



Universidad Nacional Autónoma de México
Programa de Posgrado en Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas

En gustos se rompen métodos
Estructura, alternativas y aplicación en la jurisprudencia constitucional
del test de proporcionalidad

Tesis

que para optar por el grado de

Doctor en Derecho

presenta

Javier Martín Reyes

Tutor principal

Dr. Pedro Salazar Ugarte

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

**Miembros del
comité tutor**

Dr. Sergio López Ayllón

Centro de Investigación y Docencia Económicas

Dr. Julio A. Ríos Figueroa

Instituto Tecnológico Autónomo de México

**Lectoras del
sínodo**

Dra. Leticia Bonifaz Alfonso

Facultad de Derecho, UNAM

Dra. Andrea Pozas Loyo

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Ciudad Universitaria, CD. MX.

Noviembre de 2021



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)
y al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE),
instituciones orgullosamente públicas y ejemplo de lo que México puede lograr

Agradecimientos

El camino para concluir esta tesis doctoral fue largo. Con el paso del tiempo he acumulado deudas con muchas personas. No sé si algún día pueda saldarlas, pero espero que estas líneas sirvan para expresar todo mi agradecimiento a quienes me han acompañado de las más variadas formas durante estos años.

Debo mi interés en las metodologías de adjudicación constitucional a Pedro Salazar Ugarte, Lorenzo Córdova Vianello y Rodrigo Gutiérrez Rivas, quienes fueron mis profesores de Derecho Constitucional. Mi primera aproximación a la ponderación y al test de proporcionalidad fue precisamente en este curso, cuando analizamos la sentencia del Tribunal Constitucional español en el caso del “niño Marcos”. Desde ese momento, los métodos y formas para resolver conflictos entre derechos fundamentales me han parecido un tema apasionante y digno de ser investigado.

Posteriormente, tuve el privilegio de desempeñarme como servidor público en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Tanto la Sala Superior como la Sala Regional Monterrey fueron para mí miradores privilegiados para aprender, de primera mano, los retos que impone para la judicatura la constitucionalización del ordenamiento, la conformación de un parámetro de regularidad conformado por derechos humanos de fuente constitucional e internacional, así como la existencia de los principios de interpretación del artículo 1º constitucional.

En particular, trabajar con Marco A. Zavala –un jurista de primera, juzgador ejemplar y amigo entrañable– ha sido uno de los mayores retos y privilegios profesionales de mi vida. Recuerdo que cuando llegamos a Monterrey, después de que fue designado como magistrado, una de sus principales prioridades fue la de aportar claridad y coherencia a las múltiples metodologías de adjudicación que se

utilizaban y utilizan en la judicatura. Buena parte de las preocupaciones que me llevaron a escribir una tesis doctoral sobre este tema surgieron cuando me desempeñé en la coordinación de su ponencia. A Marco le agradezco por las largas discusiones, los comentarios siempre oportunos y las permanentes recomendaciones de literatura especializada. Esta tesis le debe mucho a su lucidez como jurista y a su generosidad como amigo.

Originalmente, planeaba escribir una tesis sobre el test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio estadounidenses echando mano de los estudios jurídicos empíricos y la literatura sobre política judicial. Me aproximé por primera vez a estos trabajos durante una estancia en la Universidad de Chicago y por las muchas recomendaciones y charlas posteriores con Julio Ríos Figueroa, un pionero y referente en la materia y con quien también estaré en deuda por ser siempre un extraordinario profesor, mentor y amigo. En un primer momento, me parecía que esos desarrollos teóricos podían aportar las herramientas necesarias para estudiar de manera más sistemática las metodologías de adjudicación constitucional.

Mi paso por Chicago, los consejos de Julio y mis estudios en la Universidad de Columbia, en Nueva York, donde realicé mi maestría, han reforzado mi convicción sobre la importancia de esta literatura para el estudio empírico de la judicatura. Pero con el paso del tiempo también he llegado a la conclusión de que el punto de partida para estudiar las metodologías de adjudicación está en la teoría del derecho y en la doctrina comparada, y que cualquier esfuerzo de formalización y cuantificación debe partir y ser consistente con la particular lógica lo jurídico. Creo que hoy, más que nunca, para abogados y politólogos vale la advertencia de Barry Friedman: los estudios empíricos del derecho serán tan buenos como su capacidad para entender correctamente la lógica de las normas y del sistema jurídico.¹

En el programa del Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM encontré una comunidad académica e intelectual fuerte, vibrante y renovada que resultó ideal para realizar esta tesis doctoral. Desde que me desempeñé como asistente de investigación durante mis años universitarios y hasta estos días, Jurídicas ha sido para mí un espacio en el que conviven virtuosamente los estudios realizados a partir de metodologías jurídicas, el derecho comparado y las aproximaciones interdisciplinarias.

Esta tesis es producto de esa afortunada diversidad metodológica que convive en Jurídicas. A partir de la teoría del derecho alexiana, la lógica aplicada al derecho y la aritmética ponderativa, en el primer capítulo presento una formalización completa del test de proporcionalidad de Robert Alexy. En el segundo –siguiendo la lógica de lo que, con todo tino, Pedro Salazar Ugarte ha llamado “la escuela del maestro Fix-Zamudio”²– presento un estudio de derecho comparado sobre el test

¹ Friedman (2006).

² Salazar Ugarte (2017).

de proporcionalidad y sus alternativas. En el tercer capítulo realizo un análisis argumentativo de todas las tesis y jurisprudencias en las que la Suprema Corte de Justicia ha empleado el concepto del test de proporcionalidad. Finalmente, en el cuarto capítulo, el análisis normativo es complementado con un estudio empírico y cuantitativo a partir de una base de datos que incorpora todas las sentencias de la Corte que han empleado dicho concepto.

Mi deuda con Jurídicas y con la UNAM es enorme. En primer lugar, debo agradecer a Pedro Salazar Ugarte, quien durante años ha sido para mí un referente ético e intelectual. Esta tesis es producto de un largo camino de formación académica en el que Pedro ha jugado un papel central. He tenido el privilegio de que Pedro haya aceptado ser mi director de las tesis que presenté para obtener la licenciatura en Derecho de la UNAM, la licenciatura en Ciencia Política y Relaciones Internacionales del CIDE y, ahora, el doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. A Pedro agradezco por el espíritu crítico, por las convicciones democráticas y por la amistad sincera.

Debo agradecer también a Andrea Pozas Loyo, quien fue Jefa del Departamento de Posgrado durante casi todo el tiempo que realicé mis estudios de doctorado y quien además aceptó leer esta tesis. Sin su permanente apoyo y aliento seguramente este trabajo hubiese demorado mucho más de lo necesario. Y, en buena medida, fueron las dudas y críticas de Andrea las que me permitieron mostrar con mayor claridad la necesidad y beneficios de realizar una formalización completa del test de proporcionalidad alexiano.

Asimismo, quiero expresar mi gratitud con otros colegas de Jurídicas, especialmente con quienes integran las líneas de investigación de Estructuras Jurídicas y de Estudios Empíricos del Derecho, el Observatorio de Reformas Políticas de América Latina y la Comisión de Igualdad y Equidad de Género. Ha sido un verdadero lujo poder discutir y aprender en diferentes espacios con colegas y compañeros como César Astudillo, Erika Bárcena, Patricia Basurto, Jaime Cárdenas, Hugo Concha, Lorenzo Córdova, Óscar Cruz, Imer Flores, Flavia Freidenberg, Javier Galicia, Luciana Gandini, Sergio García Ramírez, Mónica González Contró, Nuria González, Issa Luna Plá, María Marván, Marichuy Medina, Roberto Ochoa, José de Jesús Orozco, Mauricio Padrón, Xisca Pou, Wendy Rocha, Ana Isabel Romo, Camilo Saavedera, María Paula Saffon Guadalupe Salmorán, Adriana Segovia, Alejandra Terrones, Diego Valadés y Daniel Vázquez.

No hubiera podido concluir exitosamente la última etapa del doctorado sin el apoyo de Daniel Vázquez y Susana Gil. Gracias a ellos pude navegar exitosamente por las complicadas aguas administrativas de nuestra máxima casa de estudios.

He tenido el privilegio de escribir esta investigación doctoral al mismo tiempo que me he desempeñado como profesor asociado en la División de Estudios Jurídicos y,

durante tres años, como coordinador de la Licenciatura en Derecho del CIDE. Este trabajo se ha beneficiado mucho de la interacción con un claustro y un cuerpo docente tan comprometido con el rigor académico, la pluralidad metodológica y la responsabilidad social. Gracias a Mercedes Albornoz, Memo Casillas, Gustavo Fondevila, María del Refugio González, Lucero Ibarra, Javier Jiménez, Marisol Maqueo, Susana Marván, Ximena Medellín, Andrea Mendoza, Pablo Mijangos, Alfonso Pasapera, Karla Prudencio, Miguel Rábago, Alejandra Rabasa, Fernando Sosa y Werner Vega.

Muy especialmente, doy gracias a Sergio López Ayllón, quien siempre creyó en esta investigación y quien me apoyó de las más diversas formas. Sergio es un abogado todoterreno y un ser humano extraordinario. Ha sido un privilegio ser testigo de su solvencia técnica, su calidad ética y su capacidad de articulación desde distintas facetas: como director, colega y amigo. También a Ana Laura Magaloni y a Ximena Medellín, con quienes he tenido el privilegio de compartir cátedra en los cursos de Derecho Constitucional y Argumentación Constitucional. Muchas de las ideas de esta tesis fueron producto de las largas pláticas que hemos tenido sobre teoría constitucional y derechos humanos. Espero que la lectura de esta tesis nos permita seguir avanzando en los acuerdos y desacuerdos. Igualmente, a Tony Caballero, pues a él debo varias de las intuiciones iniciales que terminé desarrollando en los últimos dos capítulos de esta tesis. Finalmente, agradezco a resto de los profesores de altos vuelos: Javier Angulo, Luis Jardón, Raúl Mejía, Rodrigo Meneses y Pepe Roldán, por todas las discusiones jurídicas y su genuina camaradería.

El CIDE me ha dado la oportunidad de ser profesor de brillantes personas alumnas. En particular, esta tesis se ha beneficiado con la preparación de los materiales y las discusiones en mis cursos de Derecho Constitucional, Argumentación Constitucional y Lógica y Análisis de Normas. Asimismo, he tenido el privilegio de dirigir extraordinarias tesinas que siguen las líneas de investigación de este trabajo doctoral. En particular, la de Frida Ibarra Olguín sobre el uso de los niveles de escrutinio en el test de proporcionalidad; la de Rodrigo González Zuppa, sobre el desarreglo de las metodologías de adjudicación; y la de Sara Contreras Medrano, sobre los escrutinios aplicables al discurso gubernamental y a los foros públicos. También agradezco a Sofía Aguiar, Carlos Arce, Jimena Blancas y Elizabeth Vázquez por su labor como asistentes en investigaciones relacionadas con el test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio.

Otras personas igualmente me han dado la oportunidad de adelantar algunos de los argumentos que desarrollo en este trabajo. A José Luis Caballero debo la invitación para impartir el curso de Derechos Humanos la Licenciatura en Derecho de la Universidad Iberoamericana, en el que pude afinar varias de las ideas aquí expuestas. A Gerardo Laveaga debo la invitación a publicar un trabajo sobre proporcionalidad de las penas en una obra colectiva del Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), y que me sirvió para explorar la representación gráfica

de los distintos tipos de proporcionalidad.³ De la misma forma, gracias a las generosas invitaciones de Nuria González, Saúl López, Samuel Hiram Ramírez, Marichuy Medina y Gustavo Ortiz pude publicar trabajos individuales y en coautoría en los que avanzo algunas de las ideas preliminares sobre el test de escrutinio estricto,⁴ el examen de confección estrecha⁵ y la aparición del concepto del test de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana.⁶

Igualmente doy gracias a quienes, de muy diversas formas, me han ayudado a ser un mejor académico y abogado. A Leticia Bonifaz, por aceptar leer esta tesis doctoral y por ser un referente en la discusión jurídica. A antiguas compañeras y compañeros del servicio público y colegas de quienes nunca dejaré de aprender: José Pablo Abreu, Paulina Barrera, Ricardo Becerra, Miguel Bonilla, Aturo Colín, Luisa Conesa, José Ramón Cossío, Josefina Cortés, Elena Cruz, Pipe Cruz Mayorga, Amadeo Díaz, Rodrigo Díez, José Antonio Hernández, Alejandro Madrazo, Ciro Murayama, Luis Enrique Pereda, Reyes Rodríguez, David García Sarubbi, Rubén Sánchez Gil, Ricardo Silva y Estefanía Vela. Y, *last but not least*, a los integrantes de La Tercera: Melissa Ayala, Tito Garza Onofre, Juan Luis Hernández, José Manuel Ruiz y Paula Sofía Vázquez. Por las batallas, discusiones y mezcales juntos. Y por el permanente recordatorio de que otro Derecho es posible – con más crítica, lógica y gráficas, si es necesario –. Muy especialmente a mi querido Tito, que además de coautor y compadre, es un permanente recordatorio que es parentesco sin sangre una amistad verdadera.

La fortuna me ha dado una familia extraordinaria. A Elisa y Javier, mis padres, les agradezco por su amor incondicional, por su apoyo constante y por su permanente ejemplo de honradez y rectitud. Y, a Emma y Elisa, por recordarme siempre la dicha de ser familia. Esta tesis, como todo lo que he logrado, es también suya. Durante los últimos meses de la elaboración de esta tesis mi vida cambió gracias a Mariana. Ella estuvo ahí, en los momentos más difíciles y también en las dichas más grandes. Gracias por todo.

Finalmente, esta tesis está dedicada a la UNAM y al CIDE, mis *almae matres*. En un tiempo en el que abundan el desprecio al conocimiento científico y las amenazas a las libertades de investigación y de cátedra, estoy convencido de que quienes hemos sido formados en lo público tenemos la obligación defender, con convicción y vehemencia, a la universidad pública y la educación de excelencia.

³ Martín Reyes (2021).

⁴ Martín Reyes (2020b).

⁵ Martín Reyes (2015) y Soto Mota, Castañeda Prado, Fernández Ruiz y Martín Reyes (2021).

⁶ Martín Reyes (2020a).

Índice

<i>Agradecimientos</i>	3
<i>Introducción general</i>	15
1 <i>El contexto: adjudicar en la era de la ponderación</i>	16
2 <i>Los problemas: entre las insuficiencias teóricas y los vacíos empíricos</i>	20
2.1 El cuestionamiento sobre el carácter inevitable o necesario del test alexiano y sus tres componentes	20
2.2 El cuestionamiento sobre la inexistencia de alternativas serias al test de proporcionalidad	21
2.3 El cuestionamiento sobre la insuficiencia de la evidencia existente.....	24
3 <i>Las soluciones: formalización completa del test, comparación estructural y sistematización empírica</i>	26
4 <i>La estructura y los métodos: teoría del derecho, derecho comparado, análisis argumentativo y estudio empírico</i>	28
5 <i>Los argumentos generales y las aportaciones específicas</i>	29
5.1 La formalización completa del test de proporcionalidad alexiano permite entender las relaciones entre sus exámenes identificar sus deficiencias estructurales, replantear sus componentes, resolver viejos y nuevos debates, y explicar fenómenos recientes de la práctica jurisdiccional.....	29
5.2 En la doctrina y en el derecho comparado es posible encontrar metodologías de adjudicación alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano	30
5.3 El análisis de los criterios relevantes y de las sentencias sugiere que el test de proporcionalidad no se aplica consistentemente, ni es una metodología ampliamente utilizada, ni ocupa un lugar central en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana	32
<i>Capítulo I. El test de proporcionalidad: formalización, crítica y replanteamiento del modelo alexiano</i>	36
1 <i>Introducción: la formalización parcial y sus costos</i>	37
2 <i>El test de proporcionalidad de Alexy</i>	41
2.1 El test en una nuez.....	41
2.2 Algunas premisas básicas de la teoría alexiana de los derechos fundamentales	43
2.2.1 En la constitución hay tanto derechos expresamente contemplados como derechos “derivados” o “adsritos”	44

2.2.2	Las normas de derechos fundamentales son aquellas para las cuales es posible brindar una justificación constitucional (o iusfundamental) correcta	47
2.2.3	Las normas de derechos fundamentales pueden tener tanto la forma de principios (mandatos de optimización) como de reglas (normas que se cumplen o no)	51
2.2.4	Los conflictos entre reglas se resuelven invalidando o generando excepciones; las colisiones entre principios, ponderando	57
2.2.5	El peso concreto de los principios y sus relaciones de preferencia dependen de las circunstancias del caso	58
2.2.6	No hay principios absolutos: todos pueden derrotar y ser derrotados por otros principios	63
2.2.7	Tampoco hay reglas absolutas: si hay razones de peso, las normas constitucionales en forma de principios pueden tomar precedencia sobre las normas constitucionales en forma de reglas 64	
2.2.8	Las normas de derechos fundamentales adquieren un doble carácter (como reglas y como principios) cuando se incorporan cláusulas de restricción basadas en principios.....	66
2.2.9	El test de proporcionalidad (con sus tres exámenes) es una metodología universal y necesaria, ya que la naturaleza de los principios implica el test de proporcionalidad (y viceversa)	68
2.2.10	Los subprincipios de idoneidad y necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad con las posibilidades jurídicas.....	69
2.3	El examen formalizado por Alexy: la proporcionalidad en sentido estricto.....	73
2.3.1	Una introducción sobre el origen de la fórmula de la ponderación.....	73
2.3.2	La “ley de la ponderación” de Alexy (o la formalización del examen de proporcionalidad en sentido estricto).....	77
2.4	Formalización de todo el test de proporcionalidad alexiano	82
2.4.1	Afectación (paso cero): el test presupone la existencia una medida (M) que incida negativamente en el ámbito de protección de un derecho fundamental (P_1).....	82
2.4.2	Idoneidad (paso uno): para ser válida, una medida (M) necesariamente debe incidir positivamente en la consecución de otro principio o derecho fundamental (P_2).....	83
2.4.3	Necesidad (paso dos): para que una medida (M) sea válida, no debe existir una medida alternativa (M') que cuente con un grado igual o mayor de idoneidad para alcanzar el derecho o principio que constituye el objetivo o fin legítimo (P_2) pero que al mismo tiempo sea menos restrictiva en términos del derecho o principio afectado (P_1)	85
2.4.4	Proporcionalidad en sentido estricto (paso tres): para ser válida, una medida M debe generar mayores beneficios en términos del derecho o principio P_2 que costos en términos del derecho o principio P_1	88
2.5	Las lecciones de la formalización	94
2.5.1	El modelo alexiano no es, en realidad, un test estrictamente escalonado de tres pasos, sino la conjunción de dos exámenes independientes: proporcionalidad en sentido estricto y necesidad	94
2.5.2	Por regla general debe hacerse tanto el análisis de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad (en ese orden, preferentemente).....	99
2.5.3	El test alexiano no es apto para realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible, por lo que el examen de necesidad debe ser sustituido por un examen de optimalidad.....	105
2.5.4	La sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad brinda el aparato teórico necesario para comprender algunas prácticas recientemente identificadas de los tribunales constitucionales.....	111
2.5.5	Es falso que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas.....	112
2.5.6	El test no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad.....	114

3	<i>A manera de conclusión</i>	119
Capítulo II. De todo hay en las metodologías de adjudicación: alternativas al test de proporcionalidad..... 121		
1	<i>A manera de introducción</i>	122
2	<i>Las teorías del contenido esencial de los derechos</i>	125
2.1	Una distinción necesaria: las teorías absolutas y relativas del contenido esencial de los derechos	125
2.2	La teoría (absoluta) de García Amado: una tipología de derechos fundamentales	129
2.3	Las relaciones entre los diferentes tipos de derechos	131
2.4	Alcances y límites de la teoría absoluta de García Amado	132
3	<i>La teoría de los casos paradigmáticos</i>	138
3.1	La concepción subsuntiva o especificacionista.....	138
3.2	La concepción particularista	139
3.3	La concepción alternativa de Moreso	142
3.4	La aplicación de la concepción alternativa: el caso <i>Titanic</i>	143
3.5	Alcances y limitaciones de la teoría de los casos paradigmáticos.....	145
4	<i>Tests ad hoc para evaluar violaciones a principios o derechos específicos...</i>	149
4.1	Restricciones a la libertad de expresión con motivo de discursos difamatorios sobre la actuación de servidores públicos	150
4.2	Violaciones al principio de separación de las iglesias y el Estado	153
4.3	Reflexiones sobre los tests <i>ad hoc</i>	156
5	<i>Los niveles de escrutinio estadounidenses</i>	158
5.1	Una breve introducción	158
5.2	Escrutinio estricto	159
5.3	Escrutinio intermedio	163
5.4	Escrutinio ordinario	166
5.5	Formalización de los niveles de escrutinio	168
5.5.1	Primer paso: el examen de importancia (o la determinación del nivel de escrutinio y de la importancia del interés que persigue la medida).....	169
5.5.2	Segundo paso: el examen del nivel de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de confección estrecha	171
5.6	Alguna lecciones e implicaciones de la formalización de los niveles de escrutinio	186
5.6.1	Aunque comparten algunos elementos, los niveles de escrutinio son estructuralmente diferentes al test alexiano	186
5.6.2	El examen de importancia es una ponderación implícita y abstracta	186

5.6.3	El examen de importancia hace que los niveles de escrutinio puedan ser más exigentes que el test alexiano	187
5.6.4	El examen del nivel de idoneidad o conexión también hace que los niveles de escrutinio puedan ser más exigentes que el test alexiano	187
5.6.5	El examen de confección es un examen independiente que opera en una dimensión distinta y que igualmente puede hacer más exigentes a los niveles de escrutinio	188
5.6.6	Los niveles de escrutinio sí tienen una estructura escalonada	189
5.6.7	Los niveles de escrutinio comparten buena parte de los problemas de cálculo que supone el test alexiano	189
5.6.8	La formalización también permite ver que hay al menos dos tests de igualdad estructuralmente distintos.....	189
6	<i>La ponderación simple (o balancing)</i>	192
6.1	Un ejemplo del ámbito estadounidense: el caso Boeing	192
6.2	La resolución del caso en primera instancia: la aplicación de una regla categórica	194
6.3	La resolución del caso en segunda instancia: la ponderación simple	197
6.4	La formalización de la ponderación simple	200
6.5	Las lecciones de la formalización de la ponderación simple	202
7	<i>Para concluir: de todo hay en las metodologías de adjudicación</i>	207
7.1	Las tijeras y no la báscula: la teoría absoluta de García Amado	207
7.2	Entre el libro de cocina y el extraordinario cocinero: la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso	208
7.3	La unitalla como alternativa a los trajes a la medida: los tests <i>ad hoc</i>	209
7.4	La báscula y la cinta métrica: los niveles de escrutinio estadounidenses	210
7.5	Traje sin chaleco: la ponderación simple (o <i>balancing</i>)	210
	<i>Capítulo III. En gustos se rompen métodos: el test de proporcionalidad en las jurisprudencias y tesis aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.</i>	211
1	<i>Introducción</i>	212
2	<i>Análisis de las tesis aisladas y de las jurisprudencias</i>	218
2.1	La aparición del concepto en las tesis de la Corte: la relación inversa entre la “intensidad” del test y el margen de apreciación del legislador (en materia penal)..	218
2.2	Un segundo criterio en materia penal: la proporcionalidad como herramienta para evaluar la proporcionalidad de las penas	219
2.2.1	Los elementos del test.....	219
2.2.2	La aplicación del test a la medida concreta	221
2.3	La confección de un test híbrido: la combinación de un juicio de igualdad y un test de proporcionalidad con diferentes intensidades de escrutinio como herramienta para analizar las violaciones al principio de igualdad o equidad tributaria	224

2.4	La interamericanización del test y la concepción (al fin) del test como metodología para analizar la restricción y suspensión de derechos fundamentales .	228
2.5	La combinación del test de proporcionalidad y el test de igualdad.....	231
2.6	Del test confuso al test inaplicable: la renuncia a analizar exenciones fiscales a partir del principio de igualdad o equidad tributaria.....	233
2.7	La aplicabilidad de los niveles de escrutinio (ordinario y estricto) para analizar intervenciones en derechos fundamentales, violaciones al principio de igualdad y conflictos entre normas competenciales	238
2.8	El uso retórico del test para analizar una intervención en derechos fundamentales.....	240
2.9	Una poco de claridad: la distinción entre la proporcionalidad de las penas y el test (alexiano) de proporcionalidad	242
2.9.1	La primera distinción: proporcionalidad (abstracta) de las penas vs. proporcionalidad en materia de derechos fundamentales.....	242
2.9.2	La segunda distinción: penalidad en abstracto vs individualización de la pena.	244
2.10	La aparición de un test principalmente alexiano: la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana.....	245
2.10.1	Paso cero: existencia de una intervención en un derecho fundamental.....	246
2.10.2	Paso uno: existencia de una finalidad constitucionalmente válida	247
2.10.3	Paso dos: la idoneidad de la medida	248
2.10.4	Paso tres: la necesidad de la medida	249
2.10.5	Paso cuatro: proporcionalidad en sentido estricto	253
2.11	De vuelta al uso retórico: el test como metodología para analizar violaciones al principio de progresividad.	256
2.12	Otro test como retórica: la constitucionalidad de dejar sin efectos certificados fiscales por la comprobación de infracciones	259
2.13	Un test <i>tutti frutti</i> : un test de proporcionalidad que a la vez es juicio de igualdad, y en otros casos, es mera idoneidad.....	261
2.13.1	La estructura del test.....	261
2.13.2	La aplicación del test.....	264
2.14	La proporcionalidad como medida para analizar la regresividad de medidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.....	269
2.15	Un test de proporcionalidad sin proporcionalidad y sin incidencia en los derechos.....	269
2.16	Una aplicación claramente casuística: la inconstitucionalidad del requisito consistente en presentar tres testimoniales para el otorgamiento de medidas precautorias.....	273
2.17	La puerta para la anarquía judicial: el test de proporcionalidad como una de las (muchas) herramientas para analizar intervenciones en derechos fundamentales	275
3	Conclusiones	278
3.1	El concepto de “test de proporcionalidad” tuvo una lenta incorporación en el sistema tradicional de jurisprudencia de la Corte	278

