempre que se entienda que una pena de larga duración puede ser calificada como una medida que lo dificulta,[20] y los derechos fundamentales que se ven

[19] Respecto al margen de acción epistémico del legislador y sus consecuencias para el control de la ley penal a través del juicio de proporcionalidad, véase Lopera (2006, pp. 252 y ss).
[20] Al respecto, véase Baratta (2004, pp. 194-195): "Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos test de personalidad han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de

amenazados con el establecimiento de una pena de 50 años en el proceso de la criminalización primaria. Respecto a los principios en conflicto se consideraría los siguientes aspectos.

En la discusión del acuerdo del Pleno de la SCJN se traza como fin de la medida enjuiciada la prevención general, en el voto concurrente y en la argumentación de la posición mayoritaria parece asumirse el fin preventivo general negativo y en la argumentación del Poder Legislativo local parece reivindicarse el fin de prevención general positiva. No es el caso pronunciarse acerca de los problemas de fundamentación empírica que tiene el fin de prevención general.[21] Puede asumirse que los fines de prevención general de un aumento de pena, con los cuales se pretende tutelar los bienes jurídicos, son principios con respaldo constitucional porque, como lo expone el acuerdo del Pleno, no existe una norma constitucional o internacional que expresamente prohíba un aumento del tope máximo de aflicción penal. Y esto, como lo expone el voto concurrente analizado en este apartado, estaría cubierto por ese amplio radio de acción epistémico del legislador en materia de política criminal.

En relación con los derechos que se oponen al aumento de pena se tiene que, desde la perspectiva del fin de resocialización, las penas de larga dura-

---

los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste. Los estudios de este género concluyen que la 'posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir' [E. Paresch, 1961]". Sobre los efectos de prisionalización que se producen en especial cuando se sufren penas de larga duración, véase Echeverri (2010, pp.157-166). En relación con las penas de larga duración en México y las dificultades para alcanzar el fin resocializador, CNDH-México (2016, pp. 54 y ss).

[21] En relación con este tema, Alcácer (1998, pp. 388-389) expresa que ni la prevención general negativa ni la positiva son empíricamente verificables; enfatiza que hay unanimidad en entender que actualmente se verifica un desconocimiento general de cómo actúa socialmente la pena. Además, Larrauri señala que "en realidad lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis inductiva, es que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera o dicho de otra forma, que el Derecho penal es, con carácter general, preventivamente efectivo en relación a una razonable evitación de conductas lesivas para la libertad de los individuos" (Larrauri, 1998, p. 741), y aduce que la prevención general constituye "la más perfecta de las ideologías, porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir". Acerca de las dificultades de comprobación empírica de los fines de prevención general, véase Lopera (2006, pp. 419 y ss.).

ción se han estimado como contraproducentes para el lograr el objetivo de que el infractor pueda en un futuro participar del sistema social y vivir una vida en libertad sin la realización de delitos.[22] Significado que adjudica la Suprema Corte a este fin, el cual, además, califica como un derecho constitucional.

La evaluación desde el fin resocializador puede efectuarse en el momento que se produce la amenaza de pena de larga duración, porque puede sostenerse, con fundamento empírico, que el establecimiento de la pena de prisión en esos *quantums* es contraproducente para el logro de ese fin, porque, como se adujo, cuando éstas se crean en el momento de la determinación legal de la pena habilitan y a la vez ordenan su imposición en el momento de la determinación judicial. Condición que, a su vez, posibilita su ejecución en la fase de criminalización terciaria.[23]

La consideración de las afectaciones potenciales a los derechos es propia de la teoría de los derechos fundamentales que dan cobertura a la aplicación de la proporcionalidad en un sentido amplio. Precisamente, la asunción de un supuesto de hecho amplio y la consideración no sólo de las afectaciones sino de las amenazas de afectación a los derechos permiten que en la evaluación de la constitucionalidad de las medidas esto sea tenido en cuenta al argumentar ante los ciudadanos que el *quantum* de pena está justificado porque se trata de una medida que persigue un fin legítimo y es idoneidad necesaria y proporcionada en sentido estricto. Esto obviamente no inhibe la evaluación de la proporcionalidad de la medida a la luz de las contingencias del caso concreto, en el momento de la imposición e individualización de la pena, en especial en los sistemas constitucionales que incorporan el control difuso de constitucionalidad.

---

[22] Véase Baratta (2004).

[23] Habría que considerar incluso las condiciones bajo las cuales sería ejecutada esa pena de larga duración en las prisiones de Michoacán; cuestión que también debería ser valorada en el control constitucional de ese aumento de pena. Respeto a los derechos humanos en las prisiones mexicanas, véanse Cuéllar, López y Martínez (2017, pp. 205 a 230) y CNDH-México (2016).

Ahora bien, la evaluación del aumento de pena propuesto en la reforma de la Constitución local desde la perspectiva de la idoneidad, en la misma línea del voto concurrente, se satisface sólo con la confirmación de que hay un vínculo de causalidad positiva entre ese aumento de pena y el fin disuasor o de prevención general. Por tanto, la evaluación de la idoneidad no exige la demostración plena de la eficacia empírica del aumento de la pena, no obstante la posible incertidumbre que pueda tenerse alrededor de ella, así como la certeza de su carácter contraproducente para otro de sus fines, en tanto amenaza la posibilidad de resocialización, si bien no tiene la capacidad para sustentar una falta de idoneidad de la medida, sí son razones que se deben considerar en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, son condiciones que debilitan la certeza empírica de los fines que respaldan la intervención en el derecho fundamental.[24]

En el subprincipio de necesidad[25] se trataría de comparar la pena de 50 años para los delitos graves y los concursos con la de 40 años y evaluar si existe una idoneidad equivalente, porque es evidente la menor lesividad de esta última, en atención a su duración, para los derechos intervenidos y el fin resocializador. De nuevo, habría que declarar, con ocasión de ese

[24] Lopera (2006, pp. 409-432) expresa respecto al juicio de idoneidad que cuando este se proyecta sobre la norma de sanción, supone evaluar si la pena que se impone en el caso concreto contribuye de algún modo a la satisfacción de los fines preventivos generales y especiales. Además, este juicio es débil porque basta, para concluir que la medida legislativa es idónea, con el hecho de que posiblemente la pena favorezca la consecución de al menos uno de los fines. Además, en caso de empate, esto es, cuando no haya razones suficientes para desvirtuar que el castigo alcance algunos fines, pero en cambio resulta contraproducente para otros (por ejemplo, para el fin resocializador), debe afirmarse su idoneidad, en atención al principio de vinculación del juez a la ley. En todo caso, las dudas en torno a la idoneidad de la medida se tienen en cuenta en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

[25] En cuanto al subprincipio de necesidad, afirma Lopera (2006, pp. 459 y ss.) que no se trata de la búsqueda de alternativas al derecho penal porque ese terreno es exclusivo del legislador, está vedado para los jueces cuando deciden el caso concreto, por el contrario, éste implica la búsqueda de medios alternativos en el catálogo de penas elaborado por el legislador, tratando de establecer si los medios alternativos alcanzan el fin que se persigue con un menor sacrificio o lesividad para los derechos fundamentales, pero con una idoneidad equivalente. Las dudas en torno a la idoneidad de la medida legislativa deben resolverse a favor de ella. La opción por resolver cualquier incertidumbre en torno a la necesidad de la medida, a favor de ella, encuentra justificación en el principio de vinculación del juez a la ley.

amplio margen de acción epistémico del legislador penal, que al no haber una prueba de que éstas ostentan la misma eficacia, y que, quizá, una pena mayor sí refuerza esos fines preventivos generales se está ante una razón suficiente para declarar la constitucionalidad de la medida, incluso, a pesar de que ese aumento de pena amenaza de forma más intensa el mencionado fin resocializador, que de acuerdo con lo declarado por la Suprema Corte también es un fin del castigo en México.

Por lo anterior, el reproche que realiza el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales relativo a la falta de taxatividad de la locución *delito grave* y la debilidad en torno a la fundamentación empírica de las necesidades de prevención general con ocasión del aumento de la criminalidad en Michoacán no tienen la capacidad de fundamentar una falta de idoneidad o la necesidad del endurecimiento de la respuesta penal, no obstante, esto sí debilita la certeza empírica en torno a su eficacia preventiva y eficiencia y, por ello, son criterios que se deben considerar en el subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto.

Conforme a la propuesta de Lopera (2006, pp. 525 y ss.) del control de la ley penal por medio de tal estructura argumentativa, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto donde cobran importancia las dudas en torno a la calidad epistémicas de las razones que llevan al legislador a intervenir de un determinado modo los derechos fundamentales.[26]. Por lo que si bien, como lo propone el voto concurrente comentado, existe una amplia configuración legislativa de la política

[26] En el voto concurrente se afirma "La medida es proporcional en sentido estricto. Por último, y como también se sostuvo en el multicitado amparo directo en revisión 181/2011, al analizarse el aumento de una pena, lo que tiene que realizarse en la grada de proporcionalidad es una ponderación entre los beneficios que pueden esperarse de la protección penal del bien jurídico y los costes derivados de la sanción penal desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados por ésta. Análisis que —se explicó— "está condicionado por el amplio margen de apreciación que el legislador tiene para realizar el balance entre los beneficios y los costos de la intervención penal". De este modo, en el caso concreto es posible sostener que los costos que supone el aumento del límite de las penas en los derechos fundamentales de los sentenciados, se ven compensados por la importancia que tiene disuadir con mayor intensidad los delitos más graves de la entidad (y, en particular, el delito de feminicidio). Además, no se advierte que el aumento de 40 a 50 años resulte abiertamente irrazonable o que *per se* anule por completo los derechos de los sentenciados.

criminal y esto permea el juicio de proporcionalidad, en el balance de qué pesa más, si la afectación de los derechos intervenidos con el endurecimiento de la aflicción penal o los fines de prevención general del conjunto de conductas que se disputarían la calificación de graves, las dudas en torno a la certeza de la idoneidad y la necesidad de la medida, en este caso la pena de 50 años, para el fin legitimo propuesto, la prevención general, son razones que juegan en contra de la constitucionalidad de la reforma en el juicio ponderación.[27]

La libertad configurativa del legislador, sobre todo si se adopta un control exigente, no inhibe del juicio de constitucionalidad el empleo de los criterios vinculados con la afectación o los costos en los derechos de los ciudadanos, incluso si éstos son imputados o sentenciados con ocasión de un "delito grave". Un proceder contrario reduce la evaluación de las medidas estatales por medio de la proporcionalidad a una mera cláusula de estilo.[28] La afirmación de la proporcionalidad de las medidas pasa por darle un lugar en la argumentación a la afectación de los derechos, incluidas aquellas que se producen por la amenaza legal de pena

En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, expone Lopera (2006, pp. 497 y ss.) que involucra una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de la aplicación de la pena para la protección de bienes jurídicos y los costos que implica para los derechos

[27] Es así cuando se asume que al tratarse de la ley penal el control constitucional debe ser exigente. A pesar de que en el voto concurrente que se analiza en este apartado se plantea realizar un juicio de proporcionalidad que agote la evaluación de la medida desde todos los subprincipios de la proporcionalidad, éste parece asumir, en sintonía con la posición mayoritaria de la Suprema Corte, la activación de un control constitucional leve de la ley penal.

[28] Lopera y Arias (2010, p. 191) se refieren al empleo del test de proporcionalidad para realizar el control constitucional a la decisión de imposición judicial de la pena en el ordenamiento colombiano, plantean: "Extraer las consecuencias normativas del principio de proporcionalidad podría parecer algo inusual en nuestra cultura jurídica, donde ha imperado una tradición fuertemente legalista. En este módulo defendemos que la utilización de esta herramienta puede y debe ser algo más que una cláusula de estilo de la que no se deriva consecuencia alguna. Igualmente, buscamos evidenciar que una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad no riñe con el mandato de vinculación del juez a la ley; por el contrario, éste le permite hacer una interpretación y una aplicación integral de todos los mandatos legales y constitucionales que está llamado a tener en cuenta al momento de fundamentar la imposición de una pena".

fundamentales.[29] La idea es determinar si la satisfacción de los principios que respaldan la intervención logra compensar la afectación que se produce en los derechos fundamentales. De este modo, para determinar el peso de los principios en juego, la autora propone lo siguiente:

En primer lugar, los grados de afectación y de satisfacción de los principios en tensión, en este caso, por un lado, los fines de prevención general y los bienes jurídicos protegidos mediante las prohibiciones de las conductas que dan pie a la calificación de delitos graves, que como se expuso en el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales van del feminicidio al robo en casa de habitación, y, por el otro, el fin resocializador y los derechos directamente afectados por la amenaza de una pena de 50 años, esto es, entre otros, la libertad y el derecho al honor; en segundo lugar, se debe valorar el peso abstracto de los principios que están

[29] En relación con los juicios que integran el momento de la ponderación dentro de la estructura argumentativa integrada en el test de proporcionalidad, Bernal (2006, pp. 63-63) expone que "'Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro'. De acuerdo con esta ley, la estructura de la ponderación puede dividirse en tres pasos que Alexy identifica con claridad: 'En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro'. Es importante advertir que el primero y el segundo paso de la ponderación son análogos. Ambas operaciones consisten en: establecer la importancia de los principios en colisión. Con esta expresión nos referiremos en adelante a estos dos pasos. Alexy sostiene que en ambos pasos puede alcanzarse la conmensurabilidad mediante la referencia a una escala triádica, en la que las intensidades 'leve', 'moderada' y 'grave' especifican el grado de importancia de los principios en colisión. Ahora bien, la importancia de los principios en colisión no es la única variable relevante en la ponderación. La segunda es el 'peso abstracto' de los principios. El peso abstracto de los principios puede variar de acuerdo con la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos. Asimismo, este peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos. De este modo, por ejemplo, puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo. De forma similar, los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana. A lo anterior debe sumarse una tercera variable S, que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación".

en conflicto, y, en tercer lugar, la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra del aumento de la pena.

Para establecer el grado de afectación que produce la imposición de la pena en los derechos fundamentales se debe determinar a su vez lo siguiente (Lopera, 2006, pp. 505 y ss.):

1. El alcance de la intervención. Esto se determina analizando cuáles y cuántas posiciones iusfundamentales se ven implicadas. Cuántas más posiciones sean intervenidas con una amenaza de la pena, mayor será el grado de afectación.

