



# 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

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/](http://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](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1056-172-4

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

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf)

**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.<sup>1</sup> 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*)

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> La Suprema Corte fue la encargada final de decidir el asunto. Rechazó todos los reclamos.

---

<sup>2</sup> 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 subtests.

<sup>3</sup> 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).<sup>4</sup> 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,

---

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.

---

<sup>5</sup> 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 inadmisibles 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.<sup>6</sup> 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

<sup>6</sup> 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 al 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".<sup>7</sup> 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.

---

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

#### **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.

---

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup> Cuando, además, un fin no está ordenado constitucionalmente y su autoridad constitucional proviene de un principio formal de competencia al legislador,<sup>11</sup> se dice que es un fin constitucional de segundo grado.<sup>12</sup> 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.

---

<sup>9</sup> La Corte pudo, en su lugar, enfocarse en la medida restrictiva que prohibía las peleas de gallos. Suggerentemente, 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.

<sup>10</sup> Para una exposición de ésta, véase Bernal (2014, pp. 878-891).

<sup>11</sup> Éste puede ser el principio democrático (un principio general), como la Corte mantuvo en su sentencia (pp. 48 y 51).

<sup>12</sup> 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 reprobear 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.<sup>13</sup>

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

---

<sup>13</sup> 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 subrepticamente 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.