3.2	El test de proporcionalidad es un metodología empleada, sobre todo, en las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias de Primera Sala y por ministros que no provienen de la carrera judicial	279
3.3	La mayoría de las tesis aisladas y de jurisprudencia que mencionan el test de proporcionalidad provienen de precedentes proyectados por un puñado de secretarías y secretarios de estudio y cuenta	281
3.4	El test de proporcionalidad no sólo se ha empleado para analizar intervenciones en derechos fundamentales, sino también la proporcionalidad de las penas, la proporcionalidad y equidad de los tributos y la proporcionalidad de las intervenciones en garantías institucionales	282
3.5	La Corte ha empleado diversas variantes del test de proporcionalidad, que muchas veces se mezclan con elementos provenientes de otras metodologías no son del todo compatibles con el test.....	284
3.6	La aplicación del test ha mostrado no pocos problemas argumentativos.	285
3.7	El test se ha utilizado más para realizar análisis en abstracto (<i>facial challenges</i>) que análisis en concreto o aplicados (<i>as-applied challenges</i>).....	286
3.8	Las tesis aisladas y de jurisprudencia no sólo se refieren a cuestiones interpretativas, sino también a problemas probatorios y de metodología.....	287
Capítulo IV. Mucha cita y no tanta práctica: la aplicación del test de proporcionalidad en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación		288
1	<i>A manera de introducción</i>	289
2	<i>Análisis empírico y cuantitativo</i>	291
2.1	Entre la retórica y la práctica: los usos del “test de proporcionalidad”	291
2.2	De la aparición tardía al uso regular: los tiempos del test de proporcionalidad	292
2.3	En lo concreto y en lo abstracto: las vías en que se emplea el test de proporcionalidad	295
2.4	Más de la Primera que de la Segunda: los órganos que aplican el test de proporcionalidad.	300
2.5	Entre las personas y las leyes: las y los ponentes que usan el test de proporcionalidad	303
2.6	La justicia secretarial: las secretarías y los secretarios que usan el test de proporcionalidad	306
3	<i>Conclusiones</i>	309
3.1	El concepto de test de proporcionalidad se ha utilizado escasamente en las sentencias de la Corte	309
3.2	La aparición del concepto en las sentencias de la Corte fue relativamente tardío, pero con el paso del tiempo su uso se estabilizó (en niveles bajos)	309

3.3	El test de proporcionalidad es una metodología usada preponderantemente en la Primera Sala.....	310
3.4	Las aplicaciones del test se concentran en un puñado de ministros, que fueron nombrados a partir de 2003 y que no provienen de la carrera judicial, así como en un grupo aún más reducido de proyectistas.....	310
3.5	En las sentencias de la Corte también es posible encontrar un uso poco ortodoxo del test de proporcionalidad	311
3.6	El test de proporcionalidad está lejos de ser una metodología que se haya consolidado en las sentencias de la Suprema Corte	311
Conclusiones.....		313
1	<i>Un símil (a manera de introducción)</i>	314
2	<i>Los resultados y sus implicaciones</i>	316
2.1	Sobre la estructura, deficiencias y replanteamiento del test de proporcionalidad	316
2.2	Sobre la existencia de metodologías de adjudicación alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano.....	319
2.3	Sobre la falta de consistencia y consolidación de la aplicación del test de proporcionalidad en la Suprema Corte mexicana	323
3	<i>Posibles líneas de investigación</i>	327
3.1	El uso no casuístico del test de proporcionalidad: control de constitucionalidad abstracto e impugnaciones faciales (facial challenges).....	327
3.2	El test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio y el juicio de igualdad.....	330
3.3	Test de proporcionalidad y principio de interdependencia	331
3.4	Estudios empíricos que ahonden en la aplicación del test de proporcionalidad en la Suprema Corte mexicana.....	332
3.5	Discurso gubernamental y nuevas tecnologías: entre el escrutinio estricto, la razonabilidad y la no regulación.....	334
Referencias bibliográficas		336

Introducción general

1 El contexto: adjudicar en la era de la ponderación

Vivimos en la era de la proporcionalidad. Un sector muy importante, incluso dominante, de la doctrina y la literatura especializada ha celebrado sus bondades teóricas y han documentado la expansión global del test de proporcionalidad y sus parientes cercanos –la ponderación y el *balancing*– en las judicaturas y los ordenamientos jurídicos del mundo.

Estos trabajos argumentan, con insistencia, que el test de proporcionalidad es la mejor metodología de adjudicación para resolver las colisiones entre derechos fundamentales y para analizar las medidas que inciden en ellos. La lista de las bondades es larga. Algunos autores han sostenido que el test es “el más conocido y el más recurrente ‘límite de los límites’ a los derechos fundamentales”,⁷ “la mejor alternativa actualmente disponible para los jueces que buscan racionalizar y defender el control de constitucionalidad de los derechos”⁸ y el “criterio sustantivo más importante para los límites de los derechos fundamentales”.⁹ Otros más han afirmado que la proporcionalidad y la ponderación “son los medios más sofisticados para resolver las muy complejas e intrincadas colisiones entre derechos humanos y otros principios”.¹⁰ E incluso se ha dicho que se trata de “el estándar dominante, la mejor práctica para la adjudicación de derechos en el mundo” que, por lo tanto, “no tiene ningún rival serio”.¹¹

Hay quienes van un paso más allá. En estas visiones, el test de proporcionalidad ya no sólo es la más importante o la mejor metodología de adjudicación, sino un procedimiento necesario, exigido, incluso único. Así, se ha dicho que se trata de un “principio general de adjudicación constitucional”,¹² un “criterio general de legitimidad sistémica y validez legal”,¹³ un “un elemento constitutivo de constitucionalismo basado en derechos”¹⁴ o un “aspecto integral del discurso jurídico y moral en prácticamente todos los sistemas jurídicos vigentes”.¹⁵ Bajo esta lupa, el test no es una metodología de adjudicación más, sino una que “dota de coherencia a todo el sistema constitucional y que es aplicable a todos tipos de derechos e intereses”.¹⁶ Se trata, para decirlo pronto, de un criterio “universal”, “esencial” e “inevitable”.¹⁷

⁷ Carbonell (2008, 10).

⁸ Stone Sweet y Mathews (2008, 77).

⁹ Borowski (2007, 210).

¹⁰ Klatt y Meister (2012a, 167).

¹¹ Stone Sweet (2020, 542).

¹² Stone Sweet y Mathews (2008, 73).

¹³ Stone Sweet y Mathews (2020, 541).

¹⁴ Stone Sweet y Mathews (2019, 80).

¹⁵ Newton y May (2014, 15).

¹⁶ Cohen-Eliya y Porat (2013, 3).

¹⁷ Beatty (2004, 162-163).

Aunque las formulaciones pueden variar, la inmensa mayoría de la literatura coincide en que el test de proporcionalidad tiene una estructura específica, que sigue y coincide con la influyente obra de Robert Alexy (2002a) y que, por simplicidad, podríamos llamar el modelo “alemán” o “alexiano”. Bajo esta concepción – dominante, sin duda – cualquier medida que incida en un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y pasar por tres exámenes escalonados.¹⁸ En el examen de idoneidad (o adecuación o conexión racional) se verifica que la medida sea efectiva o útil para alcanzar la finalidad legítima. Si la medida pasa este examen, se pasa al segundo: el de necesidad (o de intervención mínima). Ahí se evalúa si no existe una medida alternativa que sea igual o más idónea para alcanzar la finalidad, pero que sea menos restrictiva para el derecho afectado. Finalmente, si se supera el examen de necesidad, se pasa al último: el examen de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación). Aquí se debe hacer un análisis entre los costos derivados de la afectación al derecho y los beneficios que genera la medida en términos de la finalidad perseguida.

Esos son los pasos que, según el sector dominante de la literatura, la judicatura debe realizar para analizar las intervenciones a derechos fundamentales. Y, como se ha dicho, las razones que suelen darse no son sólo de conveniencia, sino de necesidad. Según este sector, estos tres pasos son indispensables, pues de lo contrario no se alcanzaría el fin último de la proporcionalidad: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. En la teoría alexiana, la *naturaleza* de los derechos fundamentales implica lógicamente el principio de proporcionalidad con sus tres exámenes – y viceversa –.¹⁹

Por supuesto, no han sido pocas las críticas que se han hecho a la proporcionalidad.²⁰ En la literatura especializada es posible encontrar cuestionamientos severos a la

¹⁸ En diversos trabajos existe un debate sobre el número de pasos del test de proporcionalidad. En particular, se suele discutir que si el test, además de los últimos tres pasos – idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto –, tiene uno o dos pasos previos: (i) que la medida efectivamente incida un derecho fundamental y (ii) que la medida persiga una finalidad legítima. Fuera de ese debate – que, como se verá, es más semántico que estructural – existe una amplia coincidencia en que esos tres pasos forman parte del test de proporcionalidad. Véanse, por mencionar sólo algunos ejemplos que coinciden en esto, los trabajos de Gunn (2006, 467-468), Stone Sweet y Mathews (2008, 75-76), Tsakyrakis (2009, 474), Alvez (2010, 364-366), Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil (2012, 298), Klatt y Meister (2012a, 153-165), Klatt y Meister (2012b, 703-707), Möller (2012, 711), Stone Sweet y Mathews (2019, 30) y Stone Sweet (2020, 545).

¹⁹ En palabras de Alexy (2002a, 66): “La naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa. El hecho de que la naturaleza de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (uso del medio menos intrusivo) y proporcionalidad en sentido estricto (es decir, el requisito de ponderación) se sigue lógicamente de la naturaleza de los principios; se puede deducir de ellos”. Como explico más adelante, prácticamente todas las traducciones son mías.

²⁰ Véanse, por mencionar algunos ejemplos, las posiciones de Habermas (1996), Jackson (2004), García Amado (2009), Tsakyrakis (2009), Webber (2009), Moreso (2010), Schauer (2010), Tsakyrakis (2010), Webber (2010), Ferrajoli (2011), Tushnet (2011), Alexander (2012), García Amado (2012), Jestaedt (2012), Guastini (2013), Petersen (2013), Tschentscher (2014), García Amado (2016), Böckenförde

concepción de derechos fundamentales que presupone el test de proporcionalidad y a las dificultades que implica ponderar y comparar los pesos de los derechos en colisión. Asimismo, se ha dicho que el test de proporcionalidad es una metodología que resta fuerza a los derechos fundamentales, que incrementa la opacidad y la discrecionalidad judicial, que debilita el poder de los órganos democráticamente electos y del pueblo, y que abre la puerta al gobierno de la judicatura.

Pero más allá de estos cuestionamientos, hay un dato indiscutible: la proporcionalidad ha tenido un éxito notable en su expansión tanto en la teoría como en la práctica. Diversos trabajos han documentado la migración de la proporcionalidad a las más diversas materias y jurisdicciones del mundo. No en balde se ha dicho que “el principio de proporcionalidad inició su marcha triunfal mediante el derecho constitucional y de los derechos humanos hace aproximadamente medio siglo”.²¹ Y, así, desde sus orígenes alemanes, la proporcionalidad ha migrado, con diferentes formas, alcances e intensidades, a los tribunales de Australia, Austria, Bélgica, Botsuana, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur, Grecia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Hong Kong, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Israel, Japón, Kenia, Lituania, Malasia, México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rusia, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Taiwán, Turquía y Zimbabue.²²

Su éxito ha sido tal que la migración no sólo se ha limitado a las jurisdicciones nacionales. Hoy la proporcionalidad también se utiliza para resolver disputas en órganos supranacionales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Penal Internacional (CPI), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) y hasta la Organización Mundial del Comercio (OMC).²³

Asimismo, el número y variedad de materias en las que hoy se aplica la proporcionalidad ha crecido con el paso del tiempo. Además de su uso para resolver conflictos entre derechos fundamentales, es posible encontrar aplicaciones del test de proporcionalidad en el arbitraje inversionista-Estado; la imposición de medida

(2017), Tushnet (2017), Urbina (2017), Webber (2017), Guastini (2018), García Amado (2019), Petersen (2020) y Neves (2021).

²¹ Möller (2012, 709).

²² Diversos trabajos han documentado la expansión de la proporcionalidad y la ponderación a lo largo del mundo y también en jurisdicciones específicas. La lista que presento está basada en los trabajos de Aleinikoff (1987, 964), Stone Sweet y Mathews (2008, 112), Peters (2009, 185), Sullivan y Frase (2009), Barak (2012, 182), Cohen-Eliya y Porat (2013), Andrade Neto (2018, 1), Ramshaw (2019), Stone Sweet y Mathews (2019, 67-95), Kremnitzer, Steiner y Lang (2020, 1-2) y Yap (2020).

²³ Véanse, especialmente, los trabajos de Barak (2012), Pirker (2013), Newton y May (2014), Bücheler (2015), Clérico (2015), Crow (2017), Daly y Wiebusch (2018) y Cohen y Zlotogorski (2021).

cautelares; la regulación del *jus ad bellum*, el *jus in bello* y el *jus post bellum*;²⁴ los conflictos competenciales; las disputas sobre equidad tributaria; el ejercicio de las competencias de la Unión Europea y su relación con los estados miembros; y la regulación a las restricciones a derechos en plataformas digitales como *Facebook*.²⁵

Dentro de esta narrativa, México no ha sido la excepción. Con el paso del tiempo, la Suprema Corte de Justicia ha comenzado a utilizar el test de proporcionalidad y la literatura especializada ha documentado su aplicación tanto en casos específicos como en determinadas materias.²⁶ Así, se ha dicho que el test de proporcionalidad es “una metodología de adjudicación constitucional ampliamente utilizada por la Suprema Corte” y que “ocupa un lugar central” en su jurisprudencia.²⁷ Y se ha dicho, además, los “perfiles del test han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno del tribunal constitucional mexicano”.²⁸ A primera vista, parecería que la marcha triunfal de la proporcionalidad ha arribado victoriosa a las calles y plazas de la judicatura mexicana.

Sucede, sin embargo, que la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia práctica han tenido desarrollos y hallazgos que ponen en cuestión algunos elementos centrales de esta narrativa. En este trabajo me concentro en los tres cuestionamientos específicos que explico a continuación.

²⁴ Esto es, las normas que (i) regulan la decisión de usar la fuerza, (ii) son aplicables para el uso de la fuerza en los conflictos armados y (iii) regulan los escenarios post conflicto.

²⁵ Véanse los siguientes trabajo y resoluciones: Aleinikoff (1987), Gardam (2004), Araiza Zapata (2012), Henckles (2012), Newton y May (2014), Stone Sweet y Cananea (2014), Klatt (2015), Ponce Correa (2020) y Oversight Board (2021).

²⁶ Véanse, en particular, los trabajos de Sánchez Gil (2007), Ríos Granados (2008), Conesa Labastida (2009), Sánchez Gil (2009), Villaseñor Goyzueta (2011), Díez Gargari (2012), Ferrer MacGregor y Sánchez Gil (2012), Sánchez Gil (2012), González Galindo (2013), Zavala Arredondo (2013), Cárdenas Gracia (2014), Medina Mora, Salazar Ugarte y Vázquez (2015), López Sánchez (2016), Vázquez (2016a), Vázquez (2016b), Upegi Mejía (2018), Ibarra Olguín (2019), Martín Reyes (2020a), Martín Reyes (2020b), Ríos Granados y Sánchez Gil (2020), García Amado (2021), González Zuppa (2021), Latapie Aldana (2021), Martín Reyes (2021), Pou Giménez (2021), Ríos Granados (2021), Sánchez Gil (2021a) y Sánchez Gil (2021b).

²⁷ Zaldívar (2021, XII).

²⁸ González Carvallo y Sánchez Gil (2021).

2 Los problemas: entre las insuficiencias teóricas y los vacíos empíricos

2.1 El cuestionamiento sobre el carácter inevitable o necesario del test alexiano y sus tres componentes

Si bien es indiscutible la influencia y difusión que ha tenido la versión alemana o alexiana del test –con los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– lo cierto es que algunos tribunales se han apartado de esta estructura. En algunos casos, los tribunales han confeccionado tests que prescinden de uno o más de los exámenes, o que abandonan su estructura escalonada. En otros, los tribunales han cambiado el entendimiento de algunos exámenes, especialmente de idoneidad y necesidad. Ha habido casos, asimismo, en que los tres exámenes se anuncian, pero en realidad no se aplican. Y, finalmente, en otras ocasiones algunos tribunales suelen realizar exámenes que no se corresponden con ninguno de los exámenes del test alexiano.

Pongo un ejemplo notable de estos apartamientos: el caso del Tribunal Federal Constitucional alemán. Aunque se trata de el tribunal en donde más se ha consolidado el test de proporcionalidad –al grado en que la teoría alexiana es, en buena medida, una reconstrucción de su práctica jurisdiccional– lo cierto es que en diversas sentencias se ha alejado claramente del esquema alexiano. En uno de los trabajos más exhaustivos y recientes sobre la aplicación del test de proporcionalidad en Alemania, Canadá y Sudáfrica, Petersen encontró –con algo de sorpresa– que el tribunal alemán suele realizar un examen que no corresponde ni con el de necesidad ni con la proporcionalidad en sentido estricto.²⁹

¿Qué significa lo anterior? ¿Qué el Tribunal Federal Constitucional alemán ha decidido abandonar la metodología que, según gran parte de la literatura, es necesaria pues se deriva de la *naturaleza* misma de los derechos fundamentales? ¿Es una simple incoherencia o error del tribunal alemán? ¿O quizá significa que la teoría alexiana tiene fallas y, en consecuencia, debe ser corregida o replanteada en algunos de sus pasos? Actualmente, por desgracia, la literatura especializada ha sido incapaz de proveer respuestas convincentes a estas y otras preguntas por demás relevantes.

Sigo con el mismo ejemplo. Algunos autores han reconocido y documentado este apartamiento específico del Tribunal Federal Constitucional alemán. Sin embargo, han tratado a este fenómeno simplemente como una “flexibilización” de los

²⁹ De acuerdo con este trabajo, “[e]l Tribunal Constitucional Alemán [...] analiza la relación entre la medida adoptada y su propósito. En muchos casos, esto incluye una comparación de la medida adoptada con medidas alternativas menos restrictivas. Con frecuencia, estas medidas alternativas *no son tan eficaces como la medida adoptada*. Sin embargo, el tribunal no estima que *la diferencia en la eficacia sea lo suficientemente importante para justificar una restricción más severa a un derecho individual*” Petersen (2017, 11).

exámenes del test de proporcionalidad³⁰ o, de plano, como un mero error o inconsistencia. Otros autores, por su parte, han reconocido que en estos cambios hay algo más profundo y estructural. En particular, Borowski —uno de los máximos exponentes de la escuela alexiana— ha señalado muy recientemente que este proceder de Tribunal Federal Constitucional alemán es muestra de que el modelo alexiano debe ser modificado a fin de incorporar lo que se ha entendido como una optimización diferente a la propuesta por Alexy.³¹ Sin embargo, el propio Borowski no ha terminado de definir cuáles son las modificaciones específicas que se requieren al test alexiano, ni cómo esta nueva optimización se articula con el resto del test de proporcionalidad.³²

Lo anterior es sólo un ejemplo de un problema más amplio: la incapacidad de la doctrina contemporánea de dar cuenta de muchas de las prácticas actuales de diversos tribunales constitucionales que (i) aunque expresamente han adoptado al test de proporcionalidad como metodología de adjudicación y (ii) también se han apartado del entendimiento tradicional del entendimiento del test de proporcionalidad.

Parece, por tanto, que las herramientas que da la actual teoría del derecho son insuficientes para explicar algunos de los aspectos clave de la práctica de los tribunales. Y esto impide, en consecuencia, que podamos hacer una evaluación más profunda tanto de la versión ortodoxa del test de proporcionalidad como de la práctica de los tribunales que han introducido modificaciones al entendimiento clásico.

2.2 El cuestionamiento sobre la inexistencia de alternativas serias al test de proporcionalidad

Tres fenómenos ponen en duda de que, como afirman algunos autores, la versión alexiana del test de proporcionalidad —con los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— es una metodología de que “no tiene ningún rival serio”.³³

³⁰ Kaplow (2019, 1456).

³¹ Esto es, lo que Borowski entiende como una optimización Kaldor-Hicks (2021, 252).

³² Específicamente, Borowski no termina ni de formalizar ni de definir la relación de esta nueva optimización con los componentes del test de proporcionalidad. En ese sentido, señala que existirían tres posibilidades: incorporar este análisis: “a) al final de la grada de necesidad, b) en la grada de proporcionalidad en sentido estricto o c) en una grada independiente entre estos elementos del análisis de proporcionalidad” (2021, 260). Pero, finalmente, Borowski no termina por resolver la cuestión. Sobre la pregunta sobre “dónde” ubicar el análisis simplemente señala que “existen argumentos plausibles a favor de todas las tres soluciones, y éstas tienen sus respectivas desventajas”, por lo que “todas las soluciones son posibles” (2021, 263).

³³ Stone Sweet (2020, 542).

El primero fenómeno ya se ha apuntado en el apartado anterior: incluso en los tribunales que han adoptado el test de proporcionalidad – como el Tribunal Federal Constitucional alemán – es posible advertir claros distanciamientos de la estructura defendida por Alexy y gran parte de la doctrina. Parece, en ese sentido, que el primer rival de los defensores del test alexiano es justamente el tribunal a partir de cual Alexy sistematizó su propuesta.

El segundo es la coexistencia del test de proporcionalidad con otras metodologías plenamente consolidadas que comparten ciertas similitudes con el test alexiano, pero que son estructuralmente distintas. El mejor ejemplo de ello son los niveles de escrutinio que emplea la Corte Suprema de Justicia estadounidense. El escrutinio ordinario, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto son tests que utiliza dicho tribunal tanto en el ámbito de la protección de ciertos derechos fundamentales como en el ámbito de la igualdad. Estos niveles de escrutinio también han gozado de una enorme difusión a lo largo del mundo – especialmente los elementos del escrutinio estricto –.

El tercero fenómeno es la convivencia, incluso dentro de una misma jurisdicción, de metodologías de adjudicación que prescinden de cualquier tipo de ponderación explícita y que, en esa medida, responden a lógicas diferentes a la del test alexiano. Aquí un buen ejemplo es, sin duda, el estándar de la “real malicia” o “malicia efectiva”, establecido por la Corte estadounidense en el caso *New York Times v. Sullivan*.³⁴ El estándar fue fijado hace más de cinco décadas y con el paso del tiempo también ha experimentado una difusión nada despreciable en diversas jurisdicciones.³⁵

¿Cómo interpretar la coexistencia del modelo alexiano con estas modificaciones al test alemán y, sobre todo, con otras metodologías alternativas? Una respuesta rápida quizá consistiría en alegar que cualquier separación test alexiano es un error, una renuencia a aceptar y aplicar lo que para un sector de la doctrina es una metodología “universal”, “esencial” e “inevitable”.³⁶ Bajo esta visión, los tribunales nacionales y supranacionales que emplean el escrutinio estricto o el estándar de la actual malicia simple y sencillamente han optado por herramientas deficientes y han renunciado a reconocer que el test de proporcionalidad es un “aspecto integral del discurso jurídico” y una herramienta que “dota de coherencia a todo el sistema constitucional” y que “es aplicable a todos tipos de derechos e intereses”.³⁷

³⁴ 376 U.S. 254 (1964).

³⁵ En Youm (2002) y Youm (2014), por ejemplo, se documenta la influencia del estándar en Argentina, Bosnia, Hungría, Pakistán, Filipinas, Taiwán, India, Corea del Sur y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en Carter (2013), en la CorteIDH; en Hsu (2013), en Taiwan; en Tushnet (2014), en Canadá y Nueva Zelanda; y, en Cárdenas Soriano (2021), en México.

³⁶ Beatty (2004, 162-163).

³⁷ Cohen-Eliya y Porat (2013, 3).

Otra alternativa consiste en reconocer que el modelo alemán no es — como afirma el propio Alexy y un sector dominante de la doctrina — una consecuencia lógica de la naturaleza de los derechos fundamentales, ni una metodología de adjudicación necesaria, única o inevitable. El test alexiano quizá es tan solo una metodología más, con virtudes y problemas, que puede coexistir pacíficamente con otras alternativas que también tienen bondades y limitaciones, y cuya estructura y elementos pueden coincidir en mayor o menor medida con modelo alexiano.

Para corroborar lo anterior, habría que hacer una comparación estructural, bajo un lenguaje común, entre el modelo alexiano y otras metodologías de adjudicación. El problema, sin embargo, es que parece que la doctrina aún no ha desarrollado las herramientas que permitan, en un primer momento, realizar una comparación de la estructura y componentes del test alexiano y de otras metodologías de adjudicación alternativas, para así estar en condiciones de hacer una evaluación más precisa de sus alcances y limitaciones.