2. La probabilidad de que se produzca la intervención. Será mayor en las hipótesis del juicio de individualización judicial e imposición de la pena y será menor cuando se trata de amenazas o afectaciones potenciales a estos derechos, que es lo que se produce en el momento de la criminalización primaria, como en el caso de un aumento legal del tope máximo de pena que es la medida que debatió la Suprema Corte en el acuerdo del Pleno.

3. La duración de la intervención en los derechos fundamentales. Cuánto más larga sea la duración de la pena mayor será la intervención en los derechos fundamentales.

4. La comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza. Conforme a este criterio, la afectación de derechos fundamentales se considerará en especial intensa cuando la pena que se imponga sea más drástica que la establecida para delitos de igual o menor lesividad. En este punto tiene lugar el juicio de proporcionalidad de la pena, que como lo indicó el ministro Luis María Aguilar Morales, al considerar la falta de taxatividad de la reforma en cuanto a la lista de delitos que admiten tan consideración, podría dar pie a situaciones de intensa desigualdad.

Para establecer el grado de satisfacción de los principios que respaldan la intervención, se tienen los siguientes criterios (Lopera Mesa, 2006, pp. 511 y ss.):

1. La lesividad de la conducta sancionada. Entre mayor sea la lesividad del comportamiento, su prohibición con amenaza de pena contribuirá en mayor medida a la protección de los bienes jurídicos; de este modo, la satisfacción será mayor en el caso de acciones lesivas y menor en el de eventos sólo peligrosos; comportará mayor grado de satisfacción el peligro concreto que el peligro abstracto. Modalidad de imputación subjetiva: el grado de satisfacción será mayor en el caso de los delitos dolosos que en los culposos.

2. La contribución que preste a los fines de la pena. Será mayor cuando la imposición de la pena favorezca el logro de más fines y cuanto mayor sea la intensidad de la contribución.

El peso abstracto de los principios en juego. Al respecto, Lopera expresa:

> Mediante la variante del peso abstracto se da cabida en la ponderación al reconocimiento de que, pese a la igual jerarquía formal de los principios en colisión, la importancia de cada uno de ellos desde el punto de vista material puede ser diferente, de acuerdo con el distinto valor que ellos ostenten en el sistema jurídico (Lopera, 2006, pp. 513 y ss).

La autora propone, entre otros, los siguientes criterios para determinar la variable: 1) la jerarquía constitucional de los principios que se establece de acuerdo con el reconocimiento directo o indirecto, en la Constitución, de los principios que respaldan o contradicen la imposición de la pena; 2) La prioridad de los principios que reflejan derechos individuales respecto de aquellos que expresan derechos colectivos, y 3) la vinculación de la posición ius fundamental afectada o protegida con el principio democrático y la dignidad humana.

La falta de taxatividad en torno a las conductas delictivas que serán susceptibles de la calificación de delitos graves puede dificultar este juicio, aunque no lo impiden al atender la argumentación que propone el ministro Luis María Aguilar Morales en su voto particular. Con esos criterios, los delitos que ameritan tal calificación atentan contra bienes jurídicos de naturaleza individual, exigen formas de imputación subjetiva dolosas y se trataría de tipos penales de lesión. No obstante, esa falta de taxatividad sí puede mermar el peso de los principios o razones que están a favor del aumento de pena, como se expuso con anterioridad.

Finalmente, en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto debe establecerse la certeza de las premisas empíricas que respaldan o contradicen la imposición de la pena. En este sentido, expone Lopera (2006, pp. 526-527) que mientras las premisas empíricas que respaldan la imposición de la pena versan principalmente acerca del grado de idoneidad y la necesidad de la sanción penal, las premisas que operan en su contra son las referidas a su grado de lesividad para los derechos fundamentales y a su falta de necesidad para alcanzar los fines preventivos. Aquí deben tenerse en cuenta las dudas[30] establecidas en cuanto a la idoneidad y la necesidad de un aumento de pena de 50 años para los delitos graves del fuero común y los concursos, conforme a la reforma del párrafo segundo del artículo 94 de la Constitución de Michoacán.

D. Consideraciones finales

La aplicación del test de proporcionalidad para evaluar si la disminución en la protección de un derecho está ajustada a la Constitución es una de las consecuencias, como se expuso, de la constitucionalización de los derechos y la supremacía de la Constitución como fuente del derecho. No obstante, hasta dónde se llevan los límites del control constitucional de la ley penal es una cuestión anclada a profundas condiciones cultu-

[30] Tanto las relativas a la falta de fundamentación empírica de las necesidades de prevención general como su carácter contraproducente para el fin resocializador.

rales y sociales de los ordenamientos jurídicos de los distintos países (Lopera, 2011, p. 136).

En tal sentido, puede afirmarse que aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación acepta en el acuerdo del Pleno la posibilidad de realizar un control constitucional a la ley penal, una vez asume que los derechos afectados con un aumento de pena para los delitos graves y los concursos en Michoacán son mandatos de optimización y, con ello, se da cobertura a la aplicación del test de proporcionalidad. En dicha evaluación hay una adscripción a un control leve de constitucionalidad que se satisface con la verificación de que no se traté de un medio prohibido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni por los tratados internacionales de derechos humanos que vinculan al Estado y que, además, se trate de un medio que persiga un fin legítimo, en este caso, el fin preventivo general. En definitiva, reduce el examen constitucional a que la norma penal no "constituya un exabrupto".

Lo expuesto en el párrafo anterior permite concluir que en el acuerdo del Pleno objeto de estas líneas se verifica una intensa deferencia al legislador penal.[31] Tal deferencia no es en sí misma objetable,[32] no obstante,

[31] Respecto a una tendencia a la adscripción de un control constitucional débil de la ley penal que se adhiere a una intensa deferencia al legislador en el caso del Tribunal Supremo Español y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, véase Fossas (2015, págs. 305-332). La misma tendencia advierte Lopera (2011, p.136) en el ordenamiento chileno.

[32] Al respecto, Lopera (2011, p. 136): "El diseño de sistemas de justicia constitucional, así como sus modos de funcionamiento efectivo, representan intentos de resolver la tensión entre constitucionalismo y democracia inherente al modelo de estado constitucional. En el debate teórico sobre cuál puede ser el diseño institucional que mejor acomode ambas exigencias ha ganado terreno la tesis que descarta una respuesta general y, en cambio, admite la "dependencia contextual", de modo tal que, como sostiene Juan Carlos Bayón, si "la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, se ha de admitir que cuál sea el diseño institucional preferible es una cuestión inevitablemente dependiente del contexto, de manera que para diferentes condiciones sociales habrá que considerar justificados procedimientos de decisión distintos". Lo anterior no sólo vale, en el sentido que propone Bayón, para discutir sobre la pertinencia de adoptar un modelo de constitucionalismo "débil", que reserve la última palabra a las mayorías parlamentarias, o un modelo "fuerte" que establezca mecanismos de rigidez y control judicial de constitucionalidad de las leyes. La tesis de la "dependencia contextual" también ha de ser considerada cuando se trata de examinar la postura de mayor o menor deferencia que adopta el Tribunal Constitucional respecto del Legislador en aquellos sistemas que han optado por introducir sistemas de

en este texto se presentan algunas de las razones por las cuales, conforme a la postura minoritaria expresada en el voto particular del ministro Luis María Aguilar Morales, se estima importante defender un control exigente de constitucionalidad cuando se trata de una norma que aumenta el *quantum* máximo de una pena de prisión considerablemente alta.

En todo caso, una evaluación constitucional exigente de la reforma constitucional planteada por el Decreto 153 del 24 de octubre de 2016 no puede comprometer una conclusión de inconstitucionalidad de tal endurecimiento penal, aun cuando se asumen los reparos en torno a la ausencia de taxatividad respecto de los delitos frente a los que procede y su carácter contraproducente para el fin resocializador. No obstante, un control más exigente de la norma cuestionada sí satisface la demanda de un ejercicio argumentativo robusto cuando se trata de la afectación de derechos producida por la determinación legal de la pena. Tal conclusión se adhiere a la perspectiva que asume que

> dado que la definición del alcance de los derechos fundamentales dista de moverse en el plano de lo indiscutible, los instrumentos argumentativos empleados en el control de constitucionalidad de las leyes han de estar diseñados para ser operativos más allá del umbral de lo evidente, pues sólo con una configuración más exigente del control es posible estimular un debate real y a fondo sobre las decisiones de la mayoría que afecten derechos fundamentales, y lograr que el juicio abstracto de constitucionalidad pueda cumplir con la función que hoy en día constituye su principal justificación, cual es la de "asegurar que no decaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia" (Lopera, 2008, p. 207).

Se concluye con la insistencia de que lo único que garantiza un control exigente de constitucionalidad es la satisfacción del derecho de los ciu-

---

justicia constitucional. Al fin y al cabo, la exigencia y la intensidad del control de constitucionalidad de las leyes contribuyen de manera importante a definir el carácter "débil" o "fuerte" de un diseño concreto de constitucionalismo".

dadanos a la argumentación, que es lo mínimo a lo que puede aspirar un ciudadano en un Estado constitucional y democrático de derecho cuando se trata de una medida que involucra las condiciones bajo las cuales se profiere el dolor penal en un sistema social. Este derecho, como se expuso, es lo que constituye "el sentido último del constitucionalismo de los derechos" (Prieto, 2004, p. 61).

Fuentes

Alcácer, R. (1998) "Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 51, pp. 365-588.

Baratta, A. (2004), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.

Bernal, C. (2005), *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2006), "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 26, núm. 77, pp. 51-75

_____ (2007), "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?, *Doxa*, núm. 30, pp. 273-291.

CNDH-México (2016), *Racionalización de la pena de prisión*. Villanueva C., R. (coord)., 1a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Cuéllar, A., López, A. y Loera A. (2017), "Derechos humanos y ejecución penal en el nuevo sistema de justicia de México", *Acta Sociológica*, núm. 72, pp. 205-230, disponible en: «http://creativecommons.

org/licenses/by-nc-nd/4.0/)» (última fecha de consulta: 5 de julio de 2020).

Demetrio, E. (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena,* Salamanca, U. de Salamanca.

Echeverri, J. A. (2010), "La prisionalización, sus efectos psicológicos y su evaluación", *Revista Pensando Psicología*, vol. 6, núm. 11, pp. 157-166.

Ferrajoli, L. (1989), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 1a. ed. en castellano (1995). Andrés Ibáñez, P., Ruiz Miguel, A., Bayón, J. C., Terradillos Basoco, J. y Cantarero, R. (trads.), Madrid, Trotta.

Fossas E. (2015), "Límites materiales al legislador penal en un espacio de pluralismo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, pp. 305-332.

Larrauri, E. (1998), "Criminología crítica: abolicionismo y garantismo", *Nueva Doctrina Penal,* pp. 719-752.

Lopera Mesa, G. P. (2004), "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", *Doxa*, núm. 27, pp. 211-246.

_____ (2005), "El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana)", *Nuevo Foro Penal*, 67, pp. 13-63.

_____ (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____ (2008), "El Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en Carbonell. M. (coord). *Principio*

de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales, pp. 173-207, México, CNDH-CEDH.

_____ (2011) "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia", *Revista de Derecho*, vol. XXIV, núm. 2, pp. 113-138.

_____ y Arias, D. P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada.

Mir Puig, S. (2009), "El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal", en Orts, E. (coord.) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 2, pp. 1357-1382.

Prieto L. (2004), "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 71, pp. 47-72.

Roxin C. (2001), *Derecho penal. Parte general*. T. I. Luzón Pena, D. M., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J. (trads,), 2a. ed., Madrid, Civitas.

Silva, J. M. (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch.

Von Hirsch, A. (1998), *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid.

El desarreglo de los métodos de adjudicación

Rodrigo González Zuppa*

* Licenciado en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Colaboró en *Nexos* con el artículo "Las comparecencias de las candidatas a la Suprema Corte: reglas de escrutinio mal diseñadas". Ha realizado prácticas profesionales en la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ganó el segundo lugar del Primer Concurso de Ensayo Universitario del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.

El criterio jurisprudencial 2a./J. 10/2019 (10a)[1] de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) habla de los métodos de adjudicación constitucional de los tribunales jurisdiccionales. En dicho criterio, la Sala afirmó que "el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento"; sin embargo, considerar que los métodos son intercambiables es problemático. En concreto, el uso de los métodos de interpretación constitucional no puede ser indistinto, pues el *momento* en el que deben ser utilizados y los *resultados* que cada uno puede producir son diferentes.

[1] TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, Tesis 2a./J. 10/2019, p. 838.

La resolución mencionada permite que los jueces tomen decisiones arbitrarias en los casos que requieran de interpretación constitucional. Esto implica la generación de otros riesgos, como el uso estratégico de los métodos o la existencia de potenciales tratos desiguales hacia personas en la misma situación.

A continuación, explicaré con más detalle el caso. Concentraré mi análisis en los tres métodos de adjudicación mencionados por la Segunda Sala y el funcionamiento de cada uno; éstos son, la interpretación conforme, los niveles de escrutinio judicial y el test de proporcionalidad. Después, explicaré por qué, dada su naturaleza, esos métodos no pueden operar de la misma manera ni al mismo tiempo. Finalmente, realizaré un breve análisis del criterio de la Segunda Sala y las posibles alternativas para reducir sus efectos problemáticos.

La resolución mencionada fue consecuencia de una reiteración de cinco criterios similares derivados del mismo caso: el amparo en revisión 388/2018.[2] En éste, la aerolínea LAN Perú SA presentó un juicio de amparo indirecto en contra de algunos artículos de la Ley de Aviación Civil y de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 2017.[3] Su argumento era que las obligaciones impuestas en dichos artículos reprobaban el test de proporcionalidad y, en consecuencia, resultaban inconstitucionales. El juicio fue sobreseído y el amparo negado, por lo que la quejosa interpuso un recurso de revisión. El Tribunal Colegiado que recibió el caso levantó el sobreseimiento de los artículos y reservó la jurisdicción a la Suprema Corte por tratarse de normas sobre las cuales no había criterio jurisprudencial previo. Al final, la Segunda Sala admitió el recurso y resolvió negar el amparo, pero lo interesante de este caso es la manera en la que la Corte entiende los distintos métodos de adjudicación constitucional en su sentencia.