Si consideramos esta ausencia, quizá no sea tan sorprendente que en la literatura haya posiciones que parecen ser irreconciliables. Probablemente el mejor ejemplo de estas diferencias sean los trabajos que buscan explicar las similitudes y diferencias entre el test alexiano y los niveles de escrutinio estadounidenses (especialmente, el escrutinio estricto). Por un lado, hay algunos autores que, después de comparar ambas metodologías, han concluido que entre ellas hay simplemente “micro-diferencias de forma y etiquetas” y que “lejos de ser excepcionales” los niveles de escrutinio “comparten una profunda estructura común” con el test de proporcionalidad.³⁸

Por el otro, hay quienes sostienen lo contrario: que sí existen diferencias significativas, al grado en que afirman que los niveles de escrutinio “han generado patologías que debilitan la protección de los derechos” y que por tanto la jurisprudencia norteamericana debería “adoptar la proporcionalidad para fortalecer la consistencia y transparencia de la adjudicación constitucional”.³⁹ Y, por último, hay posiciones que incluso dudan sobre si es realmente posible realizar una comparación entre las metodologías, dada la “ambigüedad” de los tests estadounidenses, en tanto incorporan exámenes diferentes a los empleados en el test de proporcionalidad.⁴⁰

De nueva cuenta, parece que el problema es que la doctrina no ha desarrollado las herramientas necesarias para poder hacer una comparación mucho más precisa y

³⁸ Gardbaum (2008, 430-431).

³⁹ Mathews y Stone Sweet (2011, 864).

⁴⁰ No es casualidad que, para Barak, esta ambigüedad surja por la incorporación en el escrutinio estricto de un examen (el de sobreinclusión) que no forma parte de los elementos del test alexiano (2012, 517) y que, como se demostraré más adelante, es estructuralmente distinto en tanto opera en una dimensión diferente a la del peso.

profunda, que permite advertir con claridad las diferencias, similitudes, ventajas y desventajas del test de proporcionalidad y las otras metodologías de adjudicación constitucional. Parece que sólo con nuevas herramientas será posible evaluar posiciones que, en este momento, parecen irreconciliables.

2.3 El cuestionamiento sobre la insuficiencia de la evidencia existente

Más allá de la retórica de la “marcha triunfal”, cada vez son más frecuentes los trabajos que por fortuna han documentado, de manera sistemática y empírica, la forma en que se aplica el test de proporcionalidad en diversas jurisdicciones. En la actualidad, existen trabajos que siguen esta aproximación para los casos del Tribunal Constitucional Federal alemán,⁴¹ la Corte Suprema de Canadá,⁴² el Tribunal Constitucional de Chile,⁴³ la Corte Suprema de la India,⁴⁴ la Corte Suprema de Israel,⁴⁵ el Tribunal Constitucional polaco⁴⁶ y la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁴⁷ Sin embargo, no tenemos un equivalente así para el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

Ciertamente, como se ha apuntado, en los últimos años ha aumentado el número de trabajos sobre el test de proporcionalidad en la Corte mexicana. Sin embargo, la mayor parte de los estudios disponibles presentan una versión relativamente fragmentada. Salvo algunas excepciones, la literatura especializada se ha concentrado en sentencias específicas, en un número reducido de casos o en la aplicación del test en ciertas áreas temáticas o sustantivas específicas.

No existe, por tanto, ni un estudio sistemático ni cuantitativo sobre la forma en que se ha aplicado el test en la Suprema Corte mexicana. De hecho, en el trabajo empírico más ambicioso que se ha publicado sobre la aplicación del test de proporcionalidad en seis jurisdicciones – Alemania, Canadá, India, Israel, Polonia y Sudáfrica – sus coordinadores señalaron el potencial beneficio de estudiar el caso mexicano, pero se lamentaban por no haber podido realizarlo y expresaron su deseo de que emprendiera un estudio así.⁴⁸

El problema de esta omisión es doble. Por un lado, sin datos empíricos es imposible saber sí, como han sostenido trabajos recientes, el test de proporcionalidad es en realidad una metodología “ampliamente utilizada” por la Corte o si ocupa un “lugar central” en su jurisprudencia.⁴⁹ No sabemos, para decirlo pronto, si la marcha

⁴¹ Lang (2020).

⁴² Hardcastle (2020).

⁴³ Covarrubias Cuevas (2014).

⁴⁴ Chandra (2020).

⁴⁵ Steiner (2020).

⁴⁶ Śledzińska-Simon (2020).

⁴⁷ Stacey (2020).

⁴⁸ Kremnitzer, Steiner y Lang (2020, 14-15).

⁴⁹ Zaldívar (2021, XII).

triumfal del test de proporcionalidad en efecto ha colmado las calles y las plazas de la judicatura mexicana o si, por el contrario, se trata de una metodología con un nivel de penetración y consolidación menor.

Por otra parte, sin una investigación sistemática de los criterios de la Corte no es posible saber la forma específica en que opera el test de proporcionalidad. Y es que, si bien la literatura ha señalado que los “perfiles del test han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno del tribunal constitucional mexicano”,⁵⁰ otros trabajos también han enfatizado que “el uso correcto de esta herramienta de juicio constitucional no se ha consolidado [en México], primordialmente por falta de consenso dogmático y jurisprudencial sobre sus características”.⁵¹

No sabemos, por tanto, cuestiones fundamentales como la frecuencia con que se aplica el test, el tipo o tipos de exámenes que realiza, las vías en las que lo emplea, los órganos que lo aplican o las materias en las que ha sido empleado. De nuevo, aunque hay que reconocer que la literatura ha realizado importantes avances, aún existen importantes vacíos sobre estas y otras cuestiones fundamentales.

⁵⁰ González Carvallo y Sánchez Gil (2021).

⁵¹ Sánchez Gil (2021a).

3 Las soluciones: formalización completa del test, comparación estructural y sistematización empírica

Esta tesis busca resolver los tres problemas planteados. En primer lugar, para hacer frente al cuestionamiento sobre el carácter inevitable o necesario del test alexiano y sus tres componentes, presento una formalización completa del test alexiano que permite: (i) comprender la relación entre los diferentes componentes del test, (ii) mostrar sus deficiencias estructurales, (iii) identificar las modificaciones que deben realizarse al test, (iv) redefinir y resolver algunas viejas controversias bajo una luz renovada y (v) explicar y evaluar buena parte de los fenómenos apuntados, esto es, los apartamientos del modelo alexiano del test de proporcionalidad.

Esta formalización permite concluir que, incluso si uno acepta las premisas de la teoría alexiana, la estructura del test —con los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— no es una metodología que deriva de la naturaleza de los derechos fundamentales, ni que permite cumplir con la finalidad consistente en realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible.

En segundo lugar, para responder al cuestionamiento sobre la inexistencia de alternativas serias al test de proporcionalidad, presento una comparación estructural entre éste y otras cinco metodologías que, de acuerdo con la doctrina y el derecho comparado, son alternativas al test de proporcionalidad: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos, (iii) los tests o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

La comparación que se presenta permite advertir que: (i) el test alexiano es sólo una de las variadas metodologías de adjudicación que coexisten en las judicaturas del mundo o que han sido desarrolladas por la doctrina, (ii) existen diferentes grados de compatibilidad e incompatibilidad entre el test y las metodologías alternativas y (iii) toda metodología de adjudicación —incluido el test y sus alternativas— presenta tanto virtudes como problemas. Esta comparación, sumada a las deficiencias estructurales del test alexiano, permite concluir que es difícil sostener la idea de que el modelo alexiano no tiene alternativas serias.

En tercer lugar, para resolver cuestionamiento sobre la insuficiencia de la evidencia sistemática y empírica, realizo dos estudios que echan luz sobre la falta de consolidación del test de proporcionalidad en México. Por una parte, presento un análisis argumentativo de todas las tesis aisladas y jurisprudencias de la Suprema Corte mexicana en las cuales se ha empleado el concepto de “test de proporcionalidad”. Este análisis permite identificar, en criterios relevantes, la estructura de los tests usados por la Corte, la materia en las que se aplica y los

órganos que lo emplean. Por la otra, presento un análisis de corte cuantitativo en el que se analiza una base de datos que contiene todas las sentencias en las que la Corte ha implado el referido concepto, y que permite contar con un panorama más amplio sobre la aplicación del test en el tribunal constitucional mexicano.

Los resultados de ambos estudios sugieren que el test de proporcionalidad está lejos de ser una metodología ampliamente utilizada en el Corte mexicana, o que ocupe un lugar central en su jurisprudencia. Asimismo, el análisis revela que la Corte no ha terminado de definir con precisión la estructura y alcance del test de proporcionalidad, como tampoco las áreas en las que debe aplicarse.

A continuación, presento una breve síntesis de la estructura de este trabajo y, posteriormente, sintetizo las principales tesis y aportaciones de cada capítulo.

4 La estructura y los métodos: teoría del derecho, derecho comparado, análisis argumentativo y estudio empírico

Esta tesis se divide en cuatro capítulos. En el primero de ellos, realizo una formalización completa del test alexiano y sus componentes: los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para ello, echo mano de las mismas herramientas analíticas utilizadas por el propio Alexy (2002a) en su *Teoría de los derechos fundamentales: la lógica aplicada al Derecho y la aritmética de la ponderación*.⁵² Asimismo, siguiendo tanto a trabajos clásicos⁵³ como otros desarrollos teóricos más recientes,⁵⁴ empleo diversas gráficas que permiten representar tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto, como el examen de necesidad y lo que denomino el examen de optimalidad. Se trata, en este sentido de una aportación a la teoría analítica del derecho, especialmente aquella desarrollada a partir de los trabajos de Alexy.

En el segundo capítulo, presento cinco metodologías de adjudicación que la doctrina y el derecho comparado han considerado como alternativos al test de proporcionalidad. Para ello, recurro tanto a estudios doctrinales como a resoluciones de diferentes tribunales constitucionales, cortes supremas e incluso agencias reguladoras con funciones de adjudicación. Estas decisiones me servirán para comparar y contrastar las metodologías alternativas, por un lado, y el test de proporcionalidad, por el otro. Cuando es posible, también presento una formalización y una representación gráfica de la estructura de dichas metodologías. En este sentido, se trata de un capítulo que recurre al derecho comparado pero que tiene, como propósito último, mostrar las similitudes y diferencias estructurales entre el test de proporcionalidad y sus alternativas.

En los capítulos tercero y cuarto analizo los criterios relevantes y sentencias de la Suprema Corte mexicana. El capítulo tercero presenta un análisis argumentativo de todas las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias de la Corte que han empleado el concepto de “test de proporcionalidad”. Y, en el cuarto, presenté un análisis cuantitativo a partir de una base de datos que sistematiza todas las sentencias de la Corte que emplean dicho concepto.⁵⁵ Lo que pretendo, en suma, es presentar por primera vez un panorama, tanto jurisprudencial como empírico, sobre la forma en que se ha aplicado el test de proporcionalidad en el más importante tribunal en México.

⁵² La expresión es de Moreso (2013), aunque también podríamos usar la denominación que emplea Pou (2014): “aritmética ponderativa”.

⁵³ Barry (1965) y Rawls (1999), por mencionar algunos ejemplos clásicos.

⁵⁴ Rivers (2007), Hemphill (2016) y el propio Alexy (2002a).

⁵⁵ Con esto también busco contribuir a las investigaciones interdisciplinarias que se realizan en el seno del programa doctoral del IJ-UNAM. Como muestran Gandini y Padrón Innamorato (2017, 163-164) apenas el 1% de las tesis del Doctorado en Derecho de la UNAM utilizaron una metodología cuantitativa y el 1.1% una metodología mixta o combinada.

5 Los argumentos generales y las aportaciones específicas

5.1 La formalización completa del test de proporcionalidad alexiano permite entender las relaciones entre sus exámenes identificar sus deficiencias estructurales, replantear sus componentes, resolver viejos y nuevos debates, y explicar fenómenos recientes de la práctica jurisdiccional

La formalización que presento permite demostrar las siguientes tesis, que en buena medida contradicen amplios consensos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En primer lugar, muestro que el modelo alexiano no es un test estrictamente escalonado de tres pasos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sino la conjunción de dos exámenes independientes: la proporcionalidad en sentido estricto y la necesidad, tanto para la medida bajo análisis como para las medidas alternativas.

En segundo lugar, demuestro que es incorrecto el planteamiento de Alexy consistente en que, si una medida no pasa el examen de necesidad, entonces es posible detener el análisis, sin necesariamente pasar al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido, demuestro que –si se quiere respetar el modelo alexiano– en todo análisis de proporcionalidad se debe realizar, primero, la ponderación y, después, el examen de necesidad.

En tercer lugar, muestro que, paradójicamente, el test alexiano no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Esto significa, entre otras cosas, que es errónea la tesis de Alexy consistente en que el test con sus tres exámenes (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se deriva lógicamente de la naturaleza misma de los derechos fundamentales. Me explico.

Si, como dice Alexy, (i) los principios (incluidos los derechos fundamentales) son mandatos de optimización y (ii) su versión del test no permite optimizar la realización de los derechos, entonces (iii) la relación que existe entre la naturaleza de los derechos fundamentales y el test alexiano no es de necesidad, sino de posible incompatibilidad. Dicho de otra forma: el test alexiano no necesariamente garantiza lo que la naturaleza de los derechos demanda (según la teoría alexiana). Lo anterior significa que es posible rechazar aquellas posiciones que dominan la literatura especializada y que afirman que el test de proporcionalidad (con sus tres exámenes) es un metodología “necesaria” o “inevitable”.

En cuarto lugar, alego que, en la práctica, existen tribunales que se han apartado del modelo alexiano y han optado por un tipo de análisis que es compatible con el examen de optimalidad que formalizo en este capítulo. Aunque la literatura ha identificado este fenómeno, lo cierto es que no ha desarrollado las herramientas

teóricas para comprenderlo y describirlo adecuadamente. La formalización del examen de optimalidad permite llenar este vacío en la doctrina y plantear un nuevo test que sí cumple con la finalidad del modelo alexiano: el test de maximalidad.

En quinto lugar, muestro que es falsa la tesis alexiana consistente en que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas.

Y, finalmente, muestro que el test de proporcionalidad alexiano (así como el test de maximalidad) no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad. El test sirve para analizar el tipo de proporcionalidad que realiza un análisis de costo-beneficio, pero no la proporcionalidad que busca una relación de correspondencia.

5.2 En la doctrina y en el derecho comparado es posible encontrar metodologías de adjudicación alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano

En el segundo capítulo muestro que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada sí existen metodologías alternativas serias al test de proporcionalidad. En particular, en dicho capítulo presento un análisis y una formalización, cuando ello sea posible, de las siguientes aproximaciones metodológicas: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos, (iii) los tests o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

El análisis que presento no tiene pretensiones de exhaustividad. Ni analizo todas y cada una de las alternativas que se plantean en la literatura especializada o el derecho comparado, ni mucho menos pretendo hacer un análisis integral sobre cómo se han aplicado las metodologías alternativas en diferentes jurisdicciones. Simplemente busco reconstruir los rasgos y características principales de algunas de las aproximaciones metodológicas que mayor fuerza tienen tanto en la doctrina como en la práctica de otros tribunales.

Como se mostrará, estas metodologías alternativas no están exentas de complicaciones, pero tampoco carecen de méritos propios. Al igual que el test de proporcionalidad, se trata de metodologías que tienen ventajas y desventajas en diferentes planos. Aquí no pretendo mostrar que existe una metodología alternativa que sea superior al test alexiano. Simplemente pretendo dar elementos adicionales para defender la tesis de que el test de proporcionalidad no es, ni de cerca, una metodología inevitable o sin rivales serios en la adjudicación constitucional.

En la medida de lo posible, presentaré una formalización de estas metodologías, a fin de poder identificar de una mejor forma sus similitudes y diferencias con el test

alexiano. Este ejercicio, como se verá a lo largo del capítulo, también servirá para echar luz sobre diversas cuestiones discutidas por la doctrina.

En términos generales, defenderé las siguientes cinco tesis:

- (1) Existen algunas metodologías que son claramente alternativas al test de proporcionalidad en la medida en que parten de concepciones distintas de los derechos y que apuestan por su delimitación como forma de evitar conflictos o colisiones. Este sería el caso de algunas teorías absolutas del contenido esencial.
- (2) Existen otras metodologías que son alternativas y que aceptan la posibilidad de que existan conflictos entre derechos, pero que los resuelven a partir de parámetros que prescinden de los exámenes del test de proporcionalidad. En este supuesto podríamos ubicar a la teoría de los casos paradigmáticos.
- (3) Existen, asimismo, aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ni procedimientos estandarizados para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos. Ese sería el caso de las metodologías *ad hoc*.
- (4) Existen otras metodologías alternativas que, aunque comparten algunos elementos del test de proporcionalidad, lo cierto es que también presentan diferencias estructurales e incorporan exámenes de una naturaleza distinta a los del modelo alexiano. Este es el caso de los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense.
- (5) Existen metodologías que pueden ser consideradas simplemente como uno de los exámenes del test de proporcionalidad. Específicamente, la ponderación simple (o *balancing*) es formalmente equivalente al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En esta medida, la ponderación es una alternativa al test sólo en la medida en que pueden resolver conflictos entre derechos prescindiendo de uno de los elementos del test (el examen de necesidad).

5.3 El análisis de los criterios relevantes y de las sentencias sugiere que el test de proporcionalidad no se aplica consistentemente, ni es una metodología ampliamente utilizada, ni ocupa un lugar central en la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana

Los capítulos tercero y cuarto presentan un estudio mucho más sistemático sobre la aplicación del test de proporcionalidad en la Suprema Corte mexicana. El análisis se realiza en dos planos: uno de carácter argumentativo, que se concentra en todas las tesis relevantes y jurisprudencias obligatorias del sistema tradicional (capítulo tercero), y otro de carácter empírico y cuantitativo, que abarca todas las sentencias dictadas por la Corte hasta 2019 (capítulo cuarto).⁵⁶

Se trata, hasta donde tengo conocimiento, del primer estudio que busca analizar, con esos alcances, la forma en que se ha empleado el test de proporcionalidad en la Suprema Corte mexicana. Por razones de consistencia y viabilidad, sólo consideraré los criterios relevantes y sentencias que empleen expresamente el concepto de “test de proporcionalidad”, pues me interesa comparar y contrastar los hallazgos de ambos capítulos, así como como contar con un número manejable de casos para el análisis.

Esto significa que los resultados que presento no son estrictamente exhaustivos, pues es posible que el test de proporcionalidad se aplique sin hacer referencia expresa a su denominación, o bien, bajo otros nombres. En este sentido, el análisis complementa a los estudios previos, y seguramente podrá ser complementado con otros posteriores. En todo caso, como se verá, el número de casos analizados es amplio y similar al de otros estudios cuantitativos recientes que han sistematizado la aplicación del test de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Corte Suprema de Canadá, el Tribunal Constitucional de Chile, la Corte Suprema de la India, la Corte Suprema de Israel, el Tribunal Constitucional polaco y la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁵⁷

En términos generales, ambos análisis sugieren que el test de proporcionalidad está lejos de ser una metodología ampliamente utilizada en el Corte mexicana o que ocupe un lugar central en su jurisprudencia. Asimismo, el análisis revela que la Corte no ha terminado de definir con precisión la estructura y alcance del test de proporcionalidad, como tampoco las áreas en las que debe aplicarse.

Más específicamente, el análisis argumentativo de los criterios relevantes de la Suprema Corte mexicana muestra lo siguiente.

⁵⁶ Como se explica más adelante, la última sentencia que se incluye en la base de datos corresponde a mayo de 2019.

⁵⁷ Véanse los trabajos de Lang (2020), Hardcastle (2020), Covarrubias Cuevas (2014), Chandra (2020), Steiner (2020), Śledzińska-Simon (2020) y Stacey (2020).

- (1) El test de proporcionalidad tuvo una lenta incorporación al sistema tradicional de jurisprudencia de la Corte. Parece que no fue sino hasta después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 que comenzaron a publicarse tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias en las que expresamente se hizo referencia al concepto.
- (2) El test de proporcionalidad es una metodología empleada, sobre todo, en las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias de Primera Sala, por ministros que no provienen de la carrera judicial y por un puñado de secretarías y secretarios de estudio y cuenta. Parece, por tanto, que el test está lejos de ser una metodología consolidada en términos institucionales.
- (3) El test de proporcionalidad no sólo se ha empleado para analizar intervenciones en derechos fundamentales, sino también la proporcionalidad de las penas, la proporcionalidad y equidad de los tributos y la violación a garantías institucionales. La Corte comenzó a utilizar el test ahí donde la Constitución mexicana emplea expresamente la palabra “proporcionalidad” y “proporcional”, quizá sin reparar que se trata de un concepto ambiguo y que no en todos los casos el test es una metodología adecuada.
- (4) La Corte ha empleado diversas variantes del test de proporcionalidad: desde concepciones claramente alemanas o alemanas, hasta tests inspirados en los juicios de igualdad provenientes de la jurisprudencia española, pasando por otros que contienen elementos de los niveles de escrutinio estadounidenses y por tests híbridos cuya estructura y componentes no terminan de ser articulados con precisión. Esta variedad y falta de coherencia ha impedido la consolidación del test como metodología de adjudicación constitucional.
- (5) La aplicación del test (o de los tests) ha mostrado no pocos problemas argumentativos. Incluso en aquellos casos en los que el test se usa para analizar intervenciones en derechos fundamentales, su aplicación suele ser más un instrumento retórico que una metodología de adjudicación que dote de cierta racionalidad a la solución de conflictos entre principios. En muchas tesis, incluso es posible advertir una evidente falta de definición de cuestiones centrales como los elementos del test.
- (6) El test se ha utilizado más para realizar análisis de constitucionalidad de tipo abstracto (*facial challenges*) que análisis en concreto o aplicados (*as-applied challenges*). Es notable cómo la mayoría de las tesis se aplican para analizar la inconstitucionalidad de normas o medidas sin hacer referencia alguna a las circunstancias particulares del caso. Lo anterior contrasta

notablemente con aquellas posiciones de la doctrina que insisten en que el test de proporcionalidad es marcadamente casuístico.

- (7) Las tesis aisladas y de jurisprudencia no sólo se refieren a cuestiones relevantes sobre la interpretación y constitucionalidad de ciertas disposiciones, sino que también se usa para fijar criterios orientadores y obligatorios sobre la metodología que habrá de emplearse para realizar dichas operaciones, y aún frente a criterios que se refieren a cuestiones fácticas.

Por otra parte, los principales hallazgos del análisis empírico y cuantitativo de las sentencias de la Suprema Corte mexicana son los siguientes:

- (1) El concepto de test de proporcionalidad se ha utilizado escasamente en las sentencias de la Corte- En total, son poco más de cien las sentencias que expresamente refieren al concepto de “test de proporcionalidad” y que además lo aplican. Esto sugiere que el test está lejos de ser una metodología ampliamente utilizada en la Suprema Corte mexicana.
- (2) La aparición del concepto en las sentencias de la Corte también fue relativamente tardía, pero con el paso del tiempo su uso se estabilizó (en niveles bajos). Aunque la doctrina suele hablar y citar con frecuencia las decisiones en las que se aplica el test de proporcionalidad, su uso sistemático en la Corte mexicana parece ser mucho menos frecuente de lo que podría pensarse.
- (3) El test de proporcionalidad es una metodología usada preponderantemente en la Primera Sala. No obstante, estas asimetrías parecen explicarse más por el perfil de las y los integrantes de cada sala, que por diferencias institucionales entre los órganos de la Corte.
- (4) Las aplicaciones del test se concentran en un puñado de ministros, que fueron nombrados a partir de 2003 y que no provienen de la carrera judicial, así como en un grupo aún más reducido de proyectistas.
- (5) En las sentencias de la Corte también es posible encontrar un uso poco ortodoxo del test de proporcionalidad. Aunque la mayoría de las aplicaciones del test de proporcionalidad se dieron en las vía del amparo, también se ha aplicado en vías como las acciones de inconstitucionalidad, las contradicciones de tesis e incluso en una controversia constitucional.

Los resultados de los dos análisis sugieren que el test de proporcionalidad no es una metodología que se haya consolidado en la práctica jurisdiccional de la Suprema Corte mexicana. Todo parece indicar que el uso del test es relativamente infrecuente

y su aplicación, tanto en criterios relevantes como en sentencias, parece estar condicionada por las preferencias particulares de un grupo de ministros con cierta características: nombrados a partir de la primera renovación de la Corte y no pertenecientes a la carrera judicial. Parece, por tanto, que el test de proporcionalidad es una metodología que sigue conviviendo y coexistiendo con otras aproximaciones en la Suprema Corte.

Capítulo I. El test de proporcionalidad: formalización, crítica y replanteamiento del modelo alexiano

1 Introducción: la formalización parcial y sus costos

El test de proporcionalidad⁵⁸ es una metodología de adjudicación que permite determinar si una medida que incide en un derecho fundamental se encuentra justificada. En su versión alexiana, que es compartida por buena parte de la literatura, el planteamiento central del test es aparentemente simple: si existe una medida que incide o afecta en el ámbito de protección de un derecho fundamental, entonces esta medida sólo será válida si se demuestra que (i) es idónea para alcanzar una finalidad legítima, que usualmente consiste en otro derecho fundamental o en un principio constitucional, (ii) es necesaria, esto es, si no existe una medida alternativa que, al mismo tiempo, sea igual o más idónea para alcanzar la finalidad y que sea menos restrictiva del derecho afectado y (iii) es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios que genera en términos del objetivo legítimo son iguales o mayores a los costos generados en términos del derecho afectado.

Aunque el uso del test de proporcionalidad se ha extendido de manera notable a las más variadas jurisdicciones y materias, lo cierto es que se trata de una metodología que ha sido duramente criticada por diversos sectores de la doctrina. No es mi intención hacer aquí un recuento exhaustivo sobre los muchos cuestionamientos ni tampoco las muy variadas respuestas que han ofrecido tanto Alexy como sus defensores. Lo que aquí me interesa enfatizar es que buena parte de las críticas que se le han formulado al test se deben a la falta de claridad y precisión con que Alexy originalmente formuló sus ideas en su *Teoría de los derechos fundamentales*, publicada por primera vez en 1986.⁵⁹

⁵⁸ Tanto en este capítulo como en el resto de la tesis, hablaré del “test de proporcionalidad” y no del “principio de proporcionalidad”, como hace Alexy. Se trata de una decisión que busca, sobre todo, generar claridad. Por más paradójico que sea, el “principio de proporcionalidad” del que habla Alexy no es un principio en el sentido alexiano del término (esto es, una norma que es un mandato de optimización), sino una regla. Así lo reconoce el propio Alexy (2002a, 66-67): “El principio de proporcionalidad no es realmente un principio en el sentido aquí definido. La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación) no se ponderan con otras cosas. Estos subprincipios no tienen prioridad en una situación y no en otra. Más bien, la cuestión es si los subprincipios se cumplen o no, y su no satisfacción conduce a la ilegalidad. Por tanto, los tres subprincipios son en realidad reglas”. (“*The principle of proportionality is not actually a principle in the sense defined here. Suitability, necessity and proportionality in the narrow sense (balance) are not balanced against other things. They do not take precedence in one situation and not in another. Rather, the question is whether the sub-principles are satisfied or not, and their non-satisfaction leads to illegality. Thus the three sub-principles are actually rules*”).

⁵⁹ La *Teoría de los derechos fundamentales* fue publicada, en alemán, en 1986. Julian Rivers realizó la traducción al inglés que publicó *Oxford University Press* en 2002, tomando como base la tercera edición alemana (aparecida en 1996), y en la cual se incluye el ya famoso “Epílogo” (*Postscript*), escrito específicamente para la edición en inglés (Alexy 2002a). La primera traducción al castellano fue realizada por Ernesto Garzón Valdés y publicada por el Centro de Estudios Constitucionales (CEC) en 1993 (Alexy 1993). Posteriormente, el propio CEC publicó, en 2007, una segunda traducción —al parecer, de la primera edición alemana, y que coincide enormemente con la de Garzón Valdés— a cargo de Carlos Bernal Pulido (Alexy 2007). En esta segunda edición del CEC se incluye la traducción del Epílogo, realizada por el propio Bernal Pulido a partir de la edición estadounidense. Toda vez

De hecho, en el famoso “Epílogo” publicado con la traducción al inglés que apareció en 2002,⁶⁰ así como en trabajos posteriores,⁶¹ Alexy ofreció una respuesta a sus críticos echando mano de una estrategia que apuesta por la claridad y la precisión: formalizar el test de proporcionalidad. Especialmente, Alexy ha desarrollado, con precisión matemática, en el último de sus pasos: la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Aunque esta formalización también ha sido objeto de críticas y de subsecuentes respuestas por parte de Alexy, algo queda claro: en buena medida gracias a esta formalización, hoy existe un debate más claro y ordenado sobre la estructura, las bondades y limitaciones del modelo alexiano.⁶²

Resulta problemático, sin embargo, que Alexy sólo haya decidido formalizar uno de los tres exámenes que forman parte del test. En particular, que los exámenes de idoneidad y necesidad no se hayan formalizado genera tres grandes problemas. En primer lugar, la falta de una formalización completa impide ver las estrechas relaciones que existen entre los diferentes elementos del test. Por esto, el modelo alexiano a veces parece ser mucho complejo de lo que en realidad es. En segundo lugar, la falta de formalización impide ver que la estructura test no es del todo adecuada para alcanzar con las finalidades que, según Alexy, tiene su modelo: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible. En tercer lugar, esta ausencia también impide advertir algunos problemas del modelo que no han sido señalados o comprendidos suficientemente por la doctrina.

El objetivo principal de este capítulo consiste en llenar este vacío en la literatura. Ofrezco aquí una formalización completa del test de proporcionalidad que (i) permite ver las estrechas relaciones que existen entre los diferentes elementos del test, (ii) identifica algunos problemas estructurales del modelo alexiano y permite plantear algunas modificaciones significativas y necesarias, y (iii) echa una luz renovada y permite resolver otros problemas y confusiones, nuevas y viejas, relacionados con el test de proporcionalidad. Adicionalmente, como mostraré en el

que el Epílogo resulta una parte fundamental para la formalización del test de proporcionalidad, para las traducciones al español por lo general tomaré como base la versión de Rivers (Alexy 2002a).

⁶⁰ Antes de aparecer en Alexy (2007), el Epílogo fue publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (Alexy 2002b).

⁶¹ En particular, en los siguientes trabajos es claro que Alexy desarrolla y discute a partir de la formalización de la fórmula del peso (el último examen del test de proporcionalidad): Alexy (2003a), Alexy (2003b), Alexy (2005), Alexy (2007), Alexy (2008), Alexy (2009), Alexy (2010), Alexy (2014a), Alexy (2014b), Alexy (2015a), Alexy (2015b), Alexy (2016), Alexy (2017), Alexy (2018), Alexy (2019a), Alexy (2019b), Alexy (2019c), Alexy (2019d), Alexy (2019e), Alexy (2019f), Alexy (2019g), Alexy (2019h) y Alexy (2019i).

⁶² Véanse, por mencionar sólo algunos ejemplos, los siguientes trabajos, que igualmente plantean diversos debates a partir de la formalización de Alexy: Bernal Pulido (2006), Brožek (2007), Barak (2012), Klatt y Schmidt (2012), Klatt y Meister (2012a), Jestaedt (2012), Anderson (2013), Petersen (2013), Pirker (2013), Bernal Pulido (2014), Lindahl (2016), Martínez-Zorrilla (2018), Susi (2019), Petersen (2020), Tuzet (2020) y Klatt (2021).

segundo capítulo, la formalización de todos los elementos del test también permite una mejor comparación y contraste del test de proporcionalidad con otras metodologías alternativas de adjudicación.

La estructura que sigue el capítulo es la siguiente. En un primer momento, presento una breve reconstrucción del modelo alexiano de derechos fundamentales, enfatizando tanto algunas de sus premisas básicas como la forma en que Alexy desarrolla los diferentes elementos del test de proporcionalidad. Este recuento tiene un propósito doble: contar con los elementos necesarios para la formalización que se realiza en este capítulo, además de desarrollar algunos elementos que permitirán una mejor comparación con las metodologías de adjudicación alternativas que se desarrollan en el siguiente capítulo. Posteriormente, presento una formalización completa del test alexiano que permite comprender las relaciones entre todos los diferentes elementos del test de proporcionalidad: la existencia de una medida que incide en un derecho fundamental, el objetivo que persigue dicha medida, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, desarrollo algunas de las lecciones e implicaciones derivadas de la formalización del test de proporcionalidad.

En particular, demostraré las siguientes tesis, que en buena medida contradicen amplios consensos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En primer lugar, muestro que el modelo alexiano no es un test estrictamente escalonado de tres pasos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sino la conjunción de dos exámenes independientes: la proporcionalidad en sentido estricto y la necesidad.

En segundo lugar, demuestro que es incorrecto el planteamiento de Alexy consistente en que, si una medida no pasa el examen de necesidad, entonces es posible detener el análisis, sin necesariamente pasar al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido, demuestro que –si se quiere respetar el modelo alexiano– en todo análisis de proporcionalidad se debe proceder de la siguiente forma.

Existen dos precondiciones para poder hacer un análisis de proporcionalidad. La primera de ellas consiste en verificar la existencia de una medida que afecta un derecho o principio (es decir, que la medida genera costos). En caso de que no exista una afectación, el análisis se detiene y se concluye que la medida no es inválida. En caso de que sí exista una afectación, se analiza la segunda precondición, consistente en que se debe verificar que la medida es idónea para alcanzar otro derecho o principio (esto es, que la medida genera beneficios). En caso de que no exista idoneidad, el análisis se detiene y se concluye que la medida es inválida. En caso de que sí exista una afectación, se pasa a la siguiente etapa, consistente en verificar que la medida cumpla tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el

examen de necesidad. Ambos exámenes deben realizarse, preferentemente, en ese orden y en los términos que explico más adelante en este capítulo.

En tercer lugar, muestro que el test alexiano con sus tres componentes – idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto – no es apto para alcanzar la finalidad última que persigue Alexy: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible. Ello implica que, incluso aceptando las premisas fundamentales de la teoría alexiana, el test de proporcionalidad – tal como lo plantea Alexy – ni una metodología necesaria ni una que se deduce lógicamente de la naturaleza de los derechos fundamentales. Si se quiere alcanzar dicha finalidad, entonces el examen de necesidad debe ser sustituido por un examen diferente: el de optimalidad, mismo que desarrollo con detalle en ese capítulo.

En cuarto lugar, alego que, en la práctica, existen tribunales que se han apartado del modelo alexiano y han optado por un tipo de análisis que es compatible con el examen de optimalidad que formalizo en este capítulo. Aunque la literatura ha identificado este fenómeno, lo cierto es que no ha desarrollado las herramientas teóricas para comprenderlo y describirlo adecuadamente. La formalización del examen de optimalidad permite llenar este vacío en la doctrina.

En quinto lugar, muestro que es falsa la tesis alexiana consistente en que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas.

Y, finalmente, muestro que el test de proporcionalidad alexiano no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad. Sirve para analizar el tipo de proporcionalidad que realiza análisis de costo-beneficio, pero no la proporcionalidad que busca una relación de correspondencia.

2 El test de proporcionalidad de Alexy

2.1 El test en una nuez

Antes de explicar algunas de las premisas fundamentales de la teoría alexiana, conviene sintetizar brevemente en qué consiste el test de proporcionalidad y sus tres subprincipios. En el nivel más general —y echando mano del ejemplo más sencillo, en el cual sólo hay dos principios en colisión— puede decirse que el test es útil para analizar la justificación o validez de una medida M que incide en o afecta⁶³ negativamente un principio o derecho, que podemos denominar P_1 .⁶⁴ M puede ser una ley, un reglamento, una decisión judicial o incluso una omisión.⁶⁵ Lo relevante, para efectos de la teoría alexiana es que M debe incidir o afectar P_1 .

Lo anterior supone, por tanto, una suerte de “paso cero”, previo a las etapas o “subprincipios” idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y que en términos generales está asociada a la idea de *costo*. Una medida que incide un principio P_1 no es otra cosa que una medida que genera un *costo* en términos de P_1 .

Ahora bien, ¿qué entiende Alexy por las tres etapas o subprincipios del test de proporcionalidad? En términos generales, se entiende que la medida M es “idónea” cuando es útil, adecuada o efectiva⁶⁶ para alcanzar una finalidad F que está mediata o inmediatamente relacionada con otro principio o derecho P_2 .⁶⁷ Por tanto, el test de idoneidad está asociado a la idea de *beneficio*: una medida M que es idónea para alcanzar, mediata o inmediatamente, el principio P_2 no es otra cosa que una medida que genera un *beneficio* en términos de P_2 .

⁶³ Es importante notar, por una cuestión terminológica, que el test de Alexy opera tanto para derechos de defensa como para derechos de protección. En la terminología alexiana, cuando la medida M incide en un derecho de defensa (que exige una no intervención) se dice que esta genera una “afectación”, “restricción” o “intervención”. En cambio, si la medida incide en un derecho de protección (que exige un actuar positivo) se dice que ésta frente a una “no satisfacción” (Alexy 2008, 23).

⁶⁴ Por lo general usaré esta notación (P_1, P_2, P_3, \dots) para nombrar a los principios. Sin embargo, en algunas secciones, a fin de mantener la notación de algunos trabajos de Alexy, usaré P_i o P_j para hablar de los dos principios en colisión.

⁶⁵ Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada reconocen la posibilidad de que el test de proporcionalidad sea utilizado para analizar la validez tanto de acciones que limitan excesivamente un derecho, como de omisiones o acciones insuficientes que impidan el ejercicio de un derecho. Sobre esta última posibilidad, véase el trabajo de Clérico (2008).

⁶⁶ A lo largo de esta tesis usaré “idoneidad”, “adecuación” y “eficacia” como sinónimos.

⁶⁷ Existe un amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada sobre cuáles son los tipo de finalidades que legítimamente pueden perseguirse con una M que incide o afecta un principio P_1 . Pero, para efectos de este apartado, baste con decir que Alexy sostiene que la finalidad F de una medida M que afecta el un derecho fundamental o principio P_1 , tiene que ser necesariamente efectiva, adecuada o útil para alcanzar otro principio P_2 .

De manera conjunta, afectación e idoneidad garantizan que efectivamente exista una colisión entre los principios P_1 y P_2 . De ahí se deriva la necesidad de realizar una ponderación entre ambos principios, esto es, un análisis de los *costos* y los *beneficios* que genera la medida M .⁶⁸ El test de proporcionalidad sólo tiene sentido si se cumplen estas dos condiciones. Para decirlo de otra forma: un análisis costo-beneficio de la medida M sólo tiene sentido si dicha medida genera tanto costos (esto es, si hay una afectación a P_1) como beneficios (es decir, si es idónea para alcanzar P_2).

Uno podría pensar que, después de verificada la existencia de la afectación (costos) y la idoneidad (beneficios) de la medida, el siguiente paso debería ser la ponderación (el análisis costo-beneficio). Sin embargo, esto no es así en el test de proporcionalidad alexiano –y, como se mostrará más adelante, se trata de algo por demás problemático–. Para Alexy, la segunda etapa o subprincipio del test es el de necesidad, mientras que la ponderación (o examen de proporcionalidad en sentido estricto) debe ser realizado con posterioridad.

¿Qué es el subprincipio de necesidad? Aquí de nueva cuenta es posible encontrar un amplísimo debate en la doctrina y el derecho comparado sobre cómo debe entenderse este examen. Pero, para efectos de la teoría alexiana, esta etapa implica un doble análisis. Una medida M será necesaria sólo si no existe una medida alternativa M' que cumpla con dos condiciones: (i) que sea igual o mayormente idónea que M para alcanzar P_2 (esto es, que genere iguales o mayores beneficios en términos de P_2) y (ii) que sea menos restrictiva de P_1 (es decir, que genere menores costos en términos de P_1).

Es por ello que Alexy y buena parte de la literatura señalan que el subprincipio de necesidad tiene una estrecha relación con el óptimo de Pareto: si existe una medida alternativa M' con las características referidas (esto es, si resulta igualmente idónea y menos restrictiva al mismo tiempo), entonces la medida M se vuelve innecesaria y la sustitución de M por M' implica una ganancia en términos de P_1 (el derecho o principio afectado negativamente) y, al mismo tiempo, una no pérdida (o incluso un beneficio) en términos de P_2 .

Finalmente, en el modelo alexiano la tercera etapa o subprincipio es lo que podríamos denominar “ponderación”, “balanceo” o “subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”.⁶⁹ Aunque la exposición que hace Alexy de este principio puede generar cierta confusión, lo cierto es que, en el fondo, se trata

⁶⁸ Así lo entiende, por ejemplo, la literatura que ha estudiado tanto la teoría alexiana como la práctica del Tribunal Federal Constitucional alemán. Grimm (2007, 393), por ejemplo, señala que “[l]a Corte alemana sopesa la gravedad de la infracción frente a la importancia y urgencia de los factores que la justifican. Es decir, la Corte compara la pérdida del lado del derecho infringido si se mantiene la ley con la pérdida del valor protegido por la ley si prevalece el derecho fundamental”.

⁶⁹ De nuevo, emplearé los tres términos como sinónimos.

de una mera comparación entre el “peso” o la “importancia” de los dos principios en colisión (esto es, P_1 y P_2). Se trata, como he dicho, de un análisis de los costos (en términos de P_1) y de los beneficios (en términos de P_2).

Para realizar el análisis de esta etapa, Alexy defiende la existencia de una “ley de la ponderación” (o “ley material de la ponderación”), misma que se formula en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor será el grado de importancia de la satisfacción de otro” (2008, 15).⁷⁰ Los pasos que han de realizarse para dicha ponderación o balanceo son directos: medir el peso de un principio, luego el peso del segundo principio, para finalmente ver cuál principio tiene más peso. Es precisamente aquí, en esta operación de pesaje, que se vuelve relevante la “fórmula del peso”.

Ahora bien, antes de pasar a la formalización de todos los componentes del test de proporcionalidad, conviene sintetizar algunas premisas y tesis básicas de la teoría alexiana, pues ellas serán relevantes para el ejercicio de formalización, para algunas de las críticas que más adelante desarrollaré y para comparar al modelo alexiano con otras metodologías de adjudicación.

2.2 Algunas premisas básicas de la teoría alexiana de los derechos fundamentales

En este apartado presento una síntesis de las premisas básicas de la teoría alexiana de los derechos fundamentales. Aunque adelanto algunas de mis críticas, se trata de un apartado principalmente descriptivo, pero que sienta algunas ideas fundamentales que más adelante serán retomadas. Lo que busco, parafraseando a Alexy, es brindar claridad sobre la estructura de los derechos fundamentales para así poder tener claridad sobre los presupuestos sobre los que descansa el modelo alexiano del test de proporcionalidad. En todo caso, para quienes estén familiarizados con la teoría de los derechos fundamentales de Alexy seguramente la exposición de este apartado será prescindible en su mayoría.

⁷⁰ Existe, además, una segunda ley, que Alexy denomina “ley epistémica de la ponderación” y que se formula en los siguientes términos, “Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (2008, 38). Como se verá más adelante, esta segunda ley resulta relevante cuando en la fórmula de Alexy introduce lo que en su modelo es la “seguridad de las premisas empíricas”. En ese sentido, podríamos decir que en la teoría alexiana hay tantas “leyes” como variables en la fórmula del peso. Eso quedará en claro en la exposición que realizaré más adelante.

2.2.1 En la constitución hay tanto derechos expresamente contemplados como derechos “derivados” o “adscritos”

Una primera premisa que conviene tener presente es que, para Alexy, los derechos fundamentales no sólo son aquellos que se derivan directamente de los enunciados o disposiciones de la constitución. En su teoría, hay también derechos fundamentales que podrían denominarse “derivados” o “adscritos”.⁷¹ El artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental alemana⁷² sirve para ilustrar lo que entiende Alexy por este tipo de derechos. Dicha disposición establece, en la parte que interesa, lo siguiente:

(1) “[L]a ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres”.

Alexy (2002a, 33) alega, echando mano del artículo 1(3) de la Ley Fundamental – que establece que “[l]os siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable” – que es claro que se trata de un enunciado normativo y no descriptivo. Por lo tanto, este enunciado puede reformularse con los siguientes enunciados deónticos:

(1′) “Está ordenado que la ciencia, la investigación y la enseñanza científica sean libres”.

(1′′) “La ciencia, la investigación y la enseñanza científica deben ser libres”.

Para Alexy (2002a, 33), tanto (1), como (1′) y (1′′) son enunciados que expresan *directamente* la norma contemplada en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental. Se trata, sin embargo, de una norma indeterminada (o de textura abierta) tanto semántica como estructuralmente. Para reducir el primer tipo de indeterminación es

⁷¹ En la traducción al inglés se habla de “*derivative constitutional rights norms*”. La primera traducción al español usa el concepto de “normas adscriptas”, mientras que, la segunda, el de “normas adscritas”. Empleo aquí el verbo “derivar”, que de acuerdo con la Real Academia Española (RAE) significa “dicho de una cosa: tener su origen en otra”; “dicho de una palabra: proceder de cierta base léxica”; “encaminar, conducir algo de una parte a otra”. Considero que este concepto transmite mejor que “adscribir” (“hacer figurar algo entre lo que corresponde a una persona o a una cosa” o “asignar a una persona a un servicio o a un destino concretos”) el proceso de “derivación” o “precisión” al que se refiere Alexy. En todo caso el concepto de derechos “derivados” o “adscritos” no debe confundirse con la idea de derechos “no escritos”. Como explica el propio Alexy, “la situación aquí es diferente a la de la adopción de un ‘derecho fundamental no escrito’. Un derecho fundamental no escrito se caracteriza por el hecho de que la norma de derecho fundamental que lo expresa no guarda una relación de precisión con una norma de derechos fundamentales expresada directamente en el texto de la Constitución”. (“[T]he situation here is different from the adoption of an ‘unwritten constitutional right.’ An unwritten constitutional right is characterized by the fact that the constitutional rights norm which expresses it does not stand in a clarifying relation to a constitutional right norm directly expressed in the text of the constitution”). (Alexy 2002a, 35).

⁷² Por simplicidad, a lo largo del trabajo “Ley Fundamental alemana” y “Constitución alemana” serán utilizados como sinónimos.

posible emplear las reglas semánticas. Una de ellas es acudir a la forma en que el Tribunal Federal Constitucional alemán define ciertos conceptos. Por ejemplo, Alexy (2002a, 33-34) recuerda que tribunal ha dicho que la actividad científica debe entenderse todo aquello que “por su contenido y su forma, debe ser considerado como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad”. De tal forma que podemos llegar al siguiente enunciado:

- (2) “Todo aquello que por su contenido y su forma sea un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad es ciencia”.

De la combiación de (1') y (2) es posible llegar a este otro enunciado:

- (3) “Todo aquello que por su contenido y su forma sea un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad debe ser libre”.

Al igual que (1') y (1''), el enunciado (3) sería una forma de expresar la norma contenida en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental aunque, en este caso, la indeterminación semántica se ha reducido. Falta por resolver, por tanto, la indeterminación estructural de esa norma.

¿Qué entiende Alexy por indeterminación estructural? De acuerdo con él, la norma expresada en (3) es estructuralmente indeterminada en tanto que no se define si este derecho implica obligaciones estatales positivas (acciones) o negativas (omisiones), así como que tampoco se especifica si dicha norma confiere derechos subjetivos (por ejemplo, de las personas académicas respecto a su libertad científica).⁷³ Para decirlo en pocas palabras: la indeterminación estructural se refiere a la falta de claridad sobre qué acciones se encuentran obligadas, prohibidas o permitidas por la norma.

¿Cómo se resuelve esta indeterminación estructural? De nuevo, Alexy recuerda a las sentencias del Tribunal Federal Constitucional. En particular, enfatiza que el tribunal ha establecido las siguientes dos premisas:

- (4) “El Estado debe hacer posible y promover el fomento de la ciencia libre y su transmisión a las generaciones futuras, poniendo a disposición medios personales, financieros y organizativos”.⁷⁴

⁷³ “El hecho de que el mero mandato de que la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres no nos dice si este estado de cosas debe ser provocado activamente por acciones el Estado o simplemente asegurado por su no intervención [su omisión], y si el mantenimiento o establecimiento de este estado de cosas presupone derechos subjetivos de los académicos en relación con la libertad científica”. (“*The fact that the mere requirement that science, research, and teaching be free does not tell us whether this state of affairs is to be actively brought about by the state, or simply ensured by non-intervention, and whether the maintenance or establishment of this state of affairs presupposes subjective rights of academics in relation to scientific freedom*”). (Alexy 2002a, 33).

⁷⁴ “*The state must enable and support the fostering of free science and its transmission of future generations by making personal, financial, and organizational means available*” (Alexy 2002a, 34).

- (5) “Toda persona que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza tiene [...] un derecho de defensa en contra de toda influencia estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos”.⁷⁵

Para Alexy, no cabe duda que los enunciados (4) y (5) expresan normas y que, si se les consideran normas de derechos fundamentales, ayudarían a resolver la indeterminación estructural de la norma (3). Por un lado, el enunciado (4) dejaría en claro que el derecho a la ciencia libre sí comprende acciones positivas por parte del Estado, esto es, poner a disposición medios personales, financieros y organizativos. Por el otro, el enunciado (5) especificaría que las personas académicas sí tienen un derecho subjetivo, específicamente, un derecho de defensa en contra de interferencias estatales en la obtención y transmisión de los conocimientos.

Pero el problema, sigue Alexy, es determinar si (4) y (5) son efectivamente normas de derechos fundamentales, ya que ni son expresión directa de lo dispuesto en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental, ni tampoco pueden ser derivadas directamente de esa disposición. Sin embargo, Alexy alega que contar con estas normas es necesario, pues de lo contrario sería imposible aplicar en casos concretos normas estructuralmente indeterminadas, tales como la contenida en el enunciado (1’). En sus palabras, “si no se adoptan normas de este tipo, no quedaría claro qué se ordena, prohíbe o permite con base en el texto constitucional (o las normas directamente expresadas en él)”.⁷⁶

Es a partir de esa necesidad que Alexy concluye que normas como las expresadas (4) y (5) sí son un tipo de normas de derechos fundamentales: normas “derivadas” o “adscritas”. Entre el texto de la Constitución alemana – y las normas directamente establecidas en ella – y normas derivadas como (4) o (5) existe, por un lado, una relación de “clarificación” o “precisión” y, por el otro, una relación de “justificación”, en tanto el Tribunal Federal Constitucional alemán debe mostrar por qué la adopción de normas como (4) y (5) son adoptadas por el contenido del artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental.⁷⁷

⁷⁵ “Everyone in active science, research and teaching has [...] a defensive right against every state influence on the process of gaining and transmitting scientific insight” (Alexy 2002a, 34).