[2] Sentencia mediante la que se resuelve el amparo en revisión 388/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: ministro Javier Laynez Potisek.
[3] Los artículos fueron: 2 FIV bis, 42 bis, 47 bis, 47 bis 1, 47 bis 2 y 87 de la Ley de Aviación Civil y 65 ter y 65 ter 1 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, *ibidem*.

En este sentido, vale la pena hablar de la postura de la Segunda Sala frente al argumento de la aerolínea. La quejosa alegaba que los jueces debían aplicar el test de proporcionalidad a las normas en cuestión, pues el principio propersona establecido por el artículo 1 constitucional, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina internacional de los derechos humanos permitía entender que "toda norma que forme parte de un sistema jurídico debía aprobar un escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad conformado por distintos pasos o requerimientos, a saber: finalidad constitucionalmente legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto" (amparo en revisión 388/2018, pp. 5-6).

Frente a ese argumento, la Corte dijo que el test de proporcionalidad no había sido tratado por la jurisprudencia como texto constitucional ni derecho fundamental, sino "como método de argumentación judicial para verificar si alguna limitación o restricción es violatoria de algún derecho humano" (amparo en revisión 388/2018, p. 8) Así, como la Suprema Corte sólo había reconocido al test como un método de argumentación judicial, entonces no había necesidad para tratarlo de otra manera. En palabras de la Corte, los tribunales "no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso" (amparo en revisión 388/2018, p. 12).

Pero la Segunda Sala no detuvo aquí su razonamiento. Para ésta, como el test de proporcionalidad sólo es un método de interpretación, y es facultad de los jueces decidir cómo interpretar la Constitución (como consecuencia de su libertad de jurisdicción), entonces le corresponde a cada juzgador escoger el método más idóneo. Para justificar tal criterio en su sentencia, la Segunda Sala procede a afirmar que, además del test de proporcionalidad, el máximo tribunal ha utilizado otros métodos de interpretación como los niveles de escrutinio (amparo en revisión 388/2018, p. 9), la interpretación sistémica, la gramática o la teleológica, por lo que todas las metodologías de interpretación son "igual de válidas para

emprender el examen correspondiente" (amparo en revisión 388/2018, pp. 11 y 34). Este razonamiento sería adecuado si todos los métodos de adjudicación tuvieran el mismo funcionamiento; sin embargo, la interpretación conforme, el test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio judicial no funcionan de la misma manera.

Para distinguir los momentos de su operación, es posible afirmar que la interpretación conforme tiene una *naturaleza preventiva* y el test y los niveles de escrutinio una *naturaleza resolutiva*. Por un lado, la interpretación conforme funciona para *prevenir* la existencia de antinomias, pues busca armonizar el significado de ambas normas de modo que no existan contradicciones entre ellas. Por otro lado, los otros dos métodos sólo pueden operar frente a una antinomia, pues tienen el propósito de *resolverla*. El uso de los métodos resolutivos implica que la lectura armonizadora de la interpretación conforme no tuvo éxito o fue imposible considerarla y entonces es necesario emplear otros tipos de análisis que permita verificar la constitucionalidad de la norma en cuestión. Las diferentes maneras en la que estos métodos pueden conseguir sus propósitos aún son objeto de discusión doctrinal, pero no es posible negar la distinción mencionada.

A pesar de que el test y los niveles de escrutinio sean métodos resolutivos, la forma en la que ambos contemplan la realización de su propósito es distinta. El test de proporcionalidad obliga a los juzgadores a analizar, durante una serie de etapas escalonadas, la constitucionalidad de una norma una vez que ésta incide con algún derecho fundamental. El número y la aplicación de cada etapa es debatible, pero es posible encontrar una buena explicación general en la teoría desarrollada por Aharon Barak (2012). La norma debe tener una *finalidad constitucionalmente legítima,* un propósito que pueda ser anclado en el texto constitucional. Dicha finalidad debe tener una *conexión racional*[4] con los medios planteados por

[4] Esta etapa también es conocida como idoneidad. Para el propósito del presente texto, serán considerados como sinónimos.

la norma limitante. Una vez que esto se cumple, la norma debe ser *necesaria*; esto es, que no existan medios alternativos que puedan conseguir el fin legítimo y que dichos medios limiten el derecho fundamental menos que los medios contemplados por la norma limitante.

Finalmente, la norma debe cumplir con un criterio de proporcionalidad en sentido estricto; es decir, que el daño causado al derecho constitucional, así como la probabilidad de que se cause, sea menor al beneficio obtenido por el objetivo legítimo y a la probabilidad de que éste se consiga. Si la norma cumple con todos estos requisitos, entonces debe ser declarada constitucional y los juzgadores deben demostrar su congruencia con la constitución en el análisis. En caso de que la norma no pase el test, los juzgadores deben declarar aquello que la vuelve inconstitucional. En contraste, la realización de los niveles de escrutinio judicial tiene una relación más estrecha con la jurisprudencia, pero es menos transparente en un sentido casuístico.

Los niveles de escrutinio son un conjunto de tres métodos de adjudicación establecidos por la doctrina estadounidense. En cada uno de éstos existe un grado progresivo de rigor hacia el gobierno para poder declarar sus acciones como constitucionales. Los niveles son el escrutinio ordinario, intermedio y estricto. La aplicación de cada nivel depende del criterio que decida seguir la corte estadounidense con base en su sistema de precedentes, lo cual lo ha generado la inclusión de casos relacionados con discriminación contra minorías o interferencia al derecho al voto, privacidad o libertad de expresión en el estricto; discriminación de género, contra indocumentados o huérfanos, en el intermedio, y otros asuntos menos graves para la Corte, como los fiscales, en el ordinario (Fallon, 2019).

Sin duda, los retos que enfrenta este método de interpretación constitucional son varios. Sin embargo, las reglas de operación en cada nivel son claras y obligatorias. Además, gracias al sistema de precedentes que rige a los tribunales estadounidenses, es posible observar las prioridades de su Corte y la manera en la que ordenan los diferentes derechos de los indi-

viduos. Esto no quiere decir que los tribunales estadounidenses sean completamente imparciales al momento de interpretar sus normas, pero sí que el rigor de su actividad es previsible.

En contraste, el test de proporcionalidad introduce en un mismo método cada conflicto normativo. Si la norma pasa el test, la resolución establece directamente un precedente conciso respecto de lo que la autoridad judicial considera como norma constitucional. De lo contrario, también se da una señal directa al órgano legislativo respecto de los elementos a solucionar en la expedición de normas futuras que sí permitan garantizar sus propósitos legítimos.

Ambos métodos tienen ventajas y desventajas; sin embargo, lo que quiero enfatizar es que su forma de operar es diferente. Esto es de especial relevancia para analizar el criterio de la Segunda Sala, pues los diversos métodos pueden llevar a diferentes resultados. Una norma podría ser declarada constitucional por un análisis en el que sean utilizados los niveles de escrutinio judicial, pero ser declarada desproporcionada o incluso innecesaria por un análisis en el que sea empleado el test de proporcionalidad. Por lo tanto, los métodos resolutivos no sólo difieren del preventivo, también difieren entre sí.

Ahora bien, asumir que los métodos pueden utilizarse de manera indistinta para cualquier caso es deficiente en un análisis formal, pero también en un sentido práctico. En concreto, identifico un problema general —la debilitación del aparato jurisdiccional— que he dividido en tres temas fundamentales. El primero es el dominio de los métodos por parte de los jueces. El segundo tema es el uso estratégico de esos métodos. El tercero es la justificación del uso de los métodos. Estas cuestiones se complican gracias al laxo sistema mexicano de precedentes judiciales, lo cual reduce la certeza jurídica.

Para admitir la posibilidad de usar cualquier método de interpretación se requieren, por lo menos, dos cosas: *i)* conocer cómo funciona cada uno

y *ii)* justificar la utilización del escogido. Un dominio de los métodos permitiría cumplir ambas cuestiones; sin embargo, la deferencia del sistema de precedentes mexicano complica esta tarea.

En la jurisprudencia existen diferentes tipos de explicaciones de cada método. En algunos casos, esas explicaciones no tienen nada que ver entre sí. Por ejemplo, como se ha observado, desde sus inicios, el uso del test de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte ha sido deficiente (Martín Reyes, 2020). De acuerdo con esta crítica, en los tres primeros casos en los que se menciona explícitamente el test de proporcionalidad, las etapas mencionadas son diferentes y su explicación suele ser incorrecta y ambigua. Por ejemplo, en el primer caso, la Suprema Corte junta en una sola etapa el fin legítimo y la idoneidad, la cual razona circularmente (la medida es idónea porque es idónea); las demás etapas no son desarrolladas de ninguna mejor manera. En el segundo caso, los jueces confunden al test de proporcionalidad con la proporcionalidad de las penas en materia penal. En el tercer caso, agregan un juicio de igualdad previo injustificadamente y tampoco explican las etapas.[5] Quizás la mejor muestra del test de proporcionalidad la expuso la Primera Sala en la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a). Ha sido considerado que, en este caso, la Suprema Corte explica con detalle "cómo examinar la proporcionalidad de una medida que interviene en un derecho fundamental [y] (…) su sistematización cumple una función pedagógica muy útil para divulgar el principio de proporcionalidad en México" (Sánchez Gil, 2021, p. 46).[6]

Sin embargo, este tipo de ambigüedades no sólo existe en los precedentes del test de proporcionalidad. De hecho, el mismo test ha sido utilizado de forma deficiente por la Suprema Corte al confundir su uso con el de los niveles de escrutinio y la interpretación conforme (Díez Gargari, 2012,

[5] Las tesis analizadas por Martín Reyes son 1a. CCXXXVI/2011; 1a.CCIX/2011 y 1a. LIII/2012.
[6] Sánchez Gil analiza este criterio como la mejor exposición realizada del principio de proporcionalidad, pero también observa una aproximación a ello en los precedentes P./J. 130/2007 y especialmente en la acción de inconstitucionalidad 2/2014.

65-103).[7] Esto permite sugerir que la Corte utiliza los métodos "más como una herramienta discursiva para consolidar su papel de tribunal constitucional que como un método para solucionar casos concretos" (Díez Gargari, 2012, 94).

Esta laxitud no sólo debilita al sistema jurisprudencial y empeora el entendimiento del test, también es perjudicial al momento de querer utilizar otros métodos, como los niveles de escrutinio, pues su efectividad depende sobre todo de la congruencia de los precedentes. O bien, como la interpretación conforme, pues su utilización no debería depender de una ponderación, más bien, de que exista la posibilidad de conciliar una disposición normativa con derechos fundamentales. Una capacitación de los juzgadores podría solucionar esto; sin embargo, para conseguirlo sería necesario implementar correctamente una política pública y gastar dinero en el proceso (además de que, en principio, los juzgadores deberían estar capacitados en métodos de adjudicación, con independencia de su obligatoriedad).

Entonces, si bien es conveniente capacitar a los juzgadores, esto no resolvería los demás problemas mencionados, pues sólo les permitiría conocer los métodos y la forma en la que han sido utilizados en la jurisprudencia; sin embargo, el uso estratégico de esos métodos continuaría siendo un riesgo mientras la Suprema Corte no defina con claridad cuáles métodos han de emplearse para cada tipo de cuestión.

Como los jueces pueden elegir los métodos, en algunos casos esto les permitirá escoger los resultados. El resultado dependerá del método si, por

[7] En este texto, Díez Gargari analiza distintos precedentes en los que la Corte ha utilizado el principio de proporcionalidad y evalúa su rigor, su justificación y la transparencia de sus implicaciones. La Corte confundió el uso del test con la interpretación conforme en la acción de inconstitucionalidad 27/2005, al realizar una ponderación para saber si utilizar la interpretación conforme o declarar una ley como inconstitucional. También menciona el amparo en revisión 988/2004 y el amparo en revisión 1629/2004, en los que la Corte utiliza al test junto con los niveles de escrutinio, en ambas situaciones de forma errónea. Finalmente, menciona el amparo en revisión 307/2007, la acción de inconstitucionalidad 11/2005 y el amparo en revisión 2044/2008, en los que muestra que el test se utiliza de manera deficiente y sus explicaciones son distintas cada vez.

ejemplo, los niveles de escrutinio le dan a una limitación de derechos fundamentales un tratamiento distinto al del test, si un juzgador decide no resolver una antinomia que pudiera prevenir con la interpretación conforme, o si decide utilizar la interpretación conforme de manera extensiva para ajustar la situación a alguna otra norma existente en algunos casos y en otros no, indistintamente. Mientras más métodos sea posible utilizar libremente, más resultados diferentes será posible obtener.

Esto empeora gracias a la deferencia que mencioné sobre los precedentes. Si un juzgador sólo utilizara el test de proporcionalidad para resolver los asuntos que requieran de su interpretación constitucional, pero cada que utiliza el test lo hace con diferentes etapas y criterios, entonces la certeza jurídica de su operación permanecería ausente. De esta manera, si siempre utiliza métodos *similares* al test de proporcionalidad, entonces el test de proporcionalidad es lo único que no estaría utilizando. Esto sucederá siempre que los métodos no sean explicados correctamente por la jurisprudencia.

Si un caso tiene tantos resultados como métodos y tantos métodos como explicaciones de esos métodos, entonces los resultados diferentes dependerán del número de métodos que existan multiplicado por el número de explicaciones diferentes sobre esos métodos. Esto quiere decir que incluso si los juzgadores dominaran cada uno de los métodos de interpretación que estén a su alcance, al conocer los posibles resultados será más fácil para ellos crear sentencias arbitrarias. Esto no es asumir que los juzgadores aumentarán sus niveles de arbitrariedad a raíz de la sentencia de la Segunda Sala, sólo que la sentencia facilita este tipo de conductas cuando no debería de hacerlo.

La sentencia de la que hablé permite que los jueces utilicen precedentes erróneos y se propague su uso incorrecto en la jurisprudencia. Una buena solución a esto habría sido establecer en la sentencia un criterio sobre la manera en la que debería ser utilizado cada método, o bien al menos brindar pautas de justificación para el uso de uno u otro método. Pero nada de esto sucedió.

Permitir que los tribunales tengan tal libertad de jurisdicción (entendida como la libertad de optar entre métodos que producen resultados incompatibles) sin brindarles ningún tipo de guía es irresponsable. Esto implica que los jueces puedan justificar el uso de cada método de cualquier manera. Para justificar correctamente el uso de los métodos, los juzgadores tendrían que hacer visible que la situación concreta de su caso amerita utilizar un determinado método (establecido o no en un precedente particular) y no otro, ni otro tipo de precedente.

Tener que hacer esto sin ninguna pauta específica alentará el progreso jurisprudencial, pues estas justificaciones necesariamente aumentarán la carga de trabajo de los juzgadores y reducirán su eficiencia al momento de resolver. Si los juzgadores tienen una sobrecarga de trabajo, entonces es más complicado que resuelvan los casos de la mejor manera posible. Por lo menos, tendrán menos tiempo para ello; sin embargo, omitir las justificaciones tampoco es viable.

La imparcialidad de los juzgadores deberá ser visible también en la conveniencia de cada método que decidan utilizar; sin embargo, incluso si todos los jueces quisieran realizar este tipo de justificaciones de forma correcta, es difícil pensar que todos lo harán de la misma manera. Además, esto no impide que los jueces utilicen diferentes métodos para casos similares, por lo que la incertidumbre respecto de su aplicación se mantiene. Ampliar la libertad jurisdiccional para la aplicación de estos métodos sin una dirección específica es como convertir manuales en herramientas, vuelve inexacto su propósito e inutiliza su ejercicio.

Ahora bien, dada la deferencia del sistema jurisprudencial y la ausencia de pautas para la justificación del uso de los métodos, sería difícil afirmar en qué casos el uso de un método diferiría del uso de otro método; sin embargo, como lo demostré anteriormente, uno de los problemas de la sentencia es que permite que esto suceda e introduce un problema nuevo: ¿cuándo sería mejor utilizar uno u otro método?, o bien, dicho de otra forma, ¿cómo debería justificarse el uso de los métodos?

Resolver este punto es posible, pero para desarrollarlo por completo sería necesario hacerlo en otro texto; sin embargo, vale la pena realizar algunas consideraciones. En primer lugar, creo que sí es posible dar pautas para ordenar, por lo menos, los tres métodos de los que hablé. Para hacer esto, considero importante establecer una sola explicación para cada método. Después, habría que distinguir los métodos por el momento en el que pueden operar. Esto es, si existen casos en los que sea posible evitar la existencia de antinomias, entonces los juzgadores deberían optar siempre por la interpretación conforme. Creo que, inicialmente, debería optarse por el uso no extensivo de la interpretación conforme para disminuir la posibilidad de generar criterios tecnicistas y evitar complicar el entendimiento de la jurisprudencia, pero esto también pertenece a otra discusión.

Ahora bien, para aquellos casos en los que no sea posible prevenir las antinomias, considero conveniente utilizar el test de proporcionalidad, pues brindaría pautas específicas para los legisladores en caso de que sea necesario declarar alguna norma como inconstitucional. Sin embargo, una vez establecidos precedentes sólidos respecto de estas resoluciones, sería adecuado utilizar un método más orientado al orden jurisprudencial para replicarlos.

En conclusión, este texto tuvo como propósito analizar la pertinencia del criterio jurisprudencial 2a./J. 10/2019 (10a.). Mi argumento fue que dicha sentencia presenta deficiencias importantes. Los métodos de interpretación no pueden funcionar de la misma manera, por lo que no deberían de ser utilizados indistintamente. Analicé el argumento de la Segunda Sala para afirmar dos cosas: *i)* algunos de estos métodos funcionan en momentos diferentes y *ii)* otros métodos pueden generar resultados contradictorios en casos idénticos.

Estoy convencido de que cada método debe habitar en un ambiente propicio para su desarrollo y que forzar su convivencia en el mismo medio es o imposible u hostil. Por eso, para tratar de conciliar la naturaleza de los métodos con la libertad de jurisdicción otorgada por la Segunda Sala

a los tribunales, planteé una consideración para ordenar el uso de estos métodos; sin embargo, vale la pena realizar un análisis más exhaustivo respecto de esto. Sería importante considerar si es mejor ordenar el uso de los métodos y brindar pautas para no obligarlos a relacionarse o pensar en la eliminación de la posibilidad de su uso. Para desarrollar mi argumento, pensé en una posible solución en caso de que la sentencia de la segunda sala permanezca vigente. Sin embargo, aún hacen falta diferentes consideraciones importantes (como un nuevo criterio por parte de la Corte que establezca los momentos en los cuales sea posible admitir el uso de uno u otro método) para saber si es posible implementar o no los efectos de la sentencia.

Los jueces del país tienen que enfrentarse a una nueva decisión en cada caso que amerite el uso de los métodos. En este texto brindé una pauta para su distinción y uso, pero al considerar los precedentes ambiguos sobre estos métodos, creo que el riesgo de su uso estratégico es ahora mayor. Quizá sería pertinente establecer un nuevo precedente que unifique el uso de un solo método interpretativo. No hay duda de que la labor judicial se complica cuando hay diversos métodos (y explicaciones de esos métodos) de interpretación constitucional susceptibles de ser aplicados. Por lo menos evitaría tener que justificar el uso de uno y no de otro y reduciría la carga de trabajo de los tribunales. Si esto no es posible, y los tribunales pueden seguir utilizando el método que quieran para cualquier caso, es necesario unificar la explicación de cada uno y delimitar su utilización.

Fuentes

Barak, A. (2012), *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press.

Chemerinsky, E. (2015), *Constitutional Law, Principles and Policies*, Nueva York, Wolters Kluwer.

Díez Gargari, R. (2012) "Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, pp. 65-103.

Fallon Jr, R. (2019), *The Nature of Constitutional Rights*, Massachusetts, Cambridge University Press.

García de Enterría, E. (2004), *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Navarra, Aranzadi.

Guastini, R. (2014), *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Martín Reyes, J. (2020), "Jurisprudencia que crece torcida. La aparición del test de proporcionalidad en las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Justicia y derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch.

Sánchez Gil, R. (2021), "Proporcionalidad y juicio constitucional en México", en González, D. y Sánchez Gil, R. (coords.), *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, México, Centro de Estudios Constitucionales.

Sentencia mediante la que se resuelve el amparo en revisión 388/2018. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: ministro Javier Laynez Potisek.

TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RES-

TRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, Tesis 2a./J. 10/2019, p. 838.

¿Por qué debe rechazarse el discurso de odio en el ámbito privado?

Víctor Jesús Castañeda Rojo*

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en Derecho por la misma institución, con la tesis *Los principios en la teoría jurídica y la bioética*. Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma universidad (2015-2018). Sus temas de interés son la filosofía del derecho y la filosofía moral.

Sumario: A. Introducción; B. Los hechos del caso; I. Consideraciones en torno a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, entre el derecho y la moralidad política; C. Los límites a la libertad de expresión, entre la subsunción y la ponderación; D. La finalidad envuelve a la legalidad; E. La ambigüedad de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En el presente texto acerca del amparo directo en revisión 4865/2018 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) —relativo al discurso de odio en el ámbito privado expresado mediante un tatuaje— realizo las siguientes proposiciones centrales: las consideraciones expresadas al momento de desarrollar los principios de igualdad y libertad constituyen en parte razones de moralidad política; podría argumentarse que el conflicto es resuelto por medio de una subsunción; es posible prescindir del requisito de legalidad en el test de proporcionalidad; el entendimiento de la grada de necesidad presenta una ambigüedad, y, por último, la determinación de precedencia en favor del derecho a la no discriminación de los miembros de la empresa requiere una interpretación del principio de dignidad.

A. Introducción

Las comunidades políticas contemporáneas, o cualquier tipo de comunidad en realidad, albergan conflictos agudos acerca del valor, de lo que es

correcto o debido. En la resolución que se comentará, la Suprema Corte, en específico la Primera Sala, resolvió un caso trascendente para dos de los valores más reconocidos: la libertad y la igualdad. El asunto es relevante para los tiempos actuales, en los que ante las posibilidades amplísimas para la expresión individual y colectiva es necesario tomar una postura respecto a los límites de los derechos o, quizá, sobre su mejor entendimiento.

B. Los hechos del caso

Una persona comienza a trabajar en una empresa privada. Al presentarse el primer día, sus colegas perciben en él un tatuaje, cerca de la oreja, con el símbolo de la cruz esvástica o suástica. Personal de la empresa presenta quejas ante los directivos de la organización; expresan sentirse ofendidos y agraviados debido al significado del tatuaje, ya que ellos forman parte de la comunidad judía. Motivados por tal inconformidad, directivos de la empresa solicitan a la persona ocultar el diseño o borrarlo. Él rechaza ambas opciones. La compañía decide despedirlo, rescinde el contrato laboral y paga su liquidación.

Posteriormente, la persona portadora del tatuaje promueve un juicio ante los tribunales civiles porque considera el despido como un acto discriminatorio. El despido, argumenta, le causó molestias, confusión, contrariedad y afectación en sus sentimientos, por lo cual demanda la reparación del daño moral. Ante esa pretensión, la compañía afirma al contestar la demanda el significado antisemita, de rechazo y odio hacia la comunidad judía, contenido en el tatuaje.

El litigio tuvo una travesía procesal extensa, se resolvió por el primer juez y pasó por la segunda instancia civil. A la resolución del tribunal de apelación se interpuso un amparo directo. Y a la resolución del tribunal colegiado de circuito le siguió un recurso de revisión. Así es como el conflicto fue conocido y resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte.

I. Consideraciones en torno a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, entre el derecho y la moralidad política

En la resolución, la Primera Sala de la Suprema Corte establece una serie de proposiciones para dar contenido a los conceptos de igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

A grandes rasgos, el principio de igualdad ordena brindar el mismo trato y los mismos derechos a toda persona, siempre que sean las mismas circunstancias. Lo último anuncia el no tratar a todas las personas siempre y en todo caso de la misma forma: se debe tratar de forma desigual a quienes de hecho son desiguales. No todo acto desigual, por ello, genera una discriminación. La Primera Sala echa mano en este punto de la separación conceptual entre *distinción* y *discriminación*. Mientras que la primera consiste en una diferencia razonable, la segunda envuelve una diferencia arbitraria.

El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación no sólo obligan a los órganos de gobierno, sino a las organizaciones privadas. Los dos principios, argumenta la Corte, irradian todo el ordenamiento. Más aún, la igualdad y la no discriminación cuentan con una protección constitucional y convencional, sobre la cual existe un consenso internacional en su respeto y garantía.

Pasemos ahora al principio de libre desarrollo de la personalidad. Conforme a los precedentes del Pleno de la Suprema Corte, este principio implica la libertad del individuo para elegir su plan de vida y cuáles serán sus metas y objetivos. La elección personal de los planes de vida es en sí misma valiosa. El libre desarrollo de la personalidad, vinculado con principios como el de dignidad, deriva otros principios y derechos, por ejemplo, la autonomía de la voluntad y la libertad de expresión, respectivamente.

El derecho a la libertad de expresión consiste en manifestar pensamientos, ideas y opiniones propias; tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Es un derecho necesario para poder ejercer otros, como el de educación, la libertad de pensamiento, los derechos de reunión y asociación, entre otros.

El libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión permiten a las personas tatuar sus cuerpos. Afirma la Corte, los tatuajes son un medio de expresión de la individualidad.

Al momento, he tratado de reportar las consideraciones hechas por la Corte. Puedo ahora afirmar lo siguiente. En la reconstrucción de los principios mencionados, la Corte retoma precedentes suyos y de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a la vez que se basa en normatividad nacional y de origen internacional, como leyes locales, la propia Constitución mexicana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, mezcladas con tales fuentes jurídicas, díganse positivas, hay algunas consideraciones provenientes de la moralidad política.

El ejemplo más claro está en la concepción de la autonomía, expresada en los términos de Carlos S. Nino. Dicho en sus propias palabras:

> […] siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (Nino, 1989, pp. 204-205).

Otro caso muy ilustrativo lo representan ambos principios en sí, la igualdad y la libertad, al ser coincidentes con los dos principios de moralidad política, quizás los más relevantes, en el sistema dworkiniano. Para este

autor, los llamados principios de la dignidad, los derechos políticos más abstractos, consisten en que el gobierno debe brindar la misma consideración y respeto a todas las personas, a la vez que debe permitirles las libertades necesarias para definir una vida exitosa por ellos mismos (Dworkin, 2014, p. 402).

A lo anterior, alguien podría objetar lo siguiente. Si bien los principios tal como han sido presentados por la Corte coinciden con proposiciones normativas producto de la reflexión de moralidad política, al ser incluidas en el derecho, se convierten en fuentes sociales normativas, las cuales pueden ser conocidas con independencia de la moral.[1]

Como respuesta a tal planteamiento, se puede decir que la misma Corte utiliza razonamientos valorativos al determinar el contenido de los principios en juego. Como se expresa en la sentencia, y se verá más adelante, la Corte decide realizar un examen de proporcionalidad para la determinación de los límites de los derechos, lo cual implica dar razones más allá de las mismas premisas para determinar su precedencia. Dicho de otra forma, la ponderación muestra el carácter moral de la argumentación y de sus premisas, por mucho que se pretendan equiparar a normas positivas en el sentido de las fuentes sociales.

Una segunda respuesta apelaría a una concepción compartida en la comunidad respecto a tales principios. Aceptamos y apreciamos los principios de igualdad y no discriminación, así como la libertad, no sólo porque estén escritos en el texto constitucional o porque hayan sido incorporados al derecho en algún precedente. Los apreciamos por su contenido moral, por su expresión valorativa. Si en lugar del primer artículo de la Constitución se colocase una regla de tránsito, no tendría el mismo peso, aunque esté ubicado en la misma estructura en términos formales. Es decir, los principios de igualdad y libertad no valen porque estén en la

[1] Podría pensarse en una tesis similar a la de Raz (1996).

Constitución, sino al revés, están en la Constitución porque son valiosos. De este modo, identificar las proposiciones normativas con hechos sociales no permite su comprensión cabal.

C. Los límites a la libertad de expresión, entre la subsunción y la ponderación

Como se ha referido, de acuerdo con la Corte, los tatuajes pueden ser un medio para expresar la individualidad. Por esa razón, las personas no pueden ser discriminadas por exhibir un tatuaje. No obstante, sostiene el máximo tribunal, los derechos no son absolutos. La libertad de expresión puede ser limitada para respetar derechos de otras personas. Con esta afirmación, la Corte considera el derecho a la libertad de expresión como una norma con un carácter *prima facie*. Es decir, se trata de una norma que establece una carga argumentativa (Alexy, 2014c, p. 64); cuyo cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas; lo anterior, desde cierta concepción particular (Alexy, 2014c, p. 68).