⁷⁶ “If norms of this nature are not adopted, it would not be clear what is commanded, prohibited, or permitted on the basis of the constitutional text (or the norms directly expressed on it)” (Alexy 2002a, 35).

⁷⁷ “This type of relationship between the norms cited and the constitutional text can be termed a ‘clarifying relation’. In addition to this relation, there is a second special connection to the text of the Constitution, or to its directly expressed norms. In that the Federal Constitutional Court adopts the norms cited, it assumes that they are to be adopted because the Constitution contains article 5(3)(1). In other words, we are dealing with a justifying relation between the norm in need for clarification and the clarifying norm. These two reasons justify us in treating as constitutional rights norms not only norms directly expressed in the Constitution, but also norms of the type advanced”. (Alexy 2002a, 35).

Alexy admite que el reconocimiento de derechos constitucionales “derivados” o “asdcritos” es por demás problemático. La cantidad de normas que potencialmente podrían derivarse de texto constitucional sería enorme –por decir lo menos—. Alguien podría alegar, dice Alexy, que “en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley Fundamental el Estado tiene que facilitar a cada estudiante una vivienda de dos habitaciones, cerca de la universidad”? ¿Cómo evitar este tipo de absurdos? O, en otras palabras, ¿cuál es el criterio para distinguir entre las normas que “realmente” son normas constitucionales derivadas de aquellas que, como el ejemplo, no lo son?

Para contestar a las anteriores interrogantes, Alexy rechaza un primer criterio, que denomina “empírico”, y que consiste en considerar como normas constitucionales derivadas a aquellas que reconocen tanto las decisiones judiciales (la jurisprudencia) como la ciencia del derecho (la doctrina). Opta, en cambio, por un criterio “normativo” y dice que una “derivación es legítima cuando la norma derivada puede ser clasificada como válida” y señala que esto último sucede cuando “es proponible brindar *una justificación constitucional (o iusfundamental) correcta* para su ordenamiento a partir de una norma directamente establecida”.⁷⁸ ¿Qué entiende Alexy por este tipo de justificaciones? A continuación ofrezco una breve síntesis de la respuesta alexiana.

2.2.2 Las normas de derechos fundamentales son aquellas para las cuales es posible brindar una justificación constitucional (o iusfundamental) correcta

Como puede verse, la existencia y justificación de las normas constitucionales derivadas nos lleva a un problema de difícil solución. ¿Qué es una “justificación constitucional (o iusfundamental) correcta”? En un primer momento, Alexy se muestra pesimista, pues enfatiza que las reglas de la argumentación constitucional no ofrecen respuestas infalibles y que incluso dichas reglas son controversiales. En sus palabras,

“que una norma derivada sea una norma de derechos fundamentales depende del razonamiento constitucional que pueda encontrarse para su respaldo. A primera vista, esto tiene consecuencias fatales. En muchos casos, la existencia de una justificación constitucional correcta para una norma derivada es altamente controversial. Las reglas de la justificación constitucional no establecen un procedimiento que infaliblemente dé una respuesta en todos los casos y, de cualquier forma, esas reglas son en sí mismas controvertidas. Esto significa que

⁷⁸ Énfasis añadido. “Derivation is legitimate when the derivative norm can be classified as valid. [...] [A] derivative norm is valid and is a constitutional rights norm when it is possible to provide correct constitutional justification for its ordering under a directly established norm” (Alexy 2002a, 36).

en muchos casos es incierto si ciertas normas son normas de derechos fundamentales”.⁷⁹

Pero inmediatamente después Alexy cambia de posición: minimiza la magnitud del problema y dice que en última instancia esta dificultad es inevitable. En sus palabras:

“Sin embargo, la incertidumbre no es tan grave. Para empezar, no afecta a todas las normas derivadas en la misma medida. Por ejemplo, apenas hay alguna duda sobre la justificación de una norma, derivada del artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental, que otorga un derecho de defensa. Más allá de eso, se trata de un problema simplemente inevitable. Podríamos rechazar la idea de una norma derivada de derecho fundamental que aquí se propone, pero entonces el problema sobre qué prescriben las disposiciones de derechos fundamentales seguiría siendo igual de apremiante. Dado que existen buenas razones para mantener el concepto de derechos derivados, y dado que con ello no se produce incertidumbre adicional, todo habla a favor de la conveniencia de utilizarlo”.⁸⁰

Lo que sí sabemos es que la idea de una *una justificación constitucional (o iusfundamental) correcta* comprende no sólo razones normativas, sino de todo tipo. En palabras del propio Alexy, es posible y deseable “distinguir entre una norma como una entidad lingüística y las diversas razones evaluativas, empíricas, provenientes de los precedentes judiciales, doctrinales, y de otro tipo que pueden proponerse para la interpretación particular de una norma”.⁸¹

Alexy no abunda más en qué constituye una *una justificación constitucional (o iusfundamental) correcta*, aunque ciertamente se trata de un componente fundamental de su teoría. Para esta cuestión, Alexy remite a otra de sus obras: la *Teoría de la argumentación jurídica* (1989).⁸² No es mi propósito hacer un recuento detallado de

⁷⁹ “So, whether a derivative norm is a constitutional rights norm depends on the constitutional reasoning which can be found to support it. At first sight this has fatal consequences. In many cases the existence of correct constitutional justification for a derivative norm is thoroughly controversial. The rules of constitutional justification do not set out a procedure which infallibly delivers an answer in every case, and anyway those rules are themselves controversial. This means that in many cases it is uncertain whether certain norms are constitutional rights norms”. (Alexy 2002a, 36-37).

⁸⁰ “[I]t is entirely possible to distinguish between a norm as a linguistic entity and the various evaluative, empirical, precedential, doctrinal, and other reasons which may be put forward for a particular interpretation of a norm. It is not only possible, it is desirable” (Alexy 2002a, 41).

⁸¹ “However, this uncertainty is not so very serious. For a start it does not affect all derivative norms to the same extent. For example, there is hardly any doubt about the justification of a norm derived from article 5(3)(1) Basic Law granting a defensive right. Beyond that it is a problem that is simply unavoidable. We could do away with the idea of a derivative constitutional rights norm proposed here, but then the problem of what is required by constitutional rights provisions would remain just as pressing. Since there are good reasons for keeping a concept of a derivative norm, and since no uncertainty is thereby added, everything is in favour of using it”. (Alexy 2002a, 37).

⁸² La teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica de Alexy fue publicada originalmente en 1978. En este trabajo me baso en la traducción al inglés realizada por Ruth Adler y Neil MacCormick, publicada en 1989 por Oxford University Press (Alexy 1989). Existe también una traducción al español, a cargo de Manuel Atienza e Isabel Espejo, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales en 1991 y reimpresa en 1997 (Alexy 1997). Más

es aplicable a las normas adscritas, sino también a todas las normas de derechos fundamentales:

“La definición de norma de derechos fundamentales como dependiente de una justificación constitucional correcta [...] puede extenderse a normas de derechos constitucionales directamente establecidos y, por tanto, generalizarse. Una definición general así afirmarí­a que las normas de derechos fundamentales son todas aquellas cuya justificación constitucional es posible. Para las normas de derechos fundamentales directamente establecidas, la referencia al texto de la Constitución es usualmente adecuado”.⁸⁵

La idea de una *justificación constitucional (o iusfundamental) correcta*, además, permite advertir otro rasgo importante de la teoría alexiana, esto es, la tensión que se genera cuando Alexy defiende una suerte de objetivismo que sostiene que las normas de derechos fundamentales no se crean, sino que se descubren a través de la interpretación. En sus palabras, una de las ventajas de la idea de derechos fundamentales derivados es que

“permite hablar del descubrimiento de nuevas normas de derechos fundamentales. Al respecto, uno recuerda la bella imagen trazada por Thoma, que con cierta moderación puede ser aplicada igualmente a la Ley Fundamental: ‘Se puede decir que la jurisprudencia alemana trata a la Constitución imperial en cuya profundidad la varita mágica de la exégesis puede mostrar las nuevas, hasta ahora ocultas, vetas de las normas válidas’.”⁸⁶

No es difícil ver por qué es problemático que, para Alexy, el “descubrimiento” de las normas de derechos fundamentales sea producto de las múltiples, indeterminadas e incluso contradictorias formas y reglas de (su concepción de) la argumentación jurídica.⁸⁷ No es mi intención ahondar en las implicaciones de esta

⁸⁵ “The definition of constitutional rights norm as dependent on correct constitutional justification [...] can be extended to directly established constitutional rights norms and hence generalized. Such a general definition would state that constitutional rights norms are all those norms for which constitutional justification is possible. For directly established constitutional rights norms a reference to the text of the constitution is usually adequate”. (Alexy 2002a, 37).

⁸⁶ “[I]t makes it possible to speak of the discovery of new constitutional rights norms. In this connection one is reminded of the fine picture drawn by Thoma, which with some moderation can be applied equally well to the Basic Law: ‘One could say that German jurisprudence treats the Imperial Constitution like a mountain in the depths of which the divining rod of exegesis reveals the new, hitherto hidden, seams of valid norms’”. (Alexy 2002a, 37).

⁸⁷ Se trata, por supuesto, de un problema tan añejo como vigente. Como apunta Gargarella (2008, 417) en la actualidad “contamos con múltiples criterios interpretativos que los jueces pueden utilizar de modo más o menos indistinto (sin que ello implique, obviamente, el menor riesgo para sus carreras) en un contexto en el que —y esto es lo que agrava todo el problema— muchos de tales criterios, contrastados entre sí, llevan a soluciones opuestas”, lo cual abre la puerta para que las personas juzgadoras “definan de antemano cuál es la solución jurídica que prefieren, o que mejor se ajusta con sus prejuicios o convicciones ideológicas o intereses, y luego ‘salgan a la búsqueda’ de la doctrina interpretativa que les permita decir lo que ya sabían de antemano que querían decir”. De nuevo, mi intención no es entrar al complejo debate sobre la variedad y (des)articulación de los métodos y cánones de interpretación, sino enfatizar simplemente que el enorme grado de discrecionalidad que

tesis. Sirva lo expuesto simplemente para enfatizar que (i) estos problemas están presentes en cuestiones torales de la teoría alexiana, como la determinación misma de qué es y qué no es una norma de derechos fundamentales y (ii) que se gana poca claridad cada vez que, frente a una cuestión determinada, Alexy remite a su teoría de la argumentación.

2.2.3 Las normas de derechos fundamentales pueden tener tanto la forma de principios (mandatos de optimización) como de reglas (normas que se cumplen o no)

Para Alexy, existe una diferencia *cualitativa* entre dos tipos de normas: las reglas y los principios.⁸⁸ La idea de *optimización* está en el corazón de la distinción. De acuerdo con esta teoría, los principios son mandatos de optimización, que pueden referirse tanto a intereses colectivos como a derechos individuales (Alexy 2002a, 47, 62).⁸⁹ Esto quiere decir que “los principios son normas que requieren que algo se

se le da a los operadores jurídicos cuando el “descubrimiento” de los derechos fundamentales depende simplemente de una mera remisión a la teoría de la argumentación.

⁸⁸ En palabras de Alexy, las “normas se pueden dividir en reglas y principios y [...] esta distinción no es simplemente una cuestión de grado, sino cualitativa”. (“[N]orms can be divided into rules and principles and [...] this distinction is not simply a matter of degree but is qualitative”). (Alexy 2002a, 47). Aquí cabe una nota breve, pero relevante. “Principios” es un concepto por demás ambiguo, y lo que son principios para una teoría del derecho no necesariamente lo son para otra. Aunque a veces se confunden, la concepción alexiana de los principios difiere significativamente de la defendida por Dworkin. Alexy señala algunas discrepancias a lo largo de la *Teoría*: la idea dworkiniana de que los principios siempre tienen el mismo carácter *prima facie* y que las reglas siempre tienen el mismo carácter definitivo, algo que Alexy califica de “simplista” (2002a, 57); la posición de Dworkin consistente en que los principios sólo están relacionados con derechos individuales, lo cual contrasta con la teoría de Alexy, para quien tanto derechos individuales como intereses colectivos pueden tener el carácter de principios (2002a, 65-66); o la ambición de la teoría de Dworkin, que pretende llegar a una respuesta correcta en cada caso, una empresa que está “destinada al fracaso” de acuerdo con Alexy, quien alega que ello supondría la posibilidad de contar con una escala cardinal u ordinal de valores, o bien, de brindar una lista (potencialmente infinita) completa y ordenada de relaciones concretas de preferencia (2002a, 384-386). Adicionalmente, habría que decir, en primer lugar, que Dworkin (1978, 43) defiende la idea de que “no se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos”, algo que evidentemente no es el caso en la teoría alexiana, en la que precisamente las disposiciones contenidas en el texto constitucional son una de las principales fuentes de las normas de derechos fundamentales, muchas de las cuales tienen forma de principios. En segundo lugar, y derivado quizá del punto anterior, para Dworkin es imposible identificar el número de “principios en vigor”, ya que los principios “son discutibles, [...] son innumerables, y se transforman y cambian tan rápido que el comienzo de la lista se tornaría obsoleto antes de que llegáramos a la mitad” (1978, 43). De nuevo, creo que no hay nada en la *Teoría* de Alexy que sugiera que las normas con forma de principios —especialmente los derechos fundamentales que tienen esta forma— sean tan abundantes y cambiantes como los principios a los que se refiere Dworkin.

⁸⁹ En este sentido, señala que la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán ofrece una gran variedad de principios que se refieren a intereses colectivos: “la salud pública, el suministro energético, el aseguramiento alimenticio, el combate al desempleo, [...] el afianzamiento de la estructura interna de las fuerzas armadas, la seguridad de la República Federal de Alemania y la protección del libre orden democrático”. De acuerdo con Alexy, cuando los principios se refieren a bienes colectivos ello implica que es necesario crear o mantener “estados de cosas” que, “en la medida

realice en la mayor medida posible dadas las posibilidades legales y fácticas”.⁹⁰ Por lo mismo, los principios “pueden satisfacerse en diversos grados” y la determinación del “grado apropiado de satisfacción depende no sólo de lo que es fácticamente posible sino también de lo que es legalmente posible”.⁹¹ Los principios son, por tanto, mandatos *prima facie*.

En cambio, las reglas son, en la teoría alexiana “normas que, siempre, o se cumplen o no se cumplen”.⁹² Si una regla es aplicable al caso, entonces la orden consiste en “realizar exactamente lo que dice, ni más ni menos”. Por ello, las reglas no pueden satisfacerse en diferentes grados. Las reglas, en ese sentido, contienen “puntos fijos en el campo de lo factual y legalmente posible”, esto es, mandatos *definitivos*.

Uno de los mayores problemas de la teoría alexiana es que no existe un criterio claro para poder determinar si una norma es una regla o es un principio. Entrar a los pormenores de esa discusión excede con creces los propósitos de este capítulo, pero sí conviene tener en mente que la posición de Alexy, en esta cuestión, es por lo menos endeble. A continuación proporciono algunos ejemplos.

En algunas partes de su teoría, Alexy sugiere que la diferencia estructural entre las normas constitucionales en forma de reglas y las normas constitucionales en forma de principios radica en su grado de precisión o determinación – pero esta sería una lectura ciertamente apresurada –. De hecho, más adelante Alexy insiste en que la generalidad no es un criterio adecuado para distinguir reglas y principios. Aunque reconoce que “los principios suelen ser relativamente generales” esto se debe, de acuerdo con él, a que los principios “no han sido relacionados con las posibilidades del mundo fáctico o normativo”. Es por esto por lo que Alexy dice que “el criterio de generalidad es solo relativamente preciso”, y que prueba de ello es la “existencia de normas con un alto grado de generalidad que no son principios”.⁹³

¿Qué es lo que entonces distingue a las reglas de los principios? Más allá de la referencia a la generalidad, Alexy termina infantizando que la distinción radica en otro aspecto: a diferencia de los principios, las reglas establecen alcances y límites

más alta de lo jurídica y fácticamente posible, satisfacen ciertos criterios, que son más amplios que el cumplimiento o satisfacción de los derechos individuales”. (*The case-law of the Federal Constitutional Court offers a wide variety of examples of collective interests as the subject matter of principles., They range from public health, the provision of energy, securing the food-chain, and the combating of unemployment, through to securing the internal structure of the armed forces, the security of the Federal Republic of Germany, and protecting the free democratic order*). (Alexy 2002a, 37).

⁹⁰ “[P]rinciples are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities” (Alexy 2002a, 47).

⁹¹ Principles “can be satisfied to varying degrees, [...] and the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible” (Alexy 2002a, 47-48).

⁹² Alexy (2002a, 47-48).

⁹³ “Principles are on the whole relatively general, because they have not yet been related to the possibilities of the factual and normative world. [...] That the criterion of generality is only relatively accurate can be seen in the existence of norms of a high degree of generality which are not principles” (Alexy 2002a, 60-61).

diferenciados de los derechos fundamentales y, en esa medida, expresan decisiones sobre los principios en colisión. En palabras de Alexy:

“Las disposiciones sobre derechos constitucionales pueden verse no solo como la positivización y, por tanto, decisiones a favor de ciertos principios, sino también como la expresión de un intento de tomar decisiones a la luz de lo requerido por principios en colisión. En este punto pasamos al nivel de las reglas, y de esta manera las disposiciones adquieren un doble aspecto. Por un lado, promulgan principios; por el otro, en la medida en que muestren expresiones diferenciadas de su alcance y límites, contienen decisiones relativas a los requisitos de principios en colisión. Por supuesto, las decisiones que contienen son incompletas. De ninguna manera posibilitan, en todos los casos, la toma de decisiones que prescindan de la ponderación. Diferentes disposiciones de los derechos constitucionales muestran una gran variación en su grado de precisión. Compárese, por ejemplo, la forma en que se expresa de la libertad de expresión artística con la inviolabilidad del hogar”.⁹⁴

Conviene detenerse en los ejemplos que cita el propio Alexy. ¿Qué dicen las disposiciones de la Constitución alemana sobre la libertad de expresión artística, por un lado, y la inviolabilidad del hogar, por el otro? El artículo 5 de la Ley Fundamental alemana reconoce en los siguientes términos el derecho a la libre expresión:⁹⁵

“Artículo 5

⁹⁴ “Constitutional rights provisions can be seen not only as the enactment of, and hence decisions in favor of, certain principles, but also as the expression of an attempt to take decisions in the light of the requirement of competing principles. At this point we move to the level of rules, and in this way the provisions acquire a double aspect. On one hand they enact principles; on the other – to the extent that they show differentiated expressions of their scope and limits – they contain decisions relative to the requirements of competing principles. Of course, they decisions they contain are incomplete. In no way do they make decision-taking free from balancing exercises possible in every case. Different provisions of constitutional rights show great variation in their degree of precision. Compare, for example, the expression of the freedom of artistic expression with the inviolability of the home” (Alexy 2002a, 82-83). Que las disposiciones de derechos fundamentales sean vistas como la positivización de principios refleja, en buena medida, la concepción no positivista del derecho de Alexy (2004, 124), según la cual “se convierten en elementos del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión”. (“So it is that principles, even when they cannot be identified as legal principles according to the validity criteria of the constitution, as well as other normative arguments justifying the decision become components of the law”). (Alexy 2002c, 130). No en balde se ha dicho que esta es una de las tesis en las que Alexy confunde (o no separa estrictamente) derecho y justicia (Salazar Ugarte 2011, 296).

⁹⁵ La traducción oficial al inglés lo expresa en los siguientes términos: “Article 5[.] (1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship. [] (2) These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons and in the right to personal honour. [] (3) Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution”.

“(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.

“(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

“(3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución”.

Por su parte, el artículo 13 de dicha Ley Fundamental reconoce así el derecho a la inviolabilidad del domicilio:⁹⁶

“Artículo 13

“(1) El domicilio es inviolable.

“(2) Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas.

“(3) Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de

⁹⁶ O, en términos de la traducción al inglés: “Article 13[.] (1) The home is inviolable. [] (2) Searches may be authorised only by a judge or, when time is of the essence, by other authorities designated by the laws and may be carried out only in the manner therein prescribed.[] (3) If particular facts justify the suspicion that any person has committed an especially serious crime specifically defined by a law, technical means of acoustical surveillance of any home in which the suspect is supposedly staying may be employed pursuant to judicial order for the purpose of prosecuting the offence, provided that alternative methods of investigating the matter would be disproportionately difficult or unproductive. The authorisation shall be for a limited time. The order shall be issued by a panel composed of three judges. When time is of the essence, it may also be issued by a single judge. [] (4) To avert acute dangers to public safety, especially dangers to life or to the public, technical means of surveillance of the home may be employed only pursuant to judicial order. When time is of the essence, such measures may also be ordered by other authorities designated by a law; a judicial decision shall subsequently be obtained without delay. [] (5) If technical means are contemplated solely for the protection of persons officially deployed in a home, the measure may be ordered by an authority designated by a law. The information thereby obtained may be otherwise used only for purposes of criminal prosecution or to avert danger and only if the legality of the measure has been previously determined by a judge; when time is of the essence, a judicial decision shall subsequently be obtained without delay.[] (6) The Federal Government shall report to the Bundestag annually as to the employment of technical means pursuant to paragraph (3) and, within the jurisdiction of the Federation, pursuant to paragraph (4) and, insofar as judicial approval is required, pursuant to paragraph (5) of this Article. A panel elected by the Bundestag shall exercise parliamentary oversight on the basis of this report. A comparable parliamentary oversight shall be afforded by the Länder. [] (7) Interferences and restrictions shall otherwise only be permissible to avert a danger to the public or to the life of an individual or, pursuant to a law, to confront an acute danger to public safety and order, in particular to relieve an accommodation shortage, to combat the danger of an epidemic or to protect young persons at risk”.

viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

“(4) En la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; una resolución judicial deber solicitarse sin dilación.

“(5) Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida puede ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto, sólo será permitida si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución judicial tiene que ser solicitada sin dilación.

“(6) El Gobierno Federal informa al Bundestag anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3 así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4 y, en la medida en que se exija un control judicial, según el apartado 5. Un órgano elegido por el Bundestag ejerce el control parlamentario sobre la base de este informe. Los Länder garantizan un control parlamentario equivalente.

“(7) Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro”.

¿Cuál es la regla y cuál es el principio? No parece que exista variación significativa en el grado de precisión entre diversas disposiciones de ambos artículos. Decir que “el arte es libre” no es algo muy distinto a señalar que “el domicilio es inviolable”. De ambas disposiciones sería posible derivar normas prohibitivas como (i) la prohibición de limitar el arte y (ii) la prohibición de violar el domicilio. Pero, como es evidente, para subsumir un caso concreto en una y otra habría que resolver primero diversos problemas relacionados con la indeterminación de las formulaciones, esto es, definir qué es “arte”, qué es “domicilio”, qué es una “limitación” y qué es una “violación” para así estar en condiciones de determinar cuáles son las acciones específicas que están prohibidas. Asimismo, habría que definir –como reconoce el propio Alexy– si dichas prohibiciones establecen solamente derechos de defensa, o bien, si de ellas también es posible extraer

obligaciones positivas por parte del Estado. El grado de “precisión” de las disposiciones, por tanto, no parece llevarnos muy lejos.

Ahora bien, quizá se podría recurrir al segundo criterio de Alexy, esto es, la idea consistente en que la reglas, a diferencia de los principios, muestran “expresiones diferenciadas” de los “alcances y límites” de los derechos y que, por ello, “contienen decisiones relativas a los requisitos de principios en colisión”. No obstante, aún bajo este criterio el problema persiste.

Por un lado, los enunciados “el arte es libre” y “el domicilio es inviolable” no contienen ningún tipo de expresión diferenciada sobre el alcance y límites de los derechos a la libertad de expresión artística y el derecho a la inviolabilidad del hogar. Si se sigue el criterio alexiano, podría entonces decirse válidamente que ambas disposiciones contienen normas formuladas a manera de principios.

Por otro lado, existen otras disposiciones que sí contienen expresiones diferenciadas sobre estos derechos en cuestión. Es claro, por ejemplo, que el artículo 13(2) fija un límite a la inviolabilidad del domicilio cuando establece que los registros deben realizarse: (i) por orden judicial o (ii) por otros órganos establecidos por las leyes si la demora implica un peligro inminente y (iii) sólo de la forma establecida por las leyes. Y, de manera similar, el artículo 5(2) establece que el derecho a la libertad de expresión podrá ser limitada bajo ciertas condiciones: (i) en las disposiciones de las leyes generales, (ii) en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y (iii) en el derecho al honor personal.

Debido a lo anterior, podría decirse, por tanto, que tanto la libertad de expresión como la inviolabilidad del domicilio también contienen normas formuladas a manera de reglas, en tanto sus respectivas disposiciones contienen expresiones diferenciadas de los alcances y límites de dichos derechos.

Sirva lo anterior simplemente para precisar un punto: aunque Alexy sugiere la libertad de expresión y la inviolabilidad del domicilio son ejemplos de la diferencia entre reglas y principios, lo cierto es que en los artículos 5 y 13 de la Ley Fundamental existen disposiciones que puede ser interpretadas para extraer tanto reglas como principios. De nuevo, no pretendo aquí ahondar en el muy extenso debate que se ha generado a partir de la posición de Alexy.⁹⁷ Lo único que pretendo

⁹⁷ En un lado del debate, Günther (1993, 214) alega que, para Alexy, “la distinción entre reglas y principios tiene que ver menos con la estructura de las normas que con la aplicación de las normas en situaciones concretas”. García Amado (2019, 203) es aún más severo y argumenta que Alexy de plano falla en su intento de proveer un criterio estructural para distinguir entre reglas y principios. En sus palabras, “Alexy tendría que dar una definición estructural, mostrar cuál es esa característica que hace distintas a las normas [en forma de reglas] y a los principios y que es la razón de que los conflictos se solventen diferentemente. Pero, como dicha caracterización independiente de la manera de resolver los conflictos no se ve en Alexy, habremos de concluir que no se trata de que reglas y principios resuelvan distintamente sus conflictos porque tengan naturaleza estructural diferente, sino

mostrar, simplemente, es que en este otro aspecto medular para su teoría —y eventualmente para la operación del test de proporcionalidad— la posición de Alexy es poco clara, por decirlo amablemente.

2.2.4 Los conflictos entre reglas se resuelven invalidando o generando excepciones; las colisiones entre principios, ponderando

Más allá de los problemas que tiene Alexy para identificar las diferencias estructurales entre reglas y principios, conviene enfatizar otro punto central de la teoría alexiana. De acuerdo con Alexy (2002a, 49), esta distinción se traduce en una manera opuestas de resolver los conflictos entre estos dos tipos de normas. Aunque Alexy emplea una terminología diferente, colisiones y conflictos no son otra cosa que lo que tradicionalmente se conoce como antinomias,⁹⁸ esto es, contradicciones que surgen cuando “dos normas, consideradas individualmente, conducen a resultados inconsistentes cuando se aplican, es decir, conducen a dos juicios de deberes jurídicos concretos que son mutuamente incompatibles”.⁹⁹ Sin embargo, en la teoría alexiana ambos tipos de incompatibilidades se resuelven de distinta forma.

Los conflictos entre reglas —si seguimos a Alexy (2002a, 49)— solo pueden ser solucionados de dos formas. La primera consiste en generar una excepción en una de las reglas; la segunda, en declarar que una norma es inválida (o no aplicable). Para resolver los conflictos empleamos lo que usualmente conocemos como métodos tradicionales de solución de antinomias, y que Alexy definiría como el criterio consistente en que la norma posterior prevalece sobre la ley anterior (*lex posterior derogat legi priori*), el consistente en que ley especial prevalece sobre la norma general (*lex specialis derogat legi generali*), así como el recurrir a la importancia sustantiva

al contrario: tienen naturaleza estructural diferente porque resuelven sus conflictos distintamente”. (Énfasis original). La posición de Neves (2021, 66) tiene mayores matices, pero igualmente critica la distinción alexiana entre reglas y principios. En ese sentido, apunta que Alexy “implícitamente admite” que “la diferencia entre las reglas y los principios es en realidad gradual”. En el otro lado del debate, Alexy (2000, 298-300) ha defendido su posición frente a las críticas. Ha insistido en que “los principios son normas que, debido a su estructura, son fundamentalmente distintas que las reglas”, pero al menos ha concedido que “hay casos en los que no es fácil decidir si una norma debe ser tratada como una regla o como un principio”. El problema, sin embargo, es que su réplica es poco convincente. Según Alexy, la distinción entre reglas y principios “es una cuestión de interpretación y, como es usual con la interpretación, no hay criterios para llegar a respuestas simples y claras en todo los casos”. Por lo anteriormente expuesto, no es sorprendente que autores tan variados como García Amado (2009), García Figueroa (2011) y Ferrajoli (2011) rechacen este tipo de distinciones entre reglas y principios. Para una formulación alternativa, que intenta distinguir entre reglas, “principios en sentido estricto” y “directrices o normas programáticas”, véase el trabajo de Atienza y Ruiz Manero (1996); y, para una crítica a dicho trabajo, véase el de Aguiló Regla (2005).

⁹⁸ Esta sería la posición, por ejemplo, de Prieto Sanchís (2000, 19), para quien las colisiones entre principios constitucionales no serían otra cosa que otro tipo de antinomias.

⁹⁹ “[T]wo norms, each taken on their own, lead to inconsistent results when applied, that is, they lead to two mutually incompatible concrete legal ought-judgements” (Alexy 2002a, 49).

(*substantive importance*) de las normas para ver cuál debe prevalecer. Los conflictos entre reglas, en la teoría alexiana, se resuelven en la dimensión de la *validez*.

En cambio, las colisiones entre principios se resuelven en otra dimensión: en la del *peso*. Por ello, como se verá con mayor detalle, la ponderación (*balancing*) es el método que permite resolver las colisiones entre principios. Se trata, en suma, de determinar cuál principio pesa más.

2.2.5 El peso concreto de los principios y sus relaciones de preferencia dependen de las circunstancias del caso

¿Cómo determinar cuál principio debe prevalecer? La respuesta de Alexy es clara: el que tenga el mayor peso en las *circunstancias del caso*:¹⁰⁰

Es por ello por lo que Alexy defiende la idea de que el peso de un principio depende de las

“Si dos principios colisionan, por ejemplo, si un principio prohíbe algo y otro lo permite, entonces uno de los principios debe ser superado [*outweighed*]. Esto no significa que el principio superado sea inválido ni que se le deba incorporar una excepción. Por el contrario, el principio superado en sí mismo puede superar [*outweigh*] al otro principio en ciertas circunstancias. En circunstancias distintas, la cuestión de la precedencia puede tener que invertirse”.¹⁰¹

Estas circunstancias del caso, a su vez, permiten establecer una *relación condicional de precedencia*. Dicho de otro modo, son las circunstancias del caso las que nos dirán en qué situaciones un principio tiene precedencia por el otro.

Estas relaciones “condicionales” o “concretas” de precedencia son lo opuesto a las razones “absolutas” o “abstractas” de precedencia. Alexy (2002a, 52) ofrece una definición formal de los dos tipos de relaciones que conviene tener presente. Así, por

¹⁰⁰ Lo primero que habría que decir es que, aunque Alexy (2002a, 50-51) reconoce que los principios pueden tener tanto un peso abstracto como un peso concreto, lo cierto es que el énfasis está puesto en el peso concreto. En este sentido, Alexy (2002a, 80) proporciona el siguiente ejemplo: “Una disputa sobre el peso abstracto de un principio sería, por ejemplo, una discusión sobre la máxima ‘*in dubio pro libertate*’, que expresa una precedencia básica a favor de aquellos principios que se dirigen hacia las libertades jurídicas individuales. Las disputas sobre el peso concreto de la preferencia de los principios tienen lugar en el contexto de desacuerdos sobre la solución correcta del caso individual”. (“A dispute about the abstract weight of a principle would be, for example, discussion about the maxim ‘*in dubio pro libertate*’, which is taken to express a basic preference in favour of those principles which are directed towards individual legal liberties. Disputes about the concrete weight of preference of principles take place in the context of disagreements about the correct solution of the individual case”).

¹⁰¹ “If two principles compete, for example if one principle prohibits something and another permits it, then one of the principles must be outweighed. This means neither that the outweighed principle is invalid nor that it has to have an exception built into it. On the contrary, the outweighed principle may itself outweigh the other principle in certain circumstances. In other circumstances the question of precedence may have to be reversed”. (Alexy 2002a, 50).

ejemplo, entre un principio P_1 y otro principio P_2 , puede haber cuatro tipos de relaciones de precedencia \mathbf{P} , dos de las cuales son absolutas y las otras dos son condicionales.

Las relaciones absolutas de precedencia entre el principio P_1 y el principio P_2 son las siguientes:¹⁰²

- (1) $P_1 \mathbf{P} P_2$
- (2) $P_2 \mathbf{P} P_1$

La expresión (1) indica que el principio P_1 tendrá siempre precedencia sobre el principio P_2 , con independencia de las circunstancias. Por eso se trata, en términos de Alexy, de una precedencia absoluta o incondicionada.

En cambio, las relaciones condicionales de precedencia dependen de las circunstancias C . De esta forma, podemos decir que existen las siguientes relaciones condicionales de precedencia entre P_1 y P_2 :

- (3) $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$
- (4) $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$

La expresión (3) indica que, dadas las circunstancias C , el principio P_1 tiene precedencia sobre el principio P_2 . Inversamente, la expresión (4) indica que, dadas las circunstancias C , será P_2 el que tenga precedencia sobre P_1 .

Finalmente, estas relaciones condicionales de precedencia permiten formular una “ley” que conecta las circunstancias C con las consecuencias Q que suponen los normas con forma de principios P_1 y P_2 . Alexy define la “ley de la colisión” o “ley de los principios que colisionan”¹⁰³ de la siguiente forma:

¹⁰² Aunque Alexy no lo menciona en esta parte de la *Teoría*, habría que añadir una tercera posibilidad: que no exista una relación de precedencia entre P_1 y P_2 , esto es, que exista un empate entre el peso de P_1 y P_2 y, en consecuencia, no se pueda hablar como tal de una relación de precedencia entre ambos principios.

¹⁰³ Es importante notar que, en la versión original de la teoría, Alexy realiza dos afirmaciones que no se compadecen del todo con lo previamente desarrollado por él mismo y, sobre todo, con el *Epílogo*. En esta parte de la *Teoría*, Alexy afirma que ni existen relaciones absolutas de preferencia entre principios, ni tampoco es posible cuantificar esta relación de precedencia. En palabras del propio Alexy, la ley de la colisión: “refleja el carácter de los principios como requisitos de optimización entre los que, en primer lugar, no existe una relación de precedencia absoluta y, en segundo lugar, se refieren a actos y situaciones que no son cuantificables” (“*It reflects the character of principles as optimization requirements between which there is, first, no relation of absolute precedence, and which concern, secondly, acts and situations which are not quantifiable*”) (Alexy 2002a, 54). Asimismo, conviene señalar que Alexy sostiene una posición un tanto dubitativa sobre la posibilidad de realizar ponderaciones (o establecer relaciones de precedencia) entre normas que tienen la forma de reglas. En un primer momento, parece rechazar esta posibilidad, pero más adelante — como se desarrollará con detalle en un apartado subsecuente — sostiene que sí sería posible toda vez que detrás de cada regla hay un

“Si un principio P_1 tiene precedencia sobre el principio P_2 en las circunstancias C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , y si P_1 da lugar a consecuencias legales Q en las circunstancias C , entonces se aplica una regla válida que tiene a C como su supuesto de hecho y a Q como su consecuencia jurídica: $C \rightarrow Q$ ”.¹⁰⁴

Un ejemplo que proporciona el propio Alexy (2002a, 54-56) sirve para ilustrar el punto: el caso Lebach. En este asunto, una televisora planeó la transmisión de un documental relacionado con el asesinato de cuatro soldados que dormían en un depósito de municiones del ejército. El documental presentaba, entre otras cosas, el nombre e imagen de una persona que fue condenada por su participación en el crimen. Sucede que, para el momento en el que la televisora planeaba la transmisión, esta persona estaba a punto de ser puesta en libertad. Alegando que la transmisión violaría sus derechos fundamentales ya que pondría en peligro su resocialización, esta persona solicitó una medida cautelar para que se prohibiera su difusión. El tribunal regional rechazó su petición y la misma suerte corrió su apelación ante el tribunal superior. Posteriormente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Federal Constitucional alemán.

De acuerdo con Alexy (2002a, 54-56), el tribunal constitucional resolvió la colisión de principios de la siguiente forma. En primer lugar, reconoció que existía una tensión entre dos derechos. Por un lado, la protección a la personalidad – reconocida en el artículo 2(1) en relación con el artículo 1(1) de la Ley Fundamental –¹⁰⁵ sería el principio P_1 y su aplicación en el caso concreto implicaría la *prohibición* de

principio subyacente. En palabras de Alexy (2002a, 58): “Una regla no se invalida automáticamente cuando el principio en colisión tiene más peso que su propio principio subyacente en los hechos del caso. Aquí, hay otros principios que también deben ser superados, como el de que se deben seguir las reglas aprobadas por una autoridad que actúa dentro de su competencia, y el principio de que uno no debe apartarse de la práctica establecida sin una buena razón. Estos principios pueden denominarse ‘principios formales’. Cuanto más peso se le da a los principios formales dentro de un sistema legal, más fuerte es el carácter *prima facie* de sus reglas. Sólo cuando tales principios se vean completamente desprovistos de peso, las reglas dejarían de aplicarse como reglas. Solo entonces las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*”. (“A rule is not automatically trumped when the competing principle is of greater weight than its own underlying principle on the facts of the case. Here, there are other principles which also need trumping, such as the one that rules passed by an authority acting within its jurisdiction are to be followed, and the principle that one should not depart from established practice without good reason. Such principles can be called ‘formal principles’. The more weight that is given to formal principles within a legal system, the stronger is the *prima facie* character of its rules. It is only when such principles are completely deprived of any weight that the rules would no longer apply as rules. Only then would rules and principles have the same *prima facie* character”).

¹⁰⁴ “If a principle P_1 takes precedence over principle P_2 in circumstances C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , and if P_1 gives rise to legal consequences Q in circumstances C , then a valid rule applies which has C as its protasis and Q as its apodosis: $C \rightarrow Q$ ” (Alexy 2002a, 54). Nótese que aquí que la notación de Alexy parece incompleta, pues hacen falta dos normas: una que conecte al principio P_1 con la consecuencia Q , y otra que conecte al principio P_2 con otra consecuencia incompatible con Q .

¹⁰⁵ Estas disposiciones de la Ley Fundamental establecen literalmente : 1(1) “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”; 2(1) “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”.

la transmisión. Por el otro, el derecho a la libertad de información —reconocida en el artículo 5(1)(1) de la misma Ley Fundamental— sería el principio P_2 y, aplicado al caso concreto, implicaría la *permisión* de la transmisión. Se trata, sigue Alexy, de un claro de ejemplo de colisión, en tanto se trata “dos normas que conducen a resultados mutuamente incompatibles”. Y, como se trata de normas formuladas a manera de principios, ninguna es inválida ni existe una relación de precedencia absoluta entre ambas, pues se trata de principios de igual jerarquía desde un punto de vista abstracto.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional Federal alemán estableció una primera relación condicional de precedencia. Específicamente, señaló que cuando se proporciona “información actual sobre hechos delictivos” —que serían las circunstancias C_1 — la libertad de información (P_2) tiene, *en principio*, precedencia sobre la protección a la personalidad (P_1). O, para decirlo formalmente, $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_1$. Enfatizo “en principio”, pues de acuerdo con el propio Alexy “no todo reporte de información actual está permitido” en tanto las condiciones de precedencia “incluye una cláusula *ceteris paribus* que permite excepciones”.¹⁰⁶

En tercer lugar, el Tribunal Federal Constitucional, de acuerdo con Alexy, resolvió el caso concreto. De acuerdo con su razonamiento, cuando se trata de la transmisión de información repetida (F_1), de un hecho delictivo (F_2), que no responde a intereses informativos actuales (F_3) y que pone en riesgo la resocialización de la persona que delinquiró (F_4), se está frente a un conjunto de circunstancias (C_2) en las que la protección de la personalidad (P_1) tiene precedencia sobre la libertad de información (P_2). En términos formales, se diría que $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_2$.¹⁰⁷ Y la regla condicional, de acuerdo con Alexy, podría ser formulada ya sea como (5) o (6), en las que Q significa que la transmisión está constitucionalmente prohibida:

$$(5) \quad (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3 \wedge F_4) \rightarrow Q$$

$$(6) \quad C_2 \rightarrow Q$$

Para Alexy, tanto (5) como (6) serían normas derivadas, esto es, normas que no pueden ser extraídas directamente del texto constitucional. Y, como se ha dicho, si es posible dar una “justificación constitucional (o iusfundamental) correcta” —con todos los problemas que ya se han apuntado anteriormente— entonces habría que aceptar que tanto (5) como (6) son normas de derechos fundamentales. O, para decirlo en palabras de Alexy,

¹⁰⁶ Esto implica, siguiendo la notación de Alexy, que podría existir otro conjunto de circunstancias (C_3) en las que la concurrencia de tanto el factor “información actual sobre hechos delictivos” (F_5) como de otro factor (F_6) cambiaría la relación de precedencia, de tal forma que la protección a la personalidad (P_1) tendría precedencia sobre la libertad de información (P_2). O, para decirlo formalmente, $(P_1 \mathbf{P} P_2) C_3$, donde $C_3 = (F_5 \wedge F_6)$.

¹⁰⁷ En este caso, se podría decir que $C_2 = (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3 \wedge F_4)$.

“el resultado de toda ponderación *correcta* de derechos fundamentales puede formularse en términos de una norma de derechos fundamentales derivada que tiene la forma de una regla bajo la cual se puede subsumir el caso”.¹⁰⁸

Subrayo que la ponderación debe ser *correcta*, pues allí está el meollo del asunto. ¿Cómo es posible concluir *correctamente* que, en ciertas circunstancias (C_1) la libertad de información (P_2) tiene precedencia sobre la protección a la personalidad (P_1), pero que en otro conjunto de circunstancias (C_2) sucede lo contrario? ¿Cómo determinar cuáles son los factores relevantes (F_1, F_2, \dots, F_n) que deben incluirse en la ponderación? ¿Cómo saber por qué ciertos factores (F_5 , por ejemplo) juegan a favor de un principio (P_2), pero otros factores (F_1, F_2, F_3 y F_4) juegan a favor de otro? ¿Qué hacer cuando unos factores juegan a favor del primer principio, pero otros a favor del segundo?¹⁰⁹ ¿Cómo determinar el peso que tiene cada factor y, en consecuencia, cómo resolver la ponderación?

Se trata, por supuesto, de cuestiones fundamentales a las que Alexy no da una respuesta satisfactoria, pues la mera referencia a su teoría de la argumentación, como se ha visto, prácticamente no resuelve nada.¹¹⁰ Pero sirva lo anterior simplemente para dejar dos cosas en claro. Por un lado, es cierto que, en la teoría alexiana, la aplicación del test de proporcionalidad en efecto podría servir para generar una regla que resuelva casos futuros. Pero, como puede verse, la determinación del supuesto de hecho de esa regla (esto es, las circunstancias específicas en las que un principio toma precedencia sobre otro) tiene un altísimo grado de discrecionalidad. Y, por el otro, también es claro que las reglas generadas a partir de la aplicación del test de proporcionalidad tienen un carácter *prima facie*, pues siempre es posible que en casos futuros se contemplen factores adicionales que reviertan la relación de precedencia entre los principios en colisión.

¹⁰⁸ Énfasis añadido. “[T]he result of every correct balancing of constitutional rights can be formulated in terms of a derivative constitutional rights norm in the form of a rule under which the case can be subsumed” (Alexy 2002a, 56). Esto también sirve para demostrar, según Alexy, que “incluso si todas las normas de derechos fundamentales fueran principios [...] seguirían existiendo tanto normas de derechos fundamentales que son principios como otras que son reglas”. (“[E]ven if all directly established constitutional rights norms were principles [...] there would still be constitutional rights norms which are principles and those which are rules”). (Alexy 2002a, 56).

¹⁰⁹ Por ejemplo, no queda claro cuál sería la relación de precedencia en un caso en el que concurren un conjunto de circunstancias $C_4 = (F_1 \wedge F_2 \wedge F_4 \wedge F_5)$, esto es, cuando se trata de la transmisión de información repetida (F_1), de un hecho delictivo (F_2), que sí responde a intereses informativos actuales (F_5), pero que pone en riesgo la resocialización de la persona que delinquirió (F_4).

¹¹⁰ Baste con adelantar, de momento, que cualquier conjunto de circunstancias (C_1, C_2, \dots, C_n) que concurren en un caso específico, eventualmente debe ser traducido en un peso (concreto) para todos los principios que se encuentran en colisión (P_1, P_2, \dots, P_n).

2.2.6 No hay principios absolutos: todos pueden derrotar y ser derrotados por otros principios

Una consecuencia lógica de la concepción alexiana de las normas es que todos los principios pueden, al menos en teoría, derrotar y ser derrotados por otros principios. Incluso disposiciones que parecen absolutas, como el artículo 1(1)(1) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que literalmente establece: “La dignidad humana es inviolable”.

De acuerdo con Alexy, esta disposición “da la impresión de ser absoluta”. Sin embargo, esto no es así. Lo que sucede –sigue Alexy– es que “existe un conjunto muy amplio de condiciones de precedencia para el principio de la dignidad humana”.¹¹¹ Para decirlo de otro modo: que el principio de la dignidad humana prevalezca en un gran número de circunstancias, no quita el hecho de que, en otras circunstancias, pueda ceder ante otros derechos.¹¹²

Es por esto por lo que Alexy (2002a, 57), afirma que los “principios presentan razones que pueden ser desplazados por otras razones”, mientras que las reglas “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”, esto es, las reglas “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”.¹¹³

¹¹¹ El ámbito definido por esas condiciones –es decir, el área protegida por la normativa correspondiente a estas condiciones– es lo que el Tribunal Constitucional Federal denomina ‘el núcleo absolutamente protegido de la autonomía privada’ (énfasis añadido). (“It gives the impression of absoluteness. However, the reason for this impression does not lie in the fact that this constitutional provision enacts an absolute principle, but firstly in the fact that the human dignity norm is treated partly as a rule and partly as a principle, and secondly in the fact that there is a very large set of conditions of precedence for the principle of human dignity together with a strong degree of certainty that when they are satisfied it takes precedence over other competing principles. The area defined by such conditions, that is, the area protected by the rules corresponding to these conditions, is what the Federal Constitutional Court calls, ‘the absolutely protected core area of private autonomy’”). (Alexy 2002a, 49).

¹¹² En todo caso, en la teoría alexiana sólo hace sentido hablar de reglas sobre dignidad humana como producto de las relaciones de precedencia condicionada que ya se han explicado, esto es, las reglas que se derivan cuando en las circunstancias C la dignidad humana tiene precedencia sobre otros principios y, por tanto, existe una regla que tiene como supuesto de hecho a las circunstancias C y como consecuencia jurídica a las consecuencias legales derivadas del principio de la dignidad humana. Más discutible es el hecho de que Alexy no está dispuesto a sostener un argumento similar para el caso de principios que siempre son derrotados. Este sería el caso, por ejemplo, de la segregación racial. Según Alexy, “[n]o hay un solo caso en el que [el principio de la segregación racial] prevalezca y hay varios en los que es superado; mientras los principios del derecho constitucional vigente permanezcan inalterados, el principio será superado en todos los casos, es decir, no es un principio válido”. (“There is not a single case in which it takes precedence and several in which it is overridden; for as long as the principles of current constitutional law remain unchanged, the principle will be overridden in every case, which is to say that it is not a valid principle”). (Alexy 2002a, 49).

¹¹³ “Principles represent reasons which can be displaced by other reasons. [...] This is quite different in the case of rules. In that rules insist that one does exactly as required, they contain a decision about what is to happen within the realm of the legally and factually possible”. (Alexy 2002a, 57).

2.2.7 Tampoco hay reglas absolutas: si hay razones de peso, las normas constitucionales en forma de principios pueden tomar precedencia sobre las normas constitucionales en forma de reglas

Para Alexy, reglas y principios son mandatos que tienen un carácter diferente. Por un lado, las reglas son mandatos *definitivos*, esto es “exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena”. En ese sentido, “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”.¹¹⁴ Por el otro, los principios son mandatos *prima facie* ya que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo jurídica y fácticamente posible”. Es por esto por lo que Alexy alega que “del hecho de que un principio sea relevante para un caso no se sigue que lo exigido por el principio efectivamente se aplique”. Los principios, por tanto, “representan razones que pueden ser reemplazadas por otras razones”.¹¹⁵

Pero esto no significa que las reglas sean *siempre* mandatos definitivos. En la teoría alexiana es posible que, al resolver casos, se introduzcan excepciones a la aplicación de las reglas. En estos casos, sigue Alexy, “la regla pierde su carácter definitivo para ese caso”. Más importante aún, la “incorporación de una excepción puede estar basada en un principio”. Y, en esto, Alexy alega que las posibilidades son infinitas:

“las excepciones que se incorporan a las reglas sobre la base de los principios ni si quiera son teóricamente calculables. Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva excepción”.¹¹⁶

Lo anterior podría llevar a pensar que, en realidad, tanto reglas como principios tienen el mismo carácter *prima facie*: así como un principio puede ser perfectamente desplazado por otro principio que tenga mayor peso en el caso concreto, una regla podría ser desplazada por un principio si en el caso el principio tiene un mayor peso que el principio subyacente en la regla. Pero tal posición no del todo aceptable para Alexy. De acuerdo con él, en la balanza es necesario incluir el peso de “principios formales”. En sus palabras:

“El carácter *prima facie* que adquieren las reglas al perder su carácter estrictamente definitivo es de un tipo fundamentalmente diferente que el de los principios. Un principio es superado cuando un principio opuesto tiene un mayor peso en el caso a decidir. En contraste, una regla no es

¹¹⁴ “Principles require that something be realized to the greatest extent legally and factually possible. They are this not definitive but only *prima facie* requirements. It does not follow from the fact that a principle is relevant to a case that what the principle requires actually applies. Principles represent reasons which can be displaced by other reason” (Alexy 2002a, 57).