El discurso de odio constituye un límite a la libertad de expresión. Con base en sus propios precedentes,[2] el discurso de odio es referido por la Corte como una acción expresiva final, generadora de un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas. Este discurso busca un fin práctico, más allá de una simple expresión; produce un clima de hostilidad susceptible de ser concretizado en acciones específicas (párrafo 122).

El discurso de odio, en su contenido, difunde la idea de inferioridad de ciertas personas. Es claro que para la Corte el antisemitismo expresado en el caso en particular, en el que está involucrado un grupo de personas de religión judía u origen hebreo (párrafo 150) —incluido como una especie de discriminación por leyes locales—[3] se configura como una clase de discurso de odio.

---

[2] Se hace alusión explícita al amparo en revisión 2806/2012, en el que se analiza el lenguaje discriminatorio y se cataloga al discurso homófobo como lenguaje discriminatorio, en ocasiones, discurso de odio.

[3] Como la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal.

Tal tipo de manifestaciones, como la apología al odio racial, están prohibidas por normatividad internacional recogida en la resolución: el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como por la recomendación 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas, entre otras.

Para la Corte, la proposición "los discursos de odio carecen de protección constitucional" está debidamente fundamentada en el sistema jurídico mexicano. El discurso de odio es contrario a valores fundamentales como la igualdad, la dignidad y la libertad de expresión (párrafos 110 y 160).

Con lo dicho hasta ahora, pareciera que la Corte hubiese podido hacer —de hecho, da una fuerte impresión de que a fin de cuentas así lo hace (párrafo 167)— un razonamiento silogístico para fundamentar la resolución, del siguiente modo:

1. El discurso de odio es un límite a la libertad de expresión.
2. La expresión de un tatuaje con un símbolo antisemita entre un grupo de personas de religión judía u origen hebreo configura una especie de discurso de odio.
3. Por lo tanto, la expresión del tatuaje antisemita constituye un límite a la libertad de expresión.

No obstante, la Corte establece que frente a un análisis de libertad de expresión y sus restricciones, se debe realizar uno de razonabilidad, por lo cual, posteriormente utiliza un test de proporcionalidad en el que revisa la medida tomada por la sociedad mercantil, consistente en el despido de la persona, a la luz de los principios implicados en el conflicto.

La exigencia de llevar a cabo el test de proporcionalidad en el caso en concreto se ve reforzada porque para la Corte no todo discurso de odio debería ser prohibido sin más. En asuntos de esta índole, como en cualquier otra valoración moral, deben tomarse en cuenta las circunstancias.

La Corte estima que debe tomarse en consideración si ya se han generado actos de violencia; si hay una ruptura del orden público; si se genera en un foro abierto; si hay de por medio algún debate académico, o se manifiesta en una empresa privada, por mencionar algunos supuestos. Dependiendo de los hechos, la respuesta de los órganos estatales puede variar, desde tolerar, desalentar por medio de la educación, o la determinación de responsabilidades civiles o penales. En todo caso, la Corte es cuidadosa en señalar el carácter singular de su sentencia y evita pronunciarse sobre otras manifestaciones de odio, en las que estén presentes diversas notas relevantes.

Volviendo a la idea del silogismo, pareciera que la Corte en el presente caso ha subsumido la portación de un tatuaje antisemita y su exhibición en un foro privado de personas de religión judía y origen hebreo como una especie de discurso de odio no protegido por la Constitución. Esto es, la Corte parece resolver el caso a partir de una deducción realizada con premisas ya establecidas, pues la solución, da la impresión, se tiene antes de desarrollar el principio de proporcionalidad (párrafo 167).

Por supuesto, no es indebido realizar una subsunción. El resultado esperado tras aplicar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto consistiría en una regla en la cual se han delineado las condiciones en las cuales un principio tendría precedencia sobre el otro. Ello sucede en la teoría de Alexy (2014c, p. 75) bajo la concepción de la ley de la colisión. Habría un problema, por el contrario, si realmente no se ponderara o se utilizara la ponderación sólo como un requisito más en el que se reafirmen las premisas objeto de la discusión. Como sostendré más adelante, la Corte podría interpretarse en ese sentido.

D. La finalidad envuelve a la legalidad

Ya se ha dicho, la Corte considera imperativo realizar un análisis de razonabilidad o test de proporcionalidad en el caso en cuestión porque se trata de una restricción a la libertad de expresión. No se está ante una medida

estatal, sino ante una acción realizada por una persona moral privada, una empresa mercantil. La medida específica sujeta al examen de proporcionalidad es haber despedido a la persona de la empresa por la portación del tatuaje cuyo significado es antisemita.

Se podría entender el examen de proporcionalidad en términos generales como un método para resolver conflictos normativos. El test es una herramienta utilizada por los tribunales constitucionales para analizar las restricciones a derechos fundamentales. Su expresión no ha sido unívoca, hay diversas variantes y se suelen incluir más o menos componentes en su construcción. Siguiendo con la teoría de Alexy, su entendimiento del principio de proporcionalidad ésta vinculado con el concepto de principio. Los principios, al ser mandatos de optimización, implican el principio de proporcionalidad (Alexy, 2014c, pp. 91-92). Éste se compone de tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la ponderación en sentido estricto (Alexy, 2014c, pp. 91-92).

Por su parte, la Primera Sala de la Corte, basándose de nuevo en precedentes suyos y de fuente internacional, establece que el test de proporcionalidad consiste en cuatro etapas, estructuradas en pares. En el primer bloque se trata de la legalidad y de la finalidad constitucionalmente válida. El segundo conjunto se integra por la necesidad y la ponderación.

Por legalidad, la Corte entiende que las condiciones bajo las cuales se restringe un derecho fundamental deben estar expresamente establecidas en la ley, en sentido formal y en sentido material. La medida, además, debe ser constitucionalmente válida.

Como respuesta a tales requerimientos, la Corte retoma lo ya mencionado en la resolución sobre el principio de igualdad y no discriminación, norma imperativa que implica la prohibición de la discriminación racial (párrafo 179). En segundo lugar, las restricciones a la libertad de expresión protegen un fin legítimo y compatible con la Constitución. En otras palabras,

el actuar de la empresa —haber despedido a la persona de su empleo por portar un tatuaje antisemita— es una conducta prevista en el marco legal y está encaminada a la realización de los valores constitucionales.

Ahora bien, desde mi modo de ver, sería adecuado prescindir de la etapa o regla de legalidad. Ello en virtud de la presencia de un fin constitucionalmente válido. Supóngase que legalidad, en un sentido muy estricto, se refiere a la expresión institucional del Poder Legislativo. Supóngase también que una medida no es legal en este sentido, pero sí persigue un fin constitucionalmente válido. Si la Constitución, en la que se refleja el parámetro de control constitucional, tutela una medida, ¿no sería correcto mantener ésta, aunque no se pueda ubicar en alguna ley promulgada por el Legislativo?

Pero tal vez *legalidad* significa algo más, como se puede percibir en la resolución. Legalidad podría referirse no sólo a la conformidad con la normatividad creada por el Poder Legislativo, sino a la pertenencia dentro de la normatividad constitucional, tanto de fuente nacional como internacional. Sin embargo, si legalidad es entendida en esos términos, no se percibe una diferencia relevante entre legalidad y finalidad constitucionalmente válida.

Por otra parte, poco se dice en la sentencia sobre la idoneidad en el sentido del término utilizado por Alexy, esto es, acerca del segundo elemento de la constitucionalidad de la medida en el entendimiento de la Corte: lograr en algún grado la consecución de su fin. Aunque en realidad la satisfacción de dicha etapa parece un asunto obvio, pues al despedir a la persona de la empresa y alejarla del centro de trabajo, se respetan los derechos de los demás integrantes de la compañía.

E. La ambigüedad de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto

Retomo la idea del test de proporcionalidad de Alexy. En su diseño, el segundo paso es el de la necesidad. Ésta, al igual que la idoneidad, se deriva de las posibilidades fácticas contenidas en la misma definición

de principio. Alexy (2014a, pp. 35 y s.) sugiere un supuesto en el cual el legislador introduce una norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado *P1*. El subprincipio de necesidad hace referencia a las alternativas fácticas. Por ello, hay que plantearse si existe una alternativa a *N* que promueva el principio de seguridad del Estado e infrinja en menor grado algún otro principio *P2*. Si es así, al ser los principios mandatos de optimización, *N* queda prohibida por *P1* y *P2*.

En la sentencia, en cambio, es clara una ambigüedad en cuanto al término de necesidad. En un primer sentido, se le utiliza de forma coincidente con el esquema de Alexy, según la cuestión de si existen medidas alternativas.[4] En la segunda acepción, la interrogante es si las restricciones atienden a una necesidad social imperiosa. La Corte expresa que es viable admitir como imperiosa la necesidad de que la empresa tomara alguna medida frente a la situación (párrafo 181). Tal acepción de necesidad retomada por la Corte, de la jurisprudencia de la Corte IDH, pareciera aludir al peso de los principios, más que a alguna alternativa fáctica. Si esta interpretación es correcta, entonces parece haber una confusión entre la segunda acepción de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en su elaboración teórica por Alexy, coincide a grandes rasgos con la concepción de la última etapa del test adoptada por la Corte. Dicho subprincipio, en el esquema de Alexy, se desprende de las posibilidades jurídicas referidas en la concepción de principio. Las posibilidades jurídicas consisten en

[4] En los hechos se puede apreciar cómo la empresa solicitó a la persona cubrir el tatuaje o eliminarlo *M1*, antes de tomar la determinación de despedirlo *M2*. Ello muestra el propósito del paso de la necesidad: buscar medidas alternativas menos lesivas de los principios en juego. *M1* busca promover el principio de igualdad y no discriminación, *P1* es menos lesivo del principio de libertad de expresión *P2*. La persona decidió no adoptar *M1*, por lo que la empresa promovió *M2*. La premisa implícita en el razonamiento parece aludir a la voluntad de la persona de tomar la medida o no. A la búsqueda de alternativas se le suma el aspecto volitivo del agente. Es decir, aunque *M1* en efecto promueve los principios en juego, no se considera obligatorio en el caso en concreto por el elemento relevante del rechazo de la persona de tomar la alternativa.

reglas y principios opuestos (Alexy, 2014c, pp. 67 y s). Cuando dos principios coinciden —como en el presente caso, hay un principio de libertad de expresión frente al principio de igualdad y no discriminación— uno de ellos deberá ceder frente al otro bajo ciertas circunstancias (Alexy, 2014c, pp. 70 y s.). La Corte, partiendo de precedentes, igualmente plantea el contenido de la grada como un balance o ponderación entre dos principios en conflicto en un caso específico.

Por otra parte, es de peculiar importancia el razonamiento de la Primera Sala planteado respecto a la proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, procuraré enunciar algunas de las proposiciones utilizadas en el argumento para después considerarlas a detalle (párrafos 186-189). Siempre para la Corte, la empresa buscaba proteger a sus empleados de la discriminación, hostilidad y posible violencia generada por la persona portadora del tatuaje; hay un nexo causal entre el significado del tatuaje y la afectación a los derechos de los miembros de la empresa; en el caso en concreto no hay un interés de orden público; entran en juego otros principios, como la libre asociación de las organizaciones privadas para establecer exigencias de permanencia a sus miembros; no hay desproporción porque se buscaba proteger la no discriminación por motivos raciales; no se debe tolerar el discurso de odio si ello es necesario para preservar la propia dignidad, sentido de igualdad y la propia libertad de los miembros de la empresa; las medidas tomadas por la demandada no son arbitrarias, desproporcionadas ni discriminatorias.

Hay que tomar como primer elemento la generación de un ambiente de discriminación, hostilidad y posible violencia (párrafo 185). Es cierto que el significado del tatuaje expresa un mensaje, desde mi perspectiva, nefasto. Es cierto igualmente que la expresión de ese tatuaje puede afectar los sentimientos y emociones de otras personas, tal como los empleados de la empresa lo manifestaron ante sus directivos. No obstante, me parece que de ahí no se sigue una generación de violencia física, como pareciera sugerir la resolución. La posible violencia aludida pudo en efecto materializarse, pero también pudo no hacerlo. No minimizo en lo absoluto las

afectaciones al personal de la empresa por la exhibición del tatuaje, al identificarse ellos como parte del grupo al cual va dirigido tal significado de desprecio. Sólo resulta adecuado distinguir aquí entre la afectación emocional recibida por parte de los miembros de la empresa, de una posible (o no posible) violencia física.

Como un segundo razonamiento contenido en la sentencia, al no tratarse de un ejercicio de libertad de expresión en el ámbito público, no existen razones para darle un peso mayor a la libertad, que inclusive, bajo algunas circunstancias, podrían generar una determinación de tolerancia hacia ciertos discursos de odio. Al mismo tiempo, entra en juego el principio de libertad de asociación de las empresas privadas para establecer exigencias en su acceso. Al respecto, es posible afirmar lo siguiente. Pareciera que para la Corte la única manifestación de la libertad de expresión susceptible de tener un valor mayor es la realizada en el ámbito público. Pero ello deja de lado la posibilidad de concebir la libertad de expresión como un asunto sustantivo, no sólo instrumental. Es decir, es posible justificar la libertad de expresión no sólo por su utilidad para la democracia, sino como una expresión de la independencia ética, en el sentido de tomar las decisiones más íntimas y personales en la propia vida, elecciones centrales para la dignidad y la autonomía (Dworkin, 2014, pp. 447 y 453). El hecho de concebir la libertad de expresión como una manifestación de la independencia ética no significará, simple y llanamente, que deberá prevalecer.

Un tercer argumento es el de la no discriminación. La Primera Sala sostiene que las medidas adoptadas por la demandada no son desproporcionadas porque debía protegerse el derecho de no discriminación por motivos raciales del personal y directivos que laboraban en su empresa antes de la llegada del acto y mantener la armonía en la convivencia en el centro de trabajo (párrafo 188). La Corte —da la impresión— parece estar pidiendo el principio en este punto. Ante una colisión de principios, se tienen dos normas compitiendo en el caso concreto. Específicamente, la libertad de expresión de la persona frente al principio de no

discriminación hecho valer por la empresa. Pareciera que la misma estructura de la ponderación compele a tomar la determinación más allá de los principios enfrentados. Es claro el valor de ambos principios, por ello no puede apelarse sin más a uno de ellos. La ponderación exige razones independientes de las normas envueltas en su ejercicio. Esta consideración refuerza el punto de la apariencia de una subsunción, pues se toma como premisa lo que se busca concluir en la argumentación.

Un razonamiento más reside en la dignidad. Para la Corte, las personas de la empresa no tienen la obligación jurídica de tolerar el discurso de odio y pueden poner fin a la convivencia con el agresor si ello es necesario para preservar su propia dignidad, sentido de la igualdad y su propia libertad de expresarse (párrafo 189). La apelación a la dignidad es desde mi punto de vista el elemento fundamental para la determinación de la ponderación. Sin embargo, la Corte tan sólo la refiere, y esa referencia bien pudiera realizarse en favor de la libertad de expresión. Es decir, la dignidad también puede interpretarse a favor de la otra parte. Como lo he aludido, uno de los principios de la dignidad consiste en la independencia ética de expresar ideas, aunque a otros les parezcan aborrecibles (Dworkin, 2014, p. 453).

De modo que la cuestión puede plantearse como una interpretación de la dignidad, en la que entran en juego los dos principios aludidos por Dworkin: la misma consideración y respeto que le debe el gobierno a todas las personas y la independencia ética de vivir nuestra vida conforme a nuestras convicciones. No limitar la libertad de expresión de la persona portadora del tatuaje vinculado al nazismo pareciera ir en contra del primer principio de tratar a todas las personas con la misma consideración y respeto. Limitar la libertad de expresión de la persona pareciera ir en contra de la independencia en cuanto a las propias convicciones. ¿Qué interpretación de la dignidad debe prevalecer aquí?

La interpretación del propio Dworkin es clara en cuanto al discurso de odio expresado en el ámbito público, solamente puede limitarse si pro-

voca violencia de manera inminente. Se podría afirmar que, para él, la libertad de expresión se valoraría del mismo modo en el ámbito privado, dado que la justificación de dicha libertad no tiene una justificación instrumental, sino sustancial.

Favorezco una interpretación diversa de la dignidad. A mi juicio, debe prevalecer la misma consideración y respeto de las personas víctimas de la discriminación. ¿Qué argumentos se pueden afirmar para favorecer la concepción de la dignidad en la que el valor reside en tratar a las personas con el mismo respeto y no con un respeto irrestricto a la libertad de expresión? Me basaré ahora en la teoría del discurso de Alexy, en particular en dos de sus reglas pertenecientes a las de fundamentación: la regla de universalidad y una de las reglas relacionadas con el programa de la génesis crítica.

Como una cuestión preliminar, la teoría del discurso racional propuesta por Alexy (2014b, p. 178 y ss.) tiene como objeto la fundamentación de proposiciones normativas. Por proposiciones normativas puede entenderse enunciados sobre el deber ser o juicios de valor. Algunos ejemplos de juicios de deber ser expresados en el contexto de la sentencia serían "debe prevalecer la no discriminación sobre la libertad de expresión" o "las personas deben tener libertad de expresar sus propias convicciones" (Alexy, 2014b, pp. 185 y ss.); propone un conjunto de reglas divididas en categorías, como las reglas fundamentales, cuya satisfacción es condición de posibilidad de cualquier tipo de comunicación lingüística; las reglas de razón, relacionadas con la fundamentación de las afirmaciones y en la posibilidad de tomar parte en el discurso; las reglas obre la carga de la argumentación, que establecen deberes sobre quién y en qué circunstancias debe ofrecer argumentos en soporte de las aserciones realizadas; las reglas de fundamentación, de las cuales me ocuparé enseguida, y las reglas de transición.

Entre las reglas de fundamentación, partiendo de la teoría de Richard Hare —en concreto, de su versión del principio de universalidad y el

principio de prescriptividad—, Alexy establece la siguiente norma: "Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas" (Alexy, 2014b, p. 198).

En el caso que aquí ocupa, la persona porta un tatuaje cuyo significado, tal como lo explica la sentencia, está claramente vinculado con el nazismo. Al mismo tiempo, la persona mantuvo su postura aun conociendo el significado del tatuaje y su repercusión en los demás miembros de la empresa. Él conocía el mensaje de desvalor y discriminación emitido por su tatuaje: ciertas personas, como aquellas de religión judía y origen hebreo, valen menos y —en cierta interpretación— deben ser dañadas. La falta al principio de universalidad está en la pretensión de la persona al momento de promover la demanda; argumenta haber sido afectado en sus emociones por haber sido despedido de la empresa. La incoherencia está en portar un tatuaje cuyo significado expresa desprecio hacia cierto grupo y a la vez reclamar responsabilidad por supuestamente haber sido afectado en sus emociones; pretende discriminar sin ser supuestamente discriminado.

La segunda regla aplicable ahora, igualmente perteneciente a las reglas de fundamentación, es la norma vinculada con la génesis crítica de las convicciones normativas: "Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual" (Alexy, 2014b, p. 199)". La teoría detrás de la anterior regla es compleja. Por ahora puede ser interpretada como una crítica a la normatividad en virtud de su origen. Las concepciones morales implicadas en el significado del tatuaje, es decir, el desprecio a las personas por su religión o su origen étnico, no son producto de una deliberación racional. Con apoyo en el argumento anterior, el nazismo se basa en ideas normativas incoherentes, mezcladas con afirmaciones empíricas injustificadas.

Para concluir, es posible pensar en otro argumento. Afirmo el principio de evitar el sufrimiento evitable, seguido por Toulmin y expuesto por Alexy (2014b, p. 94). Vinculado de nueva cuenta con lo dicho anteriormente, el principio de no dañar entraría en favor de proteger a las personas, históricamente estigmatizadas y dañadas, de mensajes normativamente incoherentes, generados de forma acrítica y sustentados en hechos falsos.

Fuentes

Alexy, R. (2014a), *Derecho y razón práctica,* 6a. ed., México, Fontamara.

_____ (2014b), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Atienza, M. y Espejo, I. (trads.), 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

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

Dworkin, R. (2014), *Justicia para erizos*, Pons, H. (trad.), México, Fondo de Cultura Económica.

Nino, C. (1989), *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea.

Raz, J. (1996), *Ethics in the public domain*, Oxford, Oxford University Press.

Sentencia recaída al amparo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

Principios, reglas y suásticas*

Rodrigo Camarena González**

* Estoy muy honrado por la invitación de Diana González Carvallo para contribuir a esta obra. Agradezco a Inés Durán Matute por sus críticas y pláticas sugerentes y a Fernanda Araujo por su ayuda en esta investigación.
** Profesor de tiempo completo del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Candidato a investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Sumario: A. Introducción; B. Los hechos del caso y la decisión de la Primera Sala; C. Euforia por ponderar; D. Ponderación cosmopolita en abstracto; E. Tres lecciones del caso.

A. Introducción

El presente texto es un análisis crítico de la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que resolvió el amparo directo en revisión 4865/2018. Su objetivo es contribuir a la creciente discusión acerca del juicio de proporcionalidad en México. Se analiza si el juicio de proporcionalidad era el método adecuado para resolver un caso de discurso de odio. Suponiendo que fuera adecuado y que tuviera que llegarse al paso de la ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto, se analiza si se tomaron en cuenta todas las circunstancias relevantes para el contexto mexicano.

El resto del comentario se articula en cuatro secciones. La sección B describe los hechos del caso y la solución que dio la Primera Sala; ésta consideró que la terminación de la relación laboral de un trabajador que tenía un tatuaje de una suástica no le causó daño moral. Después, en la sección C se examina si, a la luz de los hechos, el juicio de proporcionalidad era el método adecuado para resolver un caso de discriminación sobre

discurso de odio. Si el discurso de odio está prohibido, y no se probaron hechos constitutivos de daño moral en perjuicio del exempleado, entonces, no hay necesidad de ponderar. La sección D cuestiona la ponderación en abstracto que realizó la Primera Sala, pues no tomó en cuenta especificidades del caso y del contexto constitucional mexicano. Finalmente, la sección E concluye con tres lecciones que deja este caso para el uso del juicio de proporcionalidad.

B. Los hechos del caso y la decisión de la Primera Sala

La reconstrucción de los hechos, según lo narrado por la Primera Sala,[1] es la siguiente: en su primer día de trabajo, en una empresa con empleados y directivos de origen hebreo y de religión judía, el jefe de facturación se presentó con un tatuaje de una suástica de manera visible en el cuello, detrás de la oreja izquierda (pp. 10, 34, 105). El tatuaje generó protestas entre trabajadores, el dueño de la empresa y directivos, quienes le pidieron que se lo removiera o, al menos, lo ocultara (pp. 9, 20, 27, 36). El empleado dijo conocer el significado antisemita usualmente adscrito a dicho símbolo (pp. 94-95, n. 64 y 115, n. 83), sin embargo, se negó "terminantemente" a cubrirlo (p. 101). En consecuencia, los directivos solicitaron o propiciaron su renuncia (p. 22, 28, 33), la que finalmente presentó —sin fecha cierta— y recibió su finiquito (p. 11).

El ahora exempleado demandó a la empresa, no en la vía laboral sino en la vía civil, reclamó una indemnización económica para reparar el daño moral causado por la discriminación por portar un tatuaje y la limitación a su libertad de expresión. El juzgado de primera instancia falló a favor del exempleado, ordenó a la empresa el pago de indemnización e incluso a ofrecer una disculpa pública. La empresa apeló y el *ad quem* revocó la sentencia al considerar que la suástica era "por sí misma" un

[1] Sentencia del amparo directo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte, ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

acto de violencia (p. 8), por lo que no era discriminación sino un trato diferenciado justificado.

El exempleado recurrió al amparo directo y el Tribunal Colegiado resolvió a su favor. El Tribunal consideró que la portación del tatuaje no era una manifestación expresa de antisemitismo, para que lo fuera eran necesarios "ataques hostiles (verbales o no)" (p.16). Además, sostuvo que la defensa de la empresa se centró en respaldar su actuar en beneficio del dueño y los empleados como personas físicas, no como persona jurídica, por lo que la empresa no podía alegar que había sido discriminada. Al contrario, el exempleado había sido discriminado por la empresa, porque su ideología religiosa era irrelevante para cumplir satisfactoriamente con el cargo de trabajo.

La empresa impugnó la resolución en un amparo directo en revisión; consideró como hechos probados que se les causaba un daño a los integrantes de la empresa y que el tatuaje era un "acto violento" (p. 20) que justificó la rescisión laboral; sin embargo, la aseveración de la rescisión, entendida como sanción laboral, entra en tensión con el dicho de que fue una renuncia voluntaria del empleado.

Los hechos también parecen entrar en tensión con los tres agravios de los que se duele la empresa. En primer lugar, parece sugerir que se debe partir de la presunción del daño de la suástica, incluso en personas no judías pues "lo que se debe tomar en cuenta es si objetivamente es posible que alguien se sienta ofendido con la suástica por ser susceptible de afectar su sensibilidad" (p. 22). En segundo lugar, la empresa sostuvo que el daño no fue causado por el actuar del ahora exempleado, sino por el significado antisemita del símbolo en la cultura occidental. En tercer lugar, la persona jurídica argumentó que la discriminación no se le causó a ésta, sino a los trabajadores y que ésta actúo para protegerlos.

La narración de los hechos empieza a generar dos confusiones que incidirán en la metodología y la resolución del caso en la Sala. La primera es

acerca del acto violento. ¿Es el símbolo de la suástica en sí mismo violento o es la intención del actor? Se puede fácilmente pensar en usos del símbolo que no suscriben posturas antisemitas; por ejemplo, su exhibición en el Museo Memoria y Tolerancia o su uso satírico en una película como *Jojo Rabbit*, en ambos casos, la intención no es discriminar a la comunidad judía sino condenar el racismo, sensibilizar, construir memoria colectiva y fomentar la tolerancia en sociedades plurales.

Sin embargo, la Sala le dedica tres páginas del cuerpo de la sentencia al significado del símbolo (p. 82-84) y apenas dos notas al pie que demuestran que el actor conocía el significado antisemita (pp. 94-95, n. 64 y 115, n. 83) y que era parte de su ideología. La diferencia no es menor, ya que el empleado bien podría, por ejemplo, haberse tatuado sin saber el significado dominante o atribuirle uno distinto, o haber abandonado la creencia. Éstos son algunos supuestos que demuestran el uso del símbolo sin intención.

La segunda confusión es sobre la respuesta jurídica que se debe dar a mensajes controversiales en el trabajo. De nuevo, hay al menos dos interpretaciones de los hechos. La primera, casi absoluta, es que el actor no gozó de protección constitucional porque los hechos se dieron en el ámbito del derecho privado. En esta postura, el empleador podría despedir a empleados siempre que se considere que su discurso es dañino para él o para sus compañeros de trabajo. La segunda postura es que, aunque la libertad de expresión puede estar constitucionalmente protegida, la respuesta de la empresa fue proporcional.

En la mayoría de las ocasiones, la Sala parece tomar la primera postura y así sentar el peligroso precedente de que lo expresado en un "centro de trabajo con una finalidad comercial" carece "de interés público directo" (pp. 34, 90, 94-95 y 109-110). La excepción sería que su contenido esté vinculado con el "libre desarrollo del conocimiento o cuestiones laborales relevantes o gremiales" (p. 110). Según esta postura, por ejemplo, una docente pacifista con una calcomanía en su auto con el lema "los sol-

dados son asesinos" (véase *Tucholski I* y *II*, Tribunal Constitucional Alemán citado en Rosenfeld, 2003, p. 1553-1554) podría ser reprimida o despedida por la escuela sin protección constitucional alguna, o una trabajadora del hogar con una playera feminista podría ser despedida por no comulgar con las ideas católicas de su patrón.

En cambio, en otros pasajes, la Sala parece adoptar la segunda postura. La mayoría subraya que la respuesta del sistema jurídico a la libertad de expresión no es categórica, sino "gradual" (p. 73). Aunque esta postura podría ser más protectora, la Sala es imprecisa con las cinco pautas de la gradualidad: el "contexto", si es una deliberación pública o privada, si es apología del odio o no, si genera un riesgo inminente de violencia y si ya ha generado disturbios.