¹¹⁵ “[R]ules insist that one does exactly as required, they contain a decision about what is to happen within the realm of the legally and factually possible” (Alexy 2002a, 57).

¹¹⁶ “[I]t is possible to incorporate an exception into a rule on the occasion of a particular case. When this occurs, the rule loses its definitive character for the case. The incorporation of an exception can be based on some principle. But [...] the exceptions incorporated onto rules on the basis of principles are unquantifiable in theory [...]. One can never be sure that in some new case a new exception should not be created” (Alexy 2002a, 57-58).

automáticamente superada cuando un principio opuesto es de mayor peso que su propio principio subyacente a luz de los hechos del caso. En una situación así hay otros principios que también deben ser vencidos, tales como el que establece que las reglas aprobadas por una autoridad competente deben ser seguidas, el principio consistente en que uno no se debe separar de la práctica establecida a menos de que existan buenas razones. Estos principios pueden ser llamados ‘principios formales’. Cuanto mayor sea el peso que se da a los principios formales dentro de un sistema legal, mayor será el carácter *prima facie* de sus reglas. Sólo cuando a dichos principios formales se les quita cualquier peso es que las reglas dejan de ser aplicadas como reglas. Sólo en esta situación las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*”.¹¹⁷

Lo que Alexy alega, en suma, es que los principios sí pueden vencer a las reglas, pero que en este caso es necesario incluir en la balanza el peso de los principios formales: de un lado tendríamos el peso del principio subyacente a la regla y el peso de los principios formales en juego, mientras que del otro lado tendríamos el peso del principio opuesto.

Alexy proporciona un ejemplo para ilustrar esta tesis. Para ello, recurre al artículo 12(1) de la Ley Fundamental alemana, que establece literalmente lo siguiente:

“Todos los alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la libertad de profesión puede ser regulado por la ley o en virtud de una ley”.

Alexy señala que, de acuerdo con el texto de ese artículo, la libertad de *elegir* una profesión – establecida en el art. 12(1)(1) – no está sujeta a limitaciones, mientras que la libertad de *ejercer* una profesión – art. 12(1)(2) – sí lo está. Pero esto no significa que la primera libertad, que tiene la forma de regla, sea absoluta. De acuerdo con Alexy, “hay condiciones en las cuales principios opuestos mucho más importantes que la libertad de elegir una profesión, por lo que se justifica una desviación del significado literal de la Constitución”. Dicho de otro modo, se trata de un caso en el que el nivel de las reglas no prevalece sobre el nivel de los principios. Y esto es así, de acuerdo con Alexy, ya que

¹¹⁷ “[T]he *prima facie* character which rules acquire on losing their strictly definitive nature is of a fundamentally different type from that of principles. A principle is trumped when some competing principle has a greater weight in the case to be decided. By contrast, a rule is not automatically trumped when the competing principle is of greater weight than its own underlying principle on the facts of the case. Here there are other principles which also need trumping, such as the one that rules passed by an authority acting within its jurisdiction are to be followed, and the principle that one should not depart from established practice without good reason. Such principles could be called ‘formal principles.’ The more weight that is given to formal principles within a legal system, the stronger is the *prima facie* character of its rules. It is only when such principles are completely deprived of any weight that the rules would no longer apply as rules. Only then would rules and principles have the same *prima facie* character” (Alexy 2002a, 57-58). Otros ejemplos de principios “formales” –o “procedimentales”, como también los denomina Alexy– serían “el principio que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad” (2002a, 82) o “el principio de sujeción al texto de la Constitución” (2002a, 84).

“la regla de precedencia es que el nivel de las reglas toma precedencia sobre el nivel de los principios a menos de que las razones para tomar una decisión contraria a la que fue hecha en el nivel de las reglas sean tan fuertes que superan al principio de sujeción al texto de la Constitución. La cuestión de la fuerza relativa de estas razones es el objeto de la argumentación constitucional”.¹¹⁸

La fórmula, como puede verse, es básicamente la misma: los principios pueden vencer a las reglas (en este caso, la regla que establecida en el artículo art. 12(1)(1) de la Ley Fundamental alemana) siempre y cuando existan razones de peso que permitan superar tanto al principio subyacente a la regla (la libertad de elegir una profesión) como a los principios formales relevantes (en este ejemplo, el principio de sujeción al texto de la Constitución). Y, de nuevo, para determinar qué principios tienen más peso, Alexy se va por la tangente y remite a su teoría de la argumentación.

Valga una nota final. Alexy no explica por qué no es posible resolver un conflicto entre reglas mediante la ponderación de sus principios subyacentes (a los que habría que sumar, para ser congruentes con la teoría alexiana, el peso de los principios formales involucrados). Se trata de un problema no menor, pues nada impide que en un caso concreto sean aplicables dos reglas constitucionales coetáneas, por lo que los tradicionales métodos de antinomias no serían suficientes para resolver el conflicto entre reglas. No es mi propósito ahondar en el tema. Simplemente sirva lo expuesto para dejar en claro que, de nuevo, estamos frente a una cuestión problemática de la teoría alexiana.

2.2.8 Las normas de derechos fundamentales adquieren un doble carácter (como reglas y como principios) cuando se incorporan cláusulas de restricción basadas en principios

Hay una razón adicional por la que Alexy alega que las normas de derechos fundamentales tienen un doble carácter: por la incorporación de cláusulas de restricción basadas en principios. Para entender lo que esta tesis implica conviene detenerse en un ejemplo que proporciona el propio Alexy.

El artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental alemana establece literalmente lo siguiente:

(1) “El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres”.

¹¹⁸ “[T]here are conditions under which competing principles are so much weightier than the freedom to choose a profession that a departure from the literal meaning of the Constitution is justified. In other words, this is a case which does not correspond to the precedence of the level of rules over the level of principles as defined by the text of the constitutional provisions. So the relation of precedence between the two levels is not strict. Rather, the rule of precedence is that the level of rules takes precedence over the level of principles unless the reasons for taking a decision contrary to that which has been made at the level of rules are so strong that they override the principle of commitment to the text of the Constitution. The question of the relative strength of the reasons is the subject-matter of constitutional argumentation”. (Alexy 2002a, 84).

De acuerdo con Alexy, si uno se concentra exclusivamente en la libertad artística, dicha disposición puede formularse de la siguiente manera.

(2) “El arte es libre”.

Ahora bien, si esta disposición puede ser interpretada – como lo ha hecho el Tribunal Federal Constitucional alemán – en el sentido de que “garantiza la libertad de las actividades artísticas en sentido amplio”, entonces es posible afirmar que “prima facie, está prohibida toda regulación de actividades que pertenezca a la esfera artística”. Por tanto, es posible derivar la siguiente norma:

(3) “Está prohibida la regulación de las actividades pertenecientes a la esfera artística”.

Para Alexy, esa norma no puede ser considerada como una regla completa, pues ello desconocería que “hay casos en los que otros principios toman precedencia sobre la libertad artística”. Aquí es precisamente donde se introducen las cláusulas de limitación basadas en principios. Alexy recurre a la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán para señalar que la norma contenida en el artículo 5(3)(1) de la Ley Fundamental puede ser expresada de la siguiente forma:

(4) “Está prohibida la regulación de las actividades pertenecientes a la esfera artística, a menos que sea necesaria para satisfacer principios opuestos de estatus constitucional (sea para la protección de los derechos fundamentales de terceros o intereses colectivos) que, en las circunstancias del caso, tienen precedencia sobre el principio de libertad artística”.

Alexy formaliza de la siguiente forma las condiciones que expresa la cláusula:

“La cláusula introducida requiere, primero, que los principios opuestos, que pueden ser llamados P_2, \dots, P_n , tengan *estatus constitucional*; segundo, que la intervención estatal sea *necesaria* para satisfacer P_2, \dots, P_n (lo que incluye su *idoneidad*); y, tercero, que P_2, P_3, \dots, P_n en las circunstancias del caso (C) *tomen precedencia* sobre el principio de libertad artística, que puede ser llamado P_1 , esto es que valga $(P_2, \dots, P_n \mathbf{P} P_1) C$. Es claro que esta cláusula [...] no es otra que las tres partes del principio de proporcionalidad. Si llamamos ‘L’ a las condiciones para la satisfacción de toda la cláusula; ‘S’ a la regulación estatal de cualquier actividad dentro del ámbito de protección de la libertad artística, y ‘Q’ la consecuencia jurídica de la prohibición constitucional de la intervención estatal en cuestión, entonces la forma más general de una norma de derecho constitucional con una cláusula de limitación es: [...] S y no $L \rightarrow Q$ ”.¹¹⁹

¹¹⁹ “The interpolated clause requires, first, that the competing principles, call them P_2, \dots, P_n , have constitutional status, secondly that state intervention is necessary to satisfy P_2, \dots, P_n , (which includes suitability), and thirdly, that P_2, \dots, P_n under the circumstances of the case (C) take precedence over the principle of artistic freedom,

¿Por qué lo anterior muestra el doble carácter de las normas de derechos fundamentales? Alexy alega, por un lado, que $(S \wedge \neg L) \rightarrow Q$ tiene el carácter de una regla en la medida en que su aplicación no necesita ningún tipo de ponderación y porque los casos pueden ser subsumidos en ella. Dicho de otro modo: existe una regulación estatal que cae en el ámbito de protección de la libertad artística (S) y dicha regulación no cumple con las condiciones de la cláusula de limitación (L), entonces la regulación está constitucionalmente prohibida (Q). Pero, sigue Alexy, en la medida en que la cláusula de limitación (L) hace referencia explícita a la colisión entre principios, las norma no tiene sólo el carácter de una regla.

2.2.9 El test de proporcionalidad (con sus tres exámenes) es una metodología universal y necesaria, ya que la naturaleza de los principios implica el test de proporcionalidad (y viceversa)

Otro punto fundamental en la teoría alexiana es que el test de proporcionalidad se concibe como un metodología universal y necesaria. Por un lado, Alexy afirma que el test de proporcionalidad es aplicable “a todos los principios, medios y fines que sean concebibles”.¹²⁰ Y, por el otro, señala que existe una relación de necesidad entre la naturaleza de los principios (incluidos los derechos fundamentales) y el test de proporcionalidad con sus tres subprincipios o exámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con Alexy (2002a, 66), la naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad; y el principio de proporcionalidad implica la naturaleza de los principios:

“La naturaleza de los principios implica el principio de proporcionalidad y viceversa. El hecho de que la naturaleza de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad (uso del medio menos intrusivo) y proporcionalidad en sentido estricto (es decir, el requisito de ponderación) se sigue lógicamente de la naturaleza de los principios; se puede deducir de ellos”.¹²¹

which can be called P_1 , in short that $(P_2, \dots, P_n \text{ P } P_1)C$ applies. It is apparent that this clause [...] is none other than the three parts of the principle of proportionality. If we call the conditions for the satisfaction of the entire clause ‘L’, state regulation of any form of activity within the scope of artistic liberty ‘S’, and the legal consequence of the constitutional prohibition of the state intervention in question ‘Q’, then the most general form of a constitutional rights norm equipped with a limitation clause is [...] $S \text{ and not } L \rightarrow Q$ ”. (Alexy 2008, 85).

¹²⁰ “[T]his applies to any conceivable principles, ends and means” (Alexy 2008, 68).

¹²¹ “The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity (use of the least intrusive means) and proportionality in the narrow sense (that is, the balancing requirement) logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them”. (Alexy 2002a, 66).

Habría que enfatizar que Alexy no abunda demasiado en esta justificación. Pero algo queda claro: en la teoría alexiana, el test de proporcionalidad con sus tres subprincipios o exámenes no es una metodología optativa, que pueda ser seleccionada ente distintas alternativas. Para él, el test de proporcionalidad es una medida que se sigue *lógicamente* de la naturaleza de los derechos fundamentales. Es por, tanto, un metodología universal y necesaria.

2.2.10 Los subprincipios de idoneidad y necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad con las posibilidades jurídicas

Quizá una de las ideas menos desarrolladas de Alexy, pero se que se ha repetido constantemente,¹²² es que los diferentes pasos (o subprincipios) están relacionados con dos dimensiones distintas. Así, Alexy sostiene que la idoneidad y la necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con las posibilidades jurídicas. Conviene detenerse en este argumento, pues es precisamente aquí en donde se encuentra una de las definiciones más claras de algunos de los subprincipios del test de proporcionalidad.

La distinción que Alexy traza está directamente relacionada con la idea de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización respecto de los que es *fáctica* y *jurídicamente* posible. Pues bien, según la teoría alexiana, mientras que la idoneidad y la necesidad se refieren a las posibilidades fácticas, la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a las posibilidades jurídicas. En sus propias palabras:

“El principio de proporcionalidad en sentido estricto se deriva del hecho de que los principios son mandatos de optimización en relación con lo que es jurídicamente posible. Los principios de necesidad e idoneidad se derivan de la naturaleza de los principios como requisitos de optimización en relación con lo que es fácticamente posible”.¹²³

Ahora bien, ¿por qué esto es así? Alexy explica primero el caso de la proporcionalidad en sentido estricto. En sus palabras:

“El principio de proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, el requisito de la ponderación, deriva de su relación con lo jurídicamente posible. Si una norma de derechos fundamentales que es un principio colisiona con otro principio, entonces las posibilidades jurídicas para realizar esa norma dependen del principio en colisión. Para llegar a una decisión, es necesario realizar un ejercicio de equilibrio como lo exige la Ley de principios en colisión. Dado que la

¹²² Véanse, por mencionar algunos ejemplos, los trabajos de Sobrevilla (1996), Klatt (2011), Cárdenas Gracia (2014), Tschentscher (2014), Brems y Lavrysen (2015), Letsas (2015), Ciancardo (2016) y Tuzet (2020).

¹²³ “The principle of proportionality in its narrow sense follows from the fact that principles are optimization requirements relative to what is legally possible. The principles of necessity and suitability follow from the nature of principles as optimization requirements relative to what is factually possible”. (Alexy 2002a, 67).

aplicación de principios válidos, si de hecho son aplicables, es necesaria, y dado que su aplicación en un caso de principios en colisión requiere un ejercicio de equilibrio, que las normas de derechos constitucionales tengan el carácter de principios implica que, cuando colisionan con otros principios, un ejercicio de ponderación se vuelve necesario. Esto significa que el principio de proporcionalidad en su sentido estricto puede deducirse del carácter de las normas de derechos constitucionales como principios”.¹²⁴

Alexy señala, en suma, que la proporcionalidad en sentido estricto está relacionado con lo jurídicamente posible por una razón sencilla: porque, en casos de colisión entre los principios P_1 y P_2 (para utilizar un ejemplo) el grado de satisfacción del primer principio P_1 dependerá del principio P_2 (y viceversa). Dicho de otro modo: *el grado de satisfacción de P_1 es dependiente del grado de satisfacción de P_2 (y viceversa)*. En casos de colisión, por tanto, hay una dependencia entre los principios colisionantes.

Ahora bien, para entender por qué el subprincipio de necesidad está relacionado con lo *fácticamente* posible es necesario recurrir a lo que Alexy (2008, 67-69) denomina “la forma más simple posible de un examen de necesidad”. Conviene detenerse en el ejemplo que proporciona Alexy.

En esta configuración, sólo hay dos sujetos (un individuo y el Estado), dos principios en juego (P_1 y P_2) y dos medidas (M_1 y M_2). El estado pretende alcanzar una finalidad F (que no es otra cosa que satisfacer en algún grado el principio P_1)¹²⁵. Tanto M_1 como M_2 son igualmente idóneas (o efectivas) para alcanzar la finalidad F (el principio P_1), pero M_1 genera una mayor afectación en términos de P_2 en comparación con M_2 . Según la teoría de Alexy, el examen de necesidad exige optar por M_2 . Aunque en términos de P_1 la decisión es irrelevante (pues M_1 y M_2 tienen el mismo nivel de idoneidad), lo cierto es que, comparada con M_1 , M_2 genera una menor afectación en términos de P_2 .

¿Por qué el ejemplo anterior sirve para mostrar que el subprincipio de necesidad se relaciona con lo fácticamente posible? Alexy señala que esto es así pues la necesidad

¹²⁴ “The principle of proportionality in its narrow sense, that is, the requirement of balancing, derives from its relation to the legally possible. If a constitutional rights norm which is a principle competes with another principle, then the legal possibilities for realizing that norm depend on the competing principle. To reach a decision, one needs to engage in a balancing exercise as required by the Law of Competing Principles. Since the application of valid principles, if indeed they are applicable, is required, and since their application in a case of competing principles requires a balancing exercise, the character of constitutional rights norms as principles implies that when they compete with other principles, a balancing exercise becomes necessary. But this means that the principle of proportionality in its narrow sense can be deduced from the character of constitutional rights norms as principles”. (Alexy 2002a, 67).

¹²⁵ Como se explica más adelante, es por esto que Alexy (2008, 68) señala que “o el Estado justifica la consecución de la finalidad F a partir del principio P_1 o de hecho los dos [la finalidad F y el principio P_1] son idénticos”. (“[E]ither the state justifies pursuing end E by reference to principle P_1 , or indeed the two are identical”).

implica la optimización a partir de las medidas alternativas, esto es, de las alternativas *fácticamente posibles*:

“Como principio, P_2 requiere una optimización en relación con lo que es posible tanto jurídicamente como fácticamente. En relación con lo que es fácticamente posible, P_2 puede satisfacerse en mayor medida mediante la elección de M_2 sobre M_1 . Desde la perspectiva de la optimización relativa a lo factualmente posible, y asumiendo la validez tanto de P_1 como de P_2 , M_2 está permitido y M_1 prohibido”.¹²⁶

Pero más adelante, al explicar la relación existente entre la optimización a partir de las posibilidades fácticas y la optimización a partir de las posibilidades jurídicas, Alexy sostiene que lo fácticamente posible no sólo se refiere a la posibilidad de optar entre las medidas M_1 y M_2 , sino también a la posibilidad de no optar por ninguna de ellas. En palabras de Alexy:

“La interconexión entre lo jurídicamente y lo fácticamente posible puede aclararse con la ayuda de la configuración del caso más simple. Si tanto M_1 como M_2 obstaculizan la realización de P_2 , lo que generalmente es el caso si uno está examinando la necesidad de una medida estatal y si M_2 lo hace en menor medida que M_1 , entonces M_1 y M_2 no agotan el alcance de las posibilidades fácticas para la realización de P_2 , incluso si se supone que M_1 y M_2 son las únicas medidas adecuadas para alcanzar el fin F requerido por P_1 . Desde el punto de vista de lo factiblemente posible, es posible un mayor nivel de realización de P_2 si no se adoptan ni M_1 ni M_2 . El principio de necesidad solo nos permite distinguir M_1 de M_2 . La cuestión de si se debe elegir alguna de las alternativas no es una cuestión de lo factualmente posible, es decir, de necesidad, sino una cuestión de lo que es legalmente posible, es decir, de equilibrar P_1 con P_2 (proporcionalidad en su sentido estricto). Por lo tanto, el principio de necesidad, incluso si el medio menos intrusivo afecta la realización de P_2 , debe considerarse siempre antes que el principio de proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, el requisito de ponderación”.¹²⁷

¹²⁶ “As a principle, P_2 requires optimizing relative to what is both legally and factually possible. Relative to what is factually possible, P_2 can be satisfied to a greater extent by the choice of M_2 over M_1 . From the perspective of optimization relative to what is factually possible, and assuming the validity of both P_1 and P_2 , M_2 is permitted and M_1 prohibited”. (Alexy 2002a, 68).

¹²⁷ Énfasis añadido. (“The interconnection between legal and factual possibility can be clarified with the help of the simplest type of case. If both M_1 and M_2 hinder the realization of P_2 , which is generally likely to be the case if one is examining the necessity of a state measure, and if M_2 does this to a smaller extent than M_1 , then M_1 and M_2 do not exhaust the scope of factual possibility for the realization of P_2 , even if one assumes that M_1 and M_2 are the only suitable means for attaining the end E required by P_1 . From the point of view of the factually possible, a greater level of realization of P_2 is possible if neither M_1 nor M_2 is adopted. The principle of necessity only enables us to distinguish M_1 from M_2 . The question of whether any of the alternatives should be chosen at all is not a question of the factually possible, that is, of necessity, but a question of what is legally possible, that is, one of balancing P_1 with P_2 (proportionality in its narrow sense). Thus the principle of necessity, if even the least intrusive means affects the realization of P_2 , is always to be considered before the principle of proportionality in its narrow sense, that is, the balancing requirement”). (Alexy 2002a, 68).

Por último, Alexy explica en estos términos la forma en que el subprincipio de idoneidad se relaciona con las posibilidades fácticas:

“Dado lo que se acaba de decir, la deducción del principio de idoneidad no es ya problemática: si M_1 no es adecuada para el avance o logro del fin F , requerido por el principio P_1 o idéntico a dicho principio, entonces M_1 no es requerido por P_1 ; es decir, es irrelevante para P_1 si se adopta o no M_1 . Si en estas circunstancias M_1 dificulta la realización de P_2 , M_1 está prohibido por la necesidad de optimizar P_2 en la medida de lo fácticamente posible. Esto es aplicable a todos los principios, fines y medios. Así, el principio de idoneidad también se deriva de la naturaleza de principios de las normas de derechos fundamentales.”¹²⁸

Como puede verse, la idea de Alexy es la misma: el principio de idoneidad se relaciona con lo fácticamente posible en la medida en que implica optar entre una medida (M_1) o no optar por dicha medida.

En suma, Alexy sostiene las siguientes tres tesis:

- (1) El principio de proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con las posibilidades jurídicas ya que, en casos de colisión, la optimización implica que el grado de satisfacción de P_1 es dependiente del grado de satisfacción de P_2 (y viceversa).
- (2) El principio de necesidad se relaciona con las posibilidades fácticas ya que implica la optimización a partir de optar por las medidas alternativas que en la realidad existen (o no optar por ninguna), esto es, de las alternativas factualmente posibles.
- (3) El principio de idoneidad se relaciona con lo fácticamente posible en la medida en que implica optar entre una medida (M_1) y no optar por ella.

Así, queda claro que, al hablar de las dimensiones de los principios como mandatos de optimización, Alexy entiende lo jurídicamente posible como la interdependencia del grado de satisfacción entre dos o más principios, mientras que entiende lo fácticamente posible como la elección entre adoptar una medida, las medidas alternativas o no optar por ninguna medida.

¹²⁸ “Given what has just been said, the deduction of the principle of suitability is no longer problematic: If M_1 is not suitable for the furtherance or attainment of the end E required by P_1 or identical with it, the M_1 is not required by P_1 ; it is irrelevant for P_1 whether M_1 is adopted or not. If under these circumstances M_1 hinders the realization of P_2 , the M_1 is prohibited by the need to optimize P_2 , as far as it is factually possible. This applies to all principles, ends, and means. Thus the principle of suitability also derives from the principled nature of constitutional rights norms”. (Alexy 2002a, 68-69).

2.3 El examen formalizado por Alexy: la proporcionalidad en sentido estricto

2.3.1 Una introducción sobre el origen de la fórmula de la ponderación

En los anteriores apartados he presentado tanto una breve síntesis del test de proporcionalidad y sus etapas, así como de algunas tesis fundamentales de la teoría alexiana. Como se ha apuntado, en su célebre epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy intenta dar respuesta a algunas de las objeciones que generó su teoría. Entre otras cuestiones Alexy intenta desmontar a las críticas que en su momento generó su test y, especialmente, su último componente o subprincipios: la ponderación, balanceo o proporcionalidad en sentido estricto.¹²⁹ Dicho componente o subprincipio, de acuerdo con el propio Alexy está basado en la “ley de la ponderación”, que él formula en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹³⁰

En particular, en su epílogo Alexy aborda los cuestionamientos sobre la inexistencia de parámetros “racionales” para llevar a cabo la ponderación; el carácter “arbitrario” e “irreflexivo” de sus operaciones; el enorme grado de “subjetividad” que implica dicho ejercicio y el fomento del “decisionismo” judicial.¹³¹

¹²⁹ Ciertamente el sector de la literatura establece diferencias entre estos tres conceptos. En particular, se suele enfatizar que el “balanceo” o “balanceamiento” –para usar la expresión de Ferrajoli (2011, 554)– hace referencia al concepto anglosajón de “balancing”, mientras que la ponderación tiene una raíz continental. No ignoro dichos debates. Pero creo que, como lo hace Alexy, los tres conceptos pueden utilizarse de forma intercambiable para efectos de este trabajo ya que, como se verá más adelante, los tres comparten la misma estructura básica.

¹³⁰ “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”. (Alexy 2002a, 68).

¹³¹ En palabras del propio Alexy: “Esta estructura elemental [de la ley de la ponderación] muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo Habermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, ‘para la que hacen falta criterios racionales’, se lleva a cabo ‘de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado’ o cuando dicen que ‘en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [...] se hace valer] sólo la subjetividad del juez’ y que ‘las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto [...] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo” (Alexy 2008, 16). La crítica de Habermas (2010, 333) es en realidad más amplia, pues no se refiere sólo a la ponderación, sino a la concepción –compartida entre otros, por Alexy– consistente en que las normas y principios pueden ser entendidos como valores: “Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular* o *especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de casos en caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a las que se está acostumbrado [*customary standards and hierarchies*]. En la medida en que un tribunal constitucional adopta la ‘teoría de los valores’ o ‘teoría del orden valorativo’ y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos. [...] En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan

Lo interesante no es tanto que Alexy responda a sus críticos, sino la ruta metodológica que emplea para ello: formalizar, incluso con precisión aritmética, los componentes del último paso del test de proporcionalidad. En esta parte es posible ver cómo Alexy se alejó de su posición original – en la que se mostraba mucho más escéptico – a fin de apostar por un refinamiento y formalización de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, presento un breve recuento de este cambio.