El "contexto" es un concepto ambiguo que incluye "condiciones sociales, históricas y políticas del lugar" o "robustez de sus prácticas democráticas para contrarrestar" (p. 73, n. 40). No queda claro si el contexto es en el ámbito macro de un país o micro de un auditorio, o ambos. Tampoco se determina si el odio tiene que ir dirigido a grupos históricamente oprimidos como minorías étnicas, religiosas o sexuales, o la hostilidad hacia cualquier grupo puede calificarse como discurso de odio; cabría preguntar, por ejemplo, ¿las expresiones "cerdos capitalistas" o "políticos ladrones" califican como carentes de protección constitucional? En general, la generación y reconstrucción de doctrina judicial y académica para resolver el caso es vaga.

Con este análisis equívoco de la "gradualidad" del sistema jurídico, la Sala sostiene que la respuesta jurídica debe ser proporcional al acto. El tratamiento del sistema jurídico puede ir desde la tolerancia del discurso, la no protección, la atribución de responsabilidades civiles, hasta la represión mediante el "derecho sancionador" (p. 74).

De nuevo, el tratamiento "gradual" de los hechos del caso es poco esclarecedor. Según esta gradualidad, y a la luz de los hechos del caso, son

posibles al menos cuatro versiones: *i)* la renuncia voluntaria, *ii)* la renuncia viciada, *iii)* rescisión justificada o *iv)* terminación de relación laboral que causó un daño moral al exempleado.

Revisaré cada una de estas posibilidades. Si lo que sucedió fue una renuncia voluntaria, entonces, no habría nada que analizar en tribunales. El empleado renunció por así corresponder a sus intereses y obtuvo un finiquito a cambio.

Si, en cambio, hubo presión para obtener su renuncia, se podría alegar que hubo vicios en el consentimiento. Una renuncia sin fecha cierta genera el indicio de la mala práctica de firmar la renuncia el primer día de trabajo. En este escenario, la coacción, aunque entendible, parece que desvió a la empresa del camino jurídico apropiado que era la rescisión sin responsabilidad para el patrón. En todo caso, como parece sugerir la Sala (p. 28, n.14), esta controversia sería laboral, no civil.

Si, por el contrario, lo que la empresa tuvo que hacer es rescindir al portador del tatuaje, parece que el finiquito fue desproporcional, pero en perjuicio de la empresa. Es decir, el empleador no estaba obligado a tolerar el discurso de odio y el exempleado, al recibir el finiquito, obtuvo un enriquecimiento sin causa. De hecho, hubiera sido interesante que la empresa no sólo no lo indemnizará por daño moral, sino que además reconviniera al exempleado por enriquecimiento ilícito. Más aún, la empresa podría haber llamado a juicio como terceras interesadas a las personas que se sintieron ofendidas y demandar al defensor de la ideología nazi por daño moral y quizá por daños punitivos. Después de todo, la empresa estaba autorizada para impedir la propagación del discurso de odio y los empleados no debían soportar el daño emocional causado.

Finalmente, la cuarta versión, defendida por el actor, es que la empresa violó sus derechos a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad y con esto se le causó un daño moral; sin embargo, en la senten-

cia de la Sala no hay pruebas que acrediten este hecho. No puede haber discriminación porque fue precisamente por actitudes discriminatorias que la relación laboral terminó. Ahora bien, podría haber hechos autónomos o paralelos que probaran el daño moral, con independencia de que la terminación haya sido justificada. No obstante, no hay pruebas de daño a su estética, honor o sentimientos. El daño estético que causaría la remoción del tatuaje es irrelevante porque suscribir ideologías nazis es discurso de odio. Tampoco hay pruebas de que se le hubiera retirado de manera humillante u ofensiva del lugar de trabajo. La humillación que se le podría causar por quedarse desempleado es justificada porque lo que la causó fue ejercer el discurso de odio. Entonces, parece que la versión de los hechos más convincente es la tercera, pero la Sala a veces fluctúa entre las otras.

A la luz de esa reconstrucción borrosa de los hechos, la Sala resolvió a favor de la empresa y la relevó del pago del daño moral; ponderó los derechos a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión en relación con el discurso de odio racial. Los ministros concluyeron que el discurso de odio está constitucionalmente prohibido y las respuestas jurídicas tomadas por la empresa fueron proporcionales:

> primero solicitó al actor que accediera a retirarse el tatuaje, para no generar el clima de discriminación y la inconformidad manifestada por sus empleados; pero al no acceder el accionante, no hubo otra alternativa que la terminación de la relación laboral, misma que el quejoso aceptó, inclusive, al recibir su finiquito (p. 110).

Como se verá en la siguiente sección, este análisis confuso de los hechos es un problema de raíz que oscurece el resto de la sentencia. Si los hechos son subsumibles en una o varias reglas o principios, la claridad en la categorización fáctica es esencial para elegir una metodología y, después, para recorrerla paso por paso de manera coherente.

C. Euforia por ponderar

A la luz de los hechos, ¿hay un conflicto de normas que justifique primero el juicio de proporcionalidad y, después, llegar al paso de la ponderación? La subsunción de los hechos puede encuadrar en i) una única regla; ii) dos o más reglas que colisionan; iii) un único principio; iv) dos o más principios que colisionan, y v) una combinación de reglas y principios que colisionan.

Como es sabido, hay de tres a cuatro pasos en el juicio de proporcionalidad.[2] Primero, identificar un fin constitucional válido; en segundo lugar, argumentar la idoneidad de la medida para proteger ese fin; en tercero, argumentar que la medida es necesaria o la menos restrictiva posible, finalmente, ponderar entre la satisfacción de un principio sobre la restricción del otro.

Hay varios apartados de la sentencia en los que parece que los hechos se subsumen en una sola regla que prohíbe el discurso de odio en México y que hacen la ponderación innecesaria. El artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la apología del odio nacional, racial o religioso, prohibición que replica el 20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La prohibición más contundente es la de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que declara "punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial" (artículo 4, fracción a, 1969) y establece que los Estados "se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas" (artículo 5, 1969). Si hay una regla unívoca, entonces, ¿por qué ponderar?

Ahora bien, según algunos autores, podría haber una colisión no sólo entre dos principios sino entre reglas y principios. Según Robert Alexy,

[2] Para Alexy (2002) son tres pasos: fin, necesidad y ponderación; para Barak (2012), cuatro: fin, idoneidad, necesidad y ponderación.

el presupuesto para ejercer el juicio de proporcionalidad es una tensión entre dos principios (Alexy, 2002, p. 55). En cambio, según Aharon Barak, puede haber un conflicto entre un derecho con la forma de una regla y un derecho con la forma de un principio (Barak, 2012, p. 84). En este caso, la colisión se resolvería con las metarreglas tradicionales de conflictos normativos de que norma superior deroga inferior, posterior deroga anterior, o especial deroga general. En el caso en particular, al menos desde junio de 2011, los tratados internacionales que incluyen derechos humanos ocupan el mismo peldaño jerárquico que la Constitución en sentido estricto. Las prohibiciones parecen ser un derecho a la no discriminación con la estructura de una regla que prevalece sobre los derechos con la estructura de principios de libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad o no discriminación por llevar tatuajes.

Es decir, pareciera que no hay nada que ponderar por una prohibición absoluta. La situación sería análoga a la tensión entre el principio de acceso a la justicia y la prohibición —mediante una regla— de la tortura. Se puede discutir que califica como tortura, pero no se debe ponderar entre la regla que prohíbe y el derecho o el interés en la justicia para torturar a un terrorista. La regla tendrá siempre un estatus superlativo que prevalecerá sobre el principio, el conflicto normativo está presolucionado por la Constitución. La misma prevalencia tiene lugar en este caso. La libertad de expresión encuentra su límite en el discurso de odio, y la suscripción de la ideología nazi es una materialización de este límite.

Desde una postura interna del juicio de proporcionalidad, pareciera que no hay necesidad de ponderar. Existe un fin legítimo, que es la protección del derecho a la no discriminación. La medida también fue necesaria: se requirió que se cubriera el tatuaje o que se lo removiera. Al negarse, la única alternativa era terminar la relación laboral.

Si, en cambio, se toma una postura escéptica o externa del juicio de proporcionalidad, pareciera también que las reglas o principios solucionan el caso, sin ponderar. Se evita ponderar entre el derecho a la no

discriminación y lo que parece un absurdo o al menos el abuso de un derecho: el derecho a discriminar o a profesar el discurso de odio. Alternativas a la ponderación que suelen ser etiquetadas como "especificacionistas" (Moreso, 2010; Richardson, 1990). Estas posturas se presentan como un punto medio entre la rigidez deductivista de la subsunción y la flexibilidad de la ponderación. Lo que distingue a este enfoque de la subsunción es la coherencia, entendida no como consistencia lógica entre la solución a un caso y reglas preexistentes, sino como su compatibilidad axiológica con principios (MacCormick, 2005, p. 95; Amaya, 2015, p. 315). La solución especificacionista del caso se da con la no protección del discurso de odio. Esta solución es compatible tanto con la libertad de expresión —bien interpretada—, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad.

Los defensores de la ponderación consideran a los especificacionistas como monistas que no se toman en serio el pluralismo de valores que comunidades constitucionales diversas suscriben (Tremblay, 2014, p. 876). En cambio, los monistas rechazan la visión conflictiva de los pluralistas que ven compromisos axiológicos por doquier, en vez de soluciones coherentistas satisfactorias (Pérez Bermejo, 2012). Si bien los pluralistas podrían argumentar que la ponderación transparenta el sacrificio de un valor o la decisión trágica (Minow y Singer, 2010), apelar al pluralismo en este caso es poco convincente.

Contra el pluralista se puede afirmar que no hay decisión trágica al silenciar a un fanático intolerante, y quizás intolerable. Si el exempleado sigue teorías acientíficas de superioridad racial, terminar una relación laboral no sólo es comprensible, sino exigible. A final de cuentas, todo sujeto de derechos está autorizado para evitar la propagación del discurso de odio.

Entonces, ¿cuál es el conflicto entre principios o entre reglas y principios que percibe la Sala? Desde una postura interna, defensora del juicio de proporcionalidad, parecería que la ponderación era innecesaria. De hecho, en varios apartados la Sala parece concluir que se debe evitar la ponde-

ración. Por ejemplo, afirma que "hay elementos normativos claros para fundamentar la premisa de que los discursos de odio carecen de protección constitucional" (p. 91), o que "el discurso de odio, es contrario a valores fundamentales en que se asientan los derechos humamos y la democracia constitucional" (p. 97). Ya sea desde una perspectiva interna o externa de la ponderación, el caso se soluciona sin necesidad de llevar a cabo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

La euforia por ponderar sólo tendría sentido si se ejerciera no sobre la prohibición del discurso de odio en sí misma, sino en cuanto a la respuesta o sanción que se le dio al exempleado. En todo caso, lo que se debería ponderar es si la respuesta jurídica fue proporcional o no. La respuesta puede ser desde una sanción penal de privación de la libertad, la sanción laboral de rescisión o la condena civil al pago de daños. Queda claro que el discurso de odio está prohibido, pero su sanción en el contexto mexicano tampoco podría ser la pena de muerte o cualquiera que se considere desproporcional al acto.

A pesar de esa posibilidad, como se analizó en la sección anterior, no hay razones para subsumir los hechos en los principios de no discriminación, libre desarrollo de la personalidad o libertad de expresión del exempleado. Es decir, no hay incidencia, ni siquiera *prima facie,* en los derechos con estructura de principios del actor. No se probó daño físico o psicológico ni se probó humillación injustificada o insultos gratuitos. No hay material fáctico para comparar las ventajas de silenciar a un intolerante sobre las desventajas de silenciar su discurso de odio; sin embargo, como se verá en la siguiente sección, la Sala siguió el juicio de proporcionalidad hasta la etapa de la ponderación y lo hizo con un tono abstraído ya no de los hechos del caso sino de la realidad social mexicana.

D. Ponderación cosmopolita en abstracto

Barak sostiene, con razón, que toda ponderación carece de precisión científica y, más bien, se deriva, entre otras razones, de "diferentes ideologías políticas y económicas, de la historia única de cada país, de la estructura

del sistema político, y de diferentes valores sociales" (Barak, 2012, p. 349) (traducción propia).

Sin embargo, la Sala jamás es concreta en cuanto al contexto social y político mexicano en el que ocurre la ponderación; ésta hace alusiones a "nuestro contexto cultural" (pp. 94, 115), pero se asimila a la cultura europea, sin distinguir entre especificidades de cada país. La cultura "occidental" (pp. 82-83) se representa como un todo monolítico y homogéneo. La ponderación ocurre en un vacío constitucional.

La Sala afirma que existe un "consenso internacional" acerca de la prohibición de la discriminación racial (p. 104), ésta es una afirmación empíricamente problemática. Basta consultar casos hitos de la Corte Suprema estadounidense, a quien a veces la homologa mexicana sigue como modelo, para constatar la falta de consenso internacional. El enfoque estadounidense parece ser de tolerancia al intolerante y de mínima restricción a la libertad de expresión. La Corte ha llegado a garantizar el acceso inmediato a tribunales para que revisen la constitucionalidad de medidas cautelares que restringen el derecho de partidos nazis a manifestarse en las calles;[3] también invalidó el proceso penal en contra de un adolescente que prendió fuego a una cruz en el césped de una familia afroamericana —en clara alusión al *Ku Klux Klan*—, por violar su derecho a la expresión simbólica de ideas.[4]

Esta tolerancia constitucional va mas allá de las decisiones de la Corte. Por ejemplo, en 2007, un individuo blanco, conductor de radio, fue despedido por la estación en la que laboraba después de referirse a las jugadoras afrodescendientes y portadoras de tatuajes de un equipo de basquetbol femenino como "putas con pañales en la cabeza" (*nappy-headed ho's*) (Bodney, 2009, p. 606). A pesar de ello, el entonces senador John Kerry consideró que el despido había sido drástico (The Associated Press, 2007).

[3] *National Socialist Party of America vs. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).
[4] *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

No sólo eso, el conductor demandó a su empleador por despido injustificado y tuvieron que llegar a un acuerdo porque había sido contratado precisamente para producir material "controversial e irreverente" (Payne, 2007; Trotta, 2007). En efecto, estos aspectos de la cultura constitucional estadounidense son evidencia de que no hay consenso sobre la prohibición del discurso de odio entre autoproclamadas democracias.

Entonces, más que hablar de consensos internacionales, es preferible cuestionar por qué se adopta, rechaza o modifica la postura de otros tribunales extranjeros en el contexto mexicano. Quizás hay buenas razones para no adoptar la postura estadounidense si se analiza con ojos críticos. La jurisprudencia casi libertaria de libertad de expresión puede ser uno de los muchos factores por los que la ideología de supremacía racial sigue vigente en algunos sectores, tal como han visibilizado los trágicos casos de Eric Garner y George Floyd, entre otros.

Si la Corte mexicana va a ponderar el discurso de odio, aunque no haya hechos que lo justifiquen, podría al menos empezar a hablar del racismo mexicano y la discriminación religiosa, temas que hasta hace unos años habían sido invisibilizados en su jurisprudencia. La Corte debió hacer más por notar la opresión causada por prejuicios y privilegios mestizos y católicos que contradicen los compromisos constitucionales. Estos prejuicios han y siguen afectando a la comunidad judía en México; desde posturas de católicos durante el Porfiriato sobre el caso *Dreyfus*, pasando por manifestaciones antisemitas en contra de la presencia de Trotsky, hasta famosos negacionistas en la década de 1950, y la siguen atacando hoy en día en redes sociales con *hashtags* como *#esdejudios* (Gall, 2016). A pesar de ello, la Sala se apresura a estudiar el derecho jurisprudencial comparado sin analizar su realidad nacional.

Esta ponderación cosmopolita en abstracto se manifiesta con el uso de los precedentes europeos. En un apartado, la Sala cita no una sentencia, sino un comunicado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para identificar dos enfoques posibles del discurso de odio: su exclusión o su

protección por "no ser apto para destruir los valores fundamentales de la Convención" (p. 99, n. 67).

Es controversial si la Corte mexicana seguiría los dos precedentes que cita el comunicado. El primer precedente es un caso de 1971 que confirmó la validez de una multa a cargo del dueño de una editorial por publicar un libro escolar dirigido a niños y adolescentes. El texto incitaba a desafiar a la autoridad parental y contenía un capítulo sobre sexo que trataba temas como la masturbación, el orgasmo, el abuso sexual, la interrupción del embarazo y la pornografía, entre otros. Las autoridades londinenses consideraron el contenido como obsceno y corruptor, por lo que multaron al editor, decomisaron miles de libros y ordenaron su destrucción. A la luz de la doctrina del margen de apreciación, el Tribunal Europeo consideró que la decisión fue proporcional.[5] Según el Tribunal, se salvaguardaba el fin legítimo de la "protección de la moral en una sociedad democrática" y la confiscación era necesaria porque el editor no habría aceptado modificar el contenido del libro y tampoco tendría sentido limitar su compra a adultos ya que el libro iba dirigido a un público infantil y juvenil.

El segundo precedente invalidó un proceso penal por incidir de forma desproporcional en la libertad de expresión.[6] En este caso, en 1994, un político turco islámico, que después llegaría a ser primer ministro, dio un discurso en la ciudad de Bingöl, en el que se refirió a los seculares como "infieles", "injustos", "imitadores de Europa" y dijo que no permitiría que los musulmanes se convirtieran en "esclavos de los cristianos". Cuatro años después se inició un proceso penal por incitar al odio y hacer apología de la violencia, en el año 2000 fue sentenciado a un año de cárcel y a pagar una multa, y la Corte de Casación confirmó el fallo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos revirtió la decisión, sostuvo que si bien luchar contra la intolerancia era un valor de la Convención Europea de

[5] *Handyside vs. Reino Unido* (5493/72). TEDH.
[6] *Erbakan vs. Turquía* (59405/00). TEDH.

Derechos Humanos, la pena era desproporcional a la vital importancia de la libertad de expresión, además, no había pruebas de daño o riesgo inminente. El Tribunal decidió proteger la libertad de expresión sobre la prohibición del discurso de odio.

Si se utilizaran estos precedentes como guía, ¿se seguirían por considerarse similares al contexto mexicano o se rechazarían por sus diferencias? En un caso similar al del libro educativo, se puede especular que la Sala rechazaría la ponderación del Tribunal Europeo. La confiscación y la multa serían inválidas a la luz de estándares mexicanos. Así lo ha hecho la Segunda Sala en casos similares en los que la censura sólo puede existir cuando el contenido publicado dé lugar a un delito como pornografía infantil.[7] Para el caso que aquí ocupa, sería un ejemplo ilustrativo que arroje luz sobre medidas alternativas a la terminación laboral. Quizás se podría haber llegado a una medida menos restrictiva, por ejemplo, sensibilizar al exempleado en materia de discriminación étnica y religiosa. Probablemente la ideología nazi sería ofensiva para el mismo portador del tatuaje por su adscripción étnica o su religión; sin embargo, parece que esta medida no sería analizable en un juicio de daño moral, sino en un juicio laboral.

En cuanto al precedente del discurso islamofóbico, una comparación ayuda a visibilizar similitudes y diferencias entre ambos contextos. La incitación a la violencia étnica o religiosa fue abstracta en ambos casos, pero en el mexicano ni siquiera fue verbal. Aunque ambos apelan a la violencia, la tensión secularismo-Islam es más visibilizada en el constitucionalismo turco que el antisemitismo en el mexicano. La relación asimétrica de los oradores también es ilustradora. El político tenía una relación de superioridad sobre su audiencia, mientras que, en el mexicano, la relación laboral es asimétrica por definición. De hecho, el auditorio, en el ámbito micro, parece ser muy receptor para el primero, mientras que los em-

[7] Sentencia del amparo en revisión 1/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, 19 de abril de 2017, p. 35.

pleados y directivos judíos son antagónicos para el segundo. Por lo tanto, según el fallo de la Corte, parece ser que la protección mexicana del discurso de odio es más reducida que la europea.

Si un órgano judicial laboral mexicano se guiara por el caso europeo podría argumentar que, aunque no hay igualdad de razón entre un asunto laboral y uno penal, la terminación de trabajo fue desproporcionada. El órgano podría sostener que si bien el empleado profesó el discurso de odio, éste también es subsumible en el principio de libertad de expresión; podría argumentar que nunca incitó de forma directa a la violencia. Además, el empleado estaba ante una audiencia incompatible con el mensaje, que impide su propagación. Asimismo, podría argumentar que en vista de la relación asimétrica laboral[8] y el indicio de la renuncia sin fecha, no existió un "libre mercado de las ideas", por lo que la terminación laboral fue desproporcionada y ameritaba la intervención judicial en su favor.

Sin embargo, parece que la SCJN toma, en este caso y otros, una postura más restrictiva del discurso de odio que la europea, y mucho menos tolerante del intolerante que la estadounidense. La prohibición del discurso de odio en México es más tajante. El discurso de odio racial, religioso o sexual sea en el contexto que sea, incluso si es abstracto y de manera no verbal, debe ser prohibido. Además de este caso, la misma Sala ha resuelto que las expresiones "puñal" o "maricón"[9] no están protegidas constitucionalmente, por ser discurso homofóbico, ni siquiera cuando se dirigen a una persona que no se identifica como homosexual.

Una especulación sobre la razón de esta prohibición es que las condiciones históricas, sociales, políticas y jurídicas en México son distintas a las que hay en Europa o Estados Unidos de América. Aunque los hechos en Washington, Londres, Bingöl o Ciudad de México sean similares es

[8] Sentencia del amparo directo 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre 2011, p. 107.
[9] Sentencia del amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo 2013, pp. 48-53.

necesario subsumirlos en categorías jurídicas distintas. La libertad de expresión en México termina donde empieza el discurso de odio. Más aún, el discurso de odio, en México, a diferencia de Europa, se califica como tal aun si es simbólico o en abstracto, e incluso si se realiza ante audiencias poco receptivas que sugieren que no hay riesgo inminente de actos en contra del orden jurídico. Todo acto de discurso de odio está prohibido y la pregunta que se debe hacer es si la sanción o respuesta jurídica es proporcional o no. En este caso, la Corte consideró que la terminación laboral fue proporcional por lo que era contradictorio condenar a la empresa a daño moral, salvo que hubiera hechos paralelos que menoscabaran su patrimonio intangible.

Para ponderar, la Corte debe diferenciar las condiciones del México de 2020 y apartarse de la postura europea que tolera el odio en abstracto. Hoy en día, el discurso antisemita en México, así como el "mestizofílico" (Basave, 2011), daña la dignidad humana y es susceptible de transformarse en violencia física. A pesar de que toda pseudoteoría de superioridad racial o religiosa es fácilmente refutable, quizás es necesario reprocharlas de modo más fuerte que en Europa o Estados Unidos. Así, es preferible silenciar para implementar los compromisos constitucionales que tolerar al intolerante.

Esta ponderación situada se podría reconstruir a la luz de la teoría alexyana de los principios como "mandatos de optimización" y del enfoque gradual de la Sala como una suerte de acción afirmativa en la libertad de expresión en México. Las reglas de la ponderación para la interpretación constitucional serían: "maximiza la protección del discurso de grupos históricamente excluidos u oprimidos" y "minimiza la protección del discurso de odio de los grupos hegemónicos". Es decir, habría una fuerte carga de la argumentación en contra de silenciar a los grupos denotados por las categorías que menciona el artículo 1 constitucional: personas extranjeras o integrantes de minorías técnicas, mujeres, trans o no binarias, no católicas, entre muchos otras. Y, de forma paralela, habría una fuerte presunción de que el discurso de odio en contra de grupos oprimidos no está protegido jurídicamente.

Esta ponderación situada podría ser etiquetada como activismo judicial, perfeccionismo moral, paternalismo o incluso autoritarismo. Aunque parece poco probable que una élite judicial maximice el discurso no hegemónico en vez de propagar sus propias convicciones morales, no es del todo implausible que los grupos oprimidos —que también resisten— utilicen, entre muchas estrategias, el litigio constitucional para transformar la realidad. La ponderación y la "red de preferencias" de principios (Alexy, 2002, p. 99) que la Corte ha ido construyendo en casos de libertad de expresión son herramientas para disminuir el alcance del discurso de odio y reducir, o cuando menos paliar, la discriminación estructural. El punto trascendental es subrayar que las preferencias por proteger ciertos principios sobre otros varían entre comunidades constitucionales.

E. Tres lecciones del caso

Este caso ha dejado tres lecciones para el uso casi omnipresente del juicio de proporcionalidad en la práctica constitucional mexicana. La primera es la preocupante negligencia de los hechos de un caso. Las narrativas de los hechos, probados en juicio deben encuadrase coherentemente en normas, sean reglas o principios. La ponderación sólo debe tener lugar cuando una misma combinación de hechos encuadra en dos o más normas que entran en tensión.

La segunda lección es la necesidad de un mayor debate sobre alternativas o idoneidad de la ponderación para resolver toda controversia constitucional. Aun si se es partidario de la ponderación, hay buenas razones para evitar llegar a ese paso. Es probable que algunas decisiones hayan sido superadas por la inclusión de tratados internacionales que incluyen derechos humanos. En el caso analizado, parece que hay una regla expresa, reciente y de máxima jerarquía que prohíbe el discurso de odio e impide llegar a la ponderación de derechos del exempleado.

La tercera lección: si se llega al paso de la proporcionalidad en sentido estricto, se deben realizar ponderaciones situadas de forma explícita en

el contexto mexicano. El mejor argumento en favor de la ponderación es el pluralismo axiológico. Con todo, una vez que se adopta esta postura, se debe tomar en cuenta la diversidad social, histórica, cultural y jurídica entre los contextos constitucionales de la ponderación. El uso del derecho comparado no debe ir encaminado a encontrar consensos internacionales de la protección de un principio sobre otro. En cambio, debe ser una herramienta normativa para visibilizar los compromisos constitucionales que deben ser materializados en el contexto mexicano.

Fuentes

Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, trad Julian Rivers, Nueva York, Oxford, Oxford University Press.

Amaya, A. (2015), *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford,Hart Publishing.

Barak, A. (2012), *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge,Cambridge University Press.

Basave B., A. (2011), *México mestizo: Análisis del nacionalismo mexicano en torno a la mestizofilia*, México, Fondo de Cultura Económica.

Bodney, D. J. (2009), "Extreme speech and american press freedoms" en Hare, I. y Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, pp. 598-607, Oxford, Oxford University Press.

Gall, O. (2016), Discursos de odio antisemita en la historia contemporánea y el presente de México, *Desacatos,* núm. 51, pp. 70-91, disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S1607-050X2016000200070&lng=es&tlng=es» [última fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

MacCormick, N. (2005), *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.

Minow, M., y Singer, W. (2010), "In favor of foxes: pluralism as fact and aid to the pursuit of justice", *Boston University Law Review,* vol. 90, núm. 290(2), pp. 903-920.

Moreso, J. J. (2010), "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", *Arbor*, vol. 186, núm. 745, p. 821-832.

Payne, E. (2007), "Imus hires attorney, will likely sue CBS", disponible en: «http://edition.cnn.com/2007/SHOWBIZ/05/03/imus.cbs/index.html» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Pérez Bermejo, J. M. (2012), "Principles, conflicts and defeats: an approach from a coherentist theory", en Ferrer Beltrán J. y Ratti G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility,* pp. 280-308, Nueva York, Oxford University Press.

Richardson, H. S. (1990), "Specifying norms as a way to resolve concrete ethical problems", *Philosophy & Public Affairs,* vol. 19, núm. 4, pp. 279-310.

Rosenfeld, M. (2003), "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm.4, pp. 1523-1568.

The Associated Press (2007), "Kerry: Imus shouldn't have been kicked off the air", disponible en: «https://www.southcoasttoday.com/article/20070418/NEWS/704180377» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Tremblay, L. B. (2014), "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional law,* vol. 12, núm. 4, pp. 864-890.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020), "Hate speech", disponible en: «https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Trotta, D. (2007), "CBS says settles with fired shock jock Don Imus", disponible en: «https://web.archive.org/web/20071017190926/http:/ca.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx?type=entertainmentNews&storyID=2007-08-14T170103Z_01_WEN0418_RTRIDST_0_ENTERTAINMENT-IMUS-CBS-COL.XML» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Sentencias

Sentencia del amparo directo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte, ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

Sentencia del amparo directo 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre 2011.

Sentencia del amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo 2013.

Sentencia del amparo en revisión 1/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, 19 de abril de 2017.

Erbakan vs. Turquía (59405/00). TEDH. Versión en francés disponible en:«https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1725660-1809358%22]}» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Handyside vs. Reino Unido (5493/72). TEDH.

National Socialist Party of America vs. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).

R.A.V. vs. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar
en ……