En su concepción original, Alexy apuesta por la racionalidad, pero rechaza abiertamente la posibilidad de generar repuestas “precisas” o “exactas”:

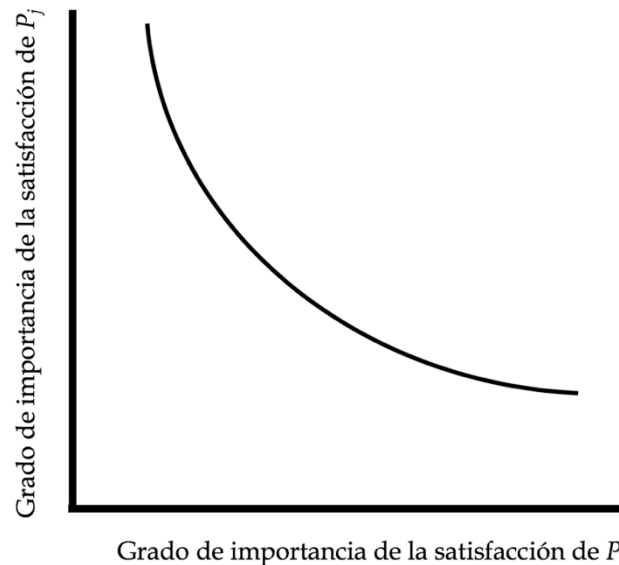
“Muchas veces se ha objetado que concepto de ponderación no constituye un método que permita un *control racional*. Los valores y los principios no se regulan por sí mismos en su aplicación y, por lo tanto, la ponderación quedaría al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, terminaría el control de las normas y el método jurídico. Se abriría así el margen para el subjetivismo y el decisionismo judiciales. Estas objeciones son acertadas en la medida en que con ellas se exprese que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, a un resultado *preciso* e inevitable. Sin embargo, dichas objeciones no son correctas en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”.¹³²

De igual forma, antes del epílogo, Alexy mostró una posición ambivalente sobre las bondades de la formalización matemática. Por un lado, Alexy presenta una representación gráfica de la ley de la ponderación en la cual una curva de indiferencia representa el *trade-off* entre los dos principios en colisión (véase la gráfica 1.1).

sustraídos a tal análisis de ‘costes-beneficios’”. La traducción al inglés de algunos conceptos la tomo de la edición estadounidense: Habermas (1996, 259).

¹³² Énfasis añadido. “*The objection is repeatedly made to the idea of balancing that it does not represent a method subject to rational control. Values and principles do not determine their own application, and so balancing remains within the discretion of the one carrying it out. The moment balancing cuts in, the control of norms and legal method ends. This creates the space for judicial subjectivism and decisionism. The objections are correct to the extent that they mean that balancing is not a procedure leading in every case to a precise and unavoidable outcome. They are incorrect if this is taken to mean that balancing is non-rational or irrational procedure*” (Alexy 2002a, 100). Tanto la traducción de Garzón Valdés (“la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca *exactamente* a un resultado”) (Alexy 1993) como la de Bernal Pulido (“la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca *exactamente*, de manera forma necesaria [sic], a un resultado”) (Alexy 2007) no hablan de precisión, sino de exactitud.

Gráfica 1.1: Representación gráfica de la ley de la ponderación



Fuente: Elaboración propia con base en Alexy (2002a, 104).¹³³

Pero, por otro lado, Alexy señala que dichas “curvas de indiferencia aclaran las ideas que se encuentran detrás de la ley de la ponderación”, pero que “no ofrecen un procedimiento definitivo de decisión”, ya que los “grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la satisfacción/falta de satisfacción” del otro principio “escapan a una *metrificación* que pudiera conducir a un *cálculo* intersubjetivamente obligatorio para el resultado”.¹³⁴

Sucede, sin embargo, que tanto en el epílogo como en trabajos, Alexy tomó precisamente la ruta opuesta. Al desarrollar, reiterar y defender lo que denominó la “fórmula del peso” es evidente que Alexy ya no se muestra renuente ni a la “metrificación” de las variables relevantes, ni a la realización de cálculos con ellas. En su versión más sencilla –esto es, cuando sólo se involucran dos derechos o principios– la “fórmula del peso completa” adquiere la siguiente forma:

¹³³ Alexy usa el ejemplo de dos principios específicos: la libertad de prensa y la seguridad externa. Aquí uso una notación genérica (P_i y P_j) pues es precisamente ésta la que el propio Alexy emplea en los trabajos en los que se desarrolla con mayor detalle la fórmula del peso, especialmente en (Alexy 2008).

¹³⁴ “Indifference curves illuminate the idea lying behind the Law of Balancing, but they do not offer a definitive taking procedure. [...] But these ideas cannot be metricated in a way which leads to an intersubjectively binding calculation of the result” (Alexy 2002a, 105). Y, más adelante, hace un punto similar: “Ciertamente, la ley de la ponderación como tal no formula ningún estándar con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos. Sin embargo, el modelo de la ponderación como un todo ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional”. “Of course, the Law of Balancing as such does not give us a standard by which cases can be definitively decided, but the balancing model as a whole does provide us with a criterion because it ties the Law of Balancing to the rational theory of legal argumentation” (Alexy 2002a, 105).

$$G_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

El autor de la *Teoría de los fundamentales* ha defendido el uso de la fórmula del peso, misma que incluso se ha refinado y evolucionado, en una enorme cantidad de trabajos posteriores: Alexy (2003a), Alexy (2003b), Alexy (2005), Alexy (2007), Alexy (2008), Alexy (2009), Alexy (2010), Alexy (2014a), Alexy (2014b), Alexy (2015a), Alexy (2015b), Alexy (2016), Alexy (2017), Alexy (2018), Alexy (2019a), Alexy (2019b), Alexy (2019c), Alexy (2019d), Alexy (2019e), Alexy (2019f), Alexy (2019g), Alexy (2019h) y Alexy (2019i). Asimismo, la formalización de la fórmula del peso ha generado una intensa discusión en la doctrina, que se refleja en trabajos como los siguientes, que discuten a partir de la formalización de la fórmula del peso de Alexy: Bernal Pulido (2006), Brožek (2007), Barak (2012), Klatt y Schmidt (2012), Klatt y Meister (2012a), Jestaedt (2012), Anderson (2013), Petersen (2013), Pirker (2013), Bernal Pulido (2014), Lindahl (2016), Martínez-Zorrilla (2018), Susi (2019), Petersen (2020), Tuzet (2020) y Klatt (2021).

No me detengo aquí en los detalles de la fórmula, pues en un apartado subsecuente se hará una explicación pormenorizada de la estructura de la fórmula, la definición de sus variables, así como los valores numéricos que éstas pueden tener. Lo que me interesa subrayar aquí es que, al menos implícitamente, Alexy reconoce que la *formalización* es la mejor forma de dar respuesta a las críticas sobre la subjetividad, decisionismo y arbitrariedad que supuestamente generan las metodologías como la ponderación, en general, y el test de proporcionalidad, en particular.

Asimismo, que Alexy haya insistido en el desarrollo y defensa de la fórmula del peso muestra que, pese a las críticas,¹³⁵ la formalización del test de proporcionalidad es

¹³⁵ Atienza (2017, 155-156) ha señalado, por ejemplo, que “esa doctrina alexyana, al menos tal y como ha sido entendida por muchos juristas (no tanto por él), constituye un ejemplo bastante claro de lo que Vaz Ferreira llamaba la falacia de la falsa precisión. Pues, como se sabe, Alexy atribuye un valor matemático a cada una de las tres variables [el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas] y construye así una regla aritmética que crea la falsa impresión de que los problemas ponderativos pueden resolverse mediante un algoritmo, ocultando en consecuencia que la clave de la fórmula radica, como es obvio, en la atribución de esos valores: o sea, en determinar si la afectación es intensa, moderada o leve, etc. Sin embargo, si la construcción alexyana se entiende sensatamente, nos daremos cuenta de que lo único que nos está proporcionando es algo así como una tópica que nos ayuda a argumentar [...]. Yo diría que puro sentido común, pero que puede ser bastante útil para llevar adelante una discusión ordenada al respecto, por ejemplo, en el seno de un tribunal. Y, en realidad, esa parece haber sido también la intención de Alexy cuando afirma que su fórmula del peso, en relación a la ponderación, es el equivalente al *modus ponens* a propósito de la subsunción: un esquema simplemente formal”. Atienza atina cuando dice que la fórmula del peso es simplemente un esquema formal y que en buena medida el problema radica en la asignación de valores para cada una de las variables o componentes de la fórmula. También tiene toda la razón cuando dice que la doctrina alexyana es puro sentido común, en el sentido de que la ponderación no es más que un

mucho más que una metáfora. Tiene razón Tsakyrakis (2009, 472) cuando argumenta que “si no nos vamos a tomar muy en serio las metáforas, entonces deberíamos comenzar por rechazar en su totalidad el mito de la precisión matemática”. Eso implicaría, por tanto, olvidar las fórmulas, los tipos de pesos, las probabilidades y las relaciones entre variables. De proceder así, el test de proporcionalidad perdería toda pretensión de racionalidad y en efecto se convertiría en una metodología arbitraria e impredecible. Si cualquier operador del derecho –especialmente quienes integran la judicatura– pudiera decidir libremente qué variables pesar y cómo pesarlas, sin ningún tipo de estructura o límite, entonces entraríamos de lleno al reino del decisionismo.

En este caso, quizá lo más conveniente sería renunciar a la ponderación y optar por alguna de las otras metodologías alternativas de adjudicación que, por supuesto, no están exentas de problemas de diferente índole, pero que en su mayoría no implican los cálculos que el test de proporcionalidad demanda, tales como el nivel de afectación, el nivel de idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

La otra alternativa, por la que opta Alexy y buena parte de la doctrina, consiste en tomarse en serio la metáfora y discutir la teoría alexiana en sus términos. Este es el camino que sigue el resto de este capítulo, donde presento una formalización completa del test de proporcionalidad. Ello permite, como se verá, comprender mejor los alcances y límites del test de proporcionalidad, describir mejor sus variantes y compararlo con otras metodologías. Pero antes de hacer esto, conviene detenerse en la forma en que Alexy ha formalizado el último paso del test: la proporcionalidad en sentido estricto.

2.3.2 La “ley de la ponderación” de Alexy (o la formalización del examen de proporcionalidad en sentido estricto)

Dado que, con frecuencia, Alexy usa una notación innecesariamente compleja y que varía de un texto a otro, conviene en primer momento presentar una notación unificada, con su respectiva explicación. La tabla 1 presenta justamente esta notación unificada.

análisis de costo-beneficio que simplemente asegura que la afectación en términos de un derecho sea superada por las ganancias en términos de otro. Pero sería poco preciso afirmar que la insistencia en emplear valores matemáticos sea producto de un mal entendimiento de la doctrina alexiana, pues queda claro que Alexy ha refinado y defendido constantemente tanto el empleo de la fórmula del peso, como el empleo de valores matemáticos. Baste con ver los diferentes valores que, según Alexy, pueden tener las variables de la fórmula según las diferentes variantes de la llamada escala triádica.

Tabla 1.1 Notación unificada para la fórmula del peso

Notación (larga)	Notación (corta)	Definición
M	M	Medida que incide en (afecta a) un principio (P_i) y que es idónea para alcanzar (beneficia a) otro principio (P_j)
P_i	P_i	Principio afectado por la medida M
P_j	P_j	Principio beneficiado por la medida M
IP_iC	I_i	Intensidad de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M
IP_jC o WP_jC	I_j	Intensidad del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M
GP_iA	G_i	Peso abstracto del principio P_i
GP_jA	G_j	Peso abstracto del principio P_j
W_i	W_i	Peso concreto no relativo en importancia del principio P_i (el producto de la multiplicación: $IP_iC \cdot GP_iA$)
W_j	W_j	Peso concreto no relativo en importancia del principio P_j (el producto de la multiplicación: $IP_jC \cdot GP_jA$)
SP_iC	S_i	Seguridad de los presupuestos empíricos respecto de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M .
SP_jC	S_j	Seguridad de los presupuestos empíricos respecto del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M .

Fuente: elaboración propia con base en Alexy (2002a), Alexy (2007) y Alexy (2008).

En segundo lugar, conviene tener claridad sobre los distintos valores que cada una de las variables puede tener. Aquí es importante mencionar que Alexy presente distintas variaciones de lo que el denomina la “escala triádica”.¹³⁶ Por ello, en la tabla 1.2 se incluyen distintas columnas para cada variable.

Tabla 1.2. Valores que pueden tener las distintas variables

Notación (larga)	Notación (corta)	Escala triádica	Escala triádica doble (geométrico)	Escala triádica doble (aritmético)
IP_iC	I_i	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$

¹³⁶ Si bien Alexy afirma que no es indispensable usar esa escala triádica, afirma que no pueden ser muchos los valores: “Desde luego, no es forzoso aplicar el modelo de tres intensidades a la ponderación. Esta puede llevarse a cabo ya con sólo dos grados, y de ahí hacia delante queda abierto el número de grados posibles. Lo que a continuación se expondrá es acertado, si se reduce a dos el número de grados o si se aumenta a más de tres. Sin embargo, como se verá, esta cifra no puede ser demasiado grande” (Alexy 2008, 22).

IP_jC o WP_jC	I_j	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$
GP_iA	G_i	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$
GP_jA	G_j	$l = 2^0 = 1$ $m = 2^1 = 2$ $g = 2^2 = 4$	$ll = 2^0 = 1$ $lm = 2^1 = 2$ $lg = 2^2 = 4$ $ml = 2^3 = 8$ $mm = 2^4 = 16$ $mg = 2^5 = 32$ $gl = 2^6 = 64$ $gm = 2^7 = 128$ $gg = 2^8 = 256$	$ll = 1$ $lm = 2$ $lg = 3$ $ml = 4$ $mm = 5$ $mg = 6$ $gl = 7$ $gm = 8$ $gg = 9$
SP_iC	S_i	$s = 2^0 = 1$ $p = 2^{-1} = 0.5$ $e = 2^{-2} = 0.25$	$ss = 2^0 = 1$ $sp = 2^{-1} = 0.5$ $se = 2^{-2} = 0.25$ $ps = 2^{-3} = 0.125$ $pp = 2^{-4} = 0.0625$ $pe = 2^{-5} = 0.03125$ $es = 2^{-6} = 0.015625$ $ep = 2^{-7} = 0.0078125$ $ee = 2^{-8} = 0.00380625$	$ss = 9/9 = 1$ $sp = 8/9 = 0.888...$ $se = 7/9 = 0.777...$ $ps = 6/9 = 0.666...$ $pp = 5/9 = 0.555...$ $pe = 4/9 = 0.444...$ $es = 3/9 = 0.333...$ $ep = 2/9 = 0.222...$ $ee = 1/9 = 0.111...$
SP_jC	S_j	$s = 2^0 = 1$ $p = 2^{-1} = 0.5$ $e = 2^{-2} = 0.25$	$ss = 2^0 = 1$ $sp = 2^{-1} = 0.5$ $se = 2^{-2} = 0.25$ $ps = 2^{-3} = 0.125$ $pp = 2^{-4} = 0.0625$ $pe = 2^{-5} = 0.03125$ $es = 2^{-6} = 0.015625$ $ep = 2^{-7} = 0.0078125$ $ee = 2^{-8} = 0.00380625$	$ss = 9/9 = 1$ $sp = 8/9 = 0.888...$ $se = 7/9 = 0.777...$ $ps = 6/9 = 0.666...$ $pp = 5/9 = 0.555...$ $pe = 4/9 = 0.444...$ $es = 3/9 = 0.333...$ $ep = 2/9 = 0.222...$ $ee = 1/9 = 0.111...$

Definidas las variables y los pesos, lo siguiente que habría que señalar es que Alexy no presenta una, sino varias fórmulas del peso. Una primera variante es lo que él denomina la “fórmula diferencial”, misma que contempla exclusivamente los pesos concretos de los dos principios:

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

La segunda fórmula es la llamada por Alexy “fórmula del cociente”. Aquí de nueva cuenta Alexy contempla exclusivamente los pesos concretos de ambos principios, pero en vez de hacer una resta, tenemos una división:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

La siguiente variante (la “fórmula de cociente extendida”) añade los pesos abstractos de cada uno de los principios, mismos que se multiplican para generar lo que en la terminología alexiana sería el “peso concreto no relativo en importancia del principio P_i ” y el “peso concreto no relativo en importancia del principio P_j ”:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Finalmente, tendríamos lo que Alexy llama la “fórmula del cociente completa”¹³⁷, en la cual, además del peso concreto y el peso abstracto, se incorporan la seguridad de las premisas empíricas de la afectación (positiva o negativa) que sufre cada uno de los principios):

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Ahora bien, lo hasta aquí desarrollado es útil para analizar casos en los que se presentan conflictos entre dos (y solo dos) derechos o principios. ¿Qué sucede cuando son más los principios que están en tensión? En los trabajos más recientes, Alexy admite esta posibilidad y desarrolla dos fórmulas adicionales. La primera de ellas es lo que él llama la “fórmula de cociente extendida”:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

Como puede verse, la “fórmula de cociente extendida” se trata de una fórmula que juega a favor de las restricciones, esto es, admite que existan uno o más objetivos que justifican la restricción y que eventualmente sus respectivos pesos se sumen: entre más objetivos, más peso y mayor probabilidad de que la restricción sea válida.¹³⁸

¹³⁷ Usando la notación larga, tendríamos la siguiente fórmula: $G_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$.

¹³⁸ Según Alexy, esto tiene que ser así por las siguientes razones: “Aquí debe tenerse en cuenta sólo el lado de la restricción. [...] Si se tiene en cuenta también el lado del derecho fundamental (P_i) cuya vulneración se examina, entonces la acumulación conduce inevitablemente a un holismo de derecho fundamental. P_i representaría a todos los derechos fundamentales que se afectan negativamente

Finalmente, la fórmula más completa, misma que permite tener uno o más principios tanto del lado los “costos” como de los “beneficios” es lo que Alexy llama “fórmula del peso extendida completa”:

$$G_{i,j} = \frac{(I_i \cdot G_i \cdot S_i) + \dots + (I_m \cdot G_m \cdot S_m)}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

Pues bien, hasta aquí llega la formalización que realiza Alexy del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Como puede verse, lo que tenemos en esencia es un análisis de costo-beneficio. Los costos están en numerador: $(I_i \cdot G_i \cdot S_i) + \dots + (I_m \cdot G_m \cdot S_m)$. Y los beneficios en el denominador: $(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)$. Cuando los costos son mayores que los beneficios, el cociente es mayor a 1 y, en consecuencia, la medida es inválida. En cambio, cuando los beneficios son mayores, el cociente es menor a 1 y la medida se estima válida. En el caso de que costos y beneficios sean iguales, el cociente es igual a 1 y estamos en un caso de empate.

La fórmula del peso puede ser discutida desde diferentes perspectivas. Como he apuntado anteriormente, existe un amplio debate en la doctrina que toma como punto de partida la fórmula del peso y sus elementos. Mi propósito en este punto no es ahondar en este debate, sino señalar una falla aún más estructural e importante: la falta de articulación de la fórmula del peso con el resto de los pasos del test de proporcionalidad.

Como se mostrará en apartados subsecuentes, una vez que se formalizan y articulan todas las partes del test, queda claro que el test alexiano tiene severas deficiencias estructurales. Especialmente, mostraré que el test de proporcionalidad –en contra de lo que establece de manera casi unánime la doctrina– no es un metodología escalonada, sino la conjunción de dos exámenes estructuralmente independientes: el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, mostraré que es necesario sustituir el examen de necesidad por uno distinto, pues de lo contrario no es posible cumplir con la finalidad última del modelo alexiano: la optimización de los derechos fundamentales.

mediante la intervención en P_i [sic]. De este modo, se desvanece el esquema tradicional, según el cual, debe examinarse separadamente cada intervención en un derecho fundamental. Más radical sería ese desvanecimiento, si se admitiera la posibilidad de acumular todos los principios constitucionales relevantes [sic]. En este caso, todos los principios que jugaran en contra de la medida que se examina se opondrían en conjunto a todos los que jugaran a favor de ella. El derecho fundamental, cuya vulneración se examina, dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa. El peso concreto del derecho fundamental cuya vulneración se examina, sería el peso concreto de este principio en el *sistema completo* de la constitución”. (Alexy 2008, 40-41).

2.4 Formalización de todo el test de proporcionalidad alexiano

En este apartado presento una formalización completa del test de proporcionalidad. Para ello, echo mano de diversas herramientas. Por un lado, retomo todo el desarrollo que ha hecho Alexy sobre la fórmula del peso (esto es, la formalización de la última etapa del test de proporcionalidad). Por el otro, para formalizar el resto de los elementos del test recurro a una notación más completa, que explico más adelante. Y, por último, para ilustrar tanto la relación de los componentes del test, recurro a un tipo de gráficas que permiten representar todos los exámenes relevantes tanto del test alexiano como del test de maximalidad que desarrollaré: afectación, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto, necesidad y optimalidad.

Quizá para algunos lectores el recurso a las gráficas pueda ser un tanto sorprendente. Pero lo cierto es que no se trata ni de algo novedoso ni excéntrico. Al igual que Alexy (2002a), tanto Barry (1965) como Rawls (1999) emplearon, en sus trabajos seminales, gráficas con curvas de indiferencia para representar los *trade-offs* entre diferentes bienes o principios. Y, más recientemente, tanto Rivers (2007) como Hemphill (2016) han usado otro tipo de gráficas para representar diferentes aspectos de la ponderación o del examen de medida menos restrictiva (*less restrictive alternative*). Y, más allá de lo anterior, creo que en los siguientes apartados quedará clara la utilidad de las gráficas que empleo para explicar aspectos medulares de la estructura y problemas del test de proporcionalidad (y también de las metodologías alternativas).

2.4.1 Afectación (paso cero): el test presupone la existencia una medida (M) que incida negativamente en el ámbito de protección de un derecho fundamental (P_1)

El punto de partida para el test de proporcionalidad, como se ha mostrado anteriormente, es la existencia de una medida M . Formalmente, la medida será representada con la letra M . Y, el hecho de que la medida M tiene una incidencia negativa en un principio o derecho fundamental P_1 , se expresa de la siguiente forma:

$$M \rightrightarrows P_1$$

En esta notación, \rightrightarrows representa la incidencia negativa de la medida M en el derecho fundamental P_1 afectado (o para decirlo en términos alexianos, la incidencia negativa en el nivel de realización de P_1). Así, empleado esta notación se puede llegar a esta definición formal de la afectación generada por la medida (A_M):

$$A_M = M \rightrightarrows P_1$$

Que exista una afectación A_M no es otra cosa que la existencia de una medida M que incide negativamente ($\vec{=}$) en el derecho o principio P_1 . Ahora bien, recurriendo a una metáfora, diríamos que $M \vec{=} P_1$ representa uno de los dos lados de la balanza: el lado de los costos.

Asimismo, conviene precisar que, en el modelo de Alexy, la intensidad de la afectación (o la magnitud de los costos) no es una variable relevante para determinar si se debe aplicar o no el test de proporcionalidad. Basta con que la medida incida, en algún grado, en el ámbito de protección de un derecho para que se proceda con los siguientes pasos del test. En términos formales, una medida M afecta (A) a un derecho o principio (P_1) si se cumple que:

$$A_M = M \vec{=} P_1 > 0$$

La lectura de esta condición es clara: para que exista una afectación a un derecho fundamental es necesario que la medida M incida negativamente ($\vec{=}$) en un principio o derecho fundamental P_1 en un grado mayor a cero.

No obstante, la intensidad de la afectación, como mostraré más adelante, sí es relevante tanto para el análisis de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación) que propone Alexy.

Finalmente, aunque parezca ser una obviedad, es importante notar que, si no existe la medida M , o bien, si existe pero si no incide negativamente (esto es, si $A_M = M \vec{=} P_1 = 0$) en un derecho P_2 , entonces el test de proporcionalidad se vuelve innecesario. Si no existe la afectación en un derecho (o un costo), entonces no hay nada que ponderar. Para usar la metáfora referida: la inexistencia de $M \vec{=} P_1$ implicaría que al menos uno de los lados de la balanza (el de los costos) está vacío, que en consecuencia sólo se tendrán posibles beneficios y que por ende la medida será en principio válida.

2.4.2 Idoneidad (paso uno): para ser válida, una medida (M) necesariamente debe incidir positivamente en la consecución de otro principio o derecho fundamental (P_2)

Bien vista, la idoneidad no es otra cosa que lo opuesto a la afectación. Esto implica que, para ser válida, una medida M que incide negativamente en un derecho fundamental ($M \vec{=} P_1$) debe, como condición necesaria, tener alguna incidencia en la consecución de otro principio o derecho fundamental (P_2). En términos formales, expreso así que una medida M es idónea:

$$M \vec{=} P_2$$

De acuerdo con la notación, el símbolo “ $\vec{+}$ ” expresa la incidencia positiva de la medida M en el principio o derecho fundamental P_2 beneficiado. En términos alexianos, P_2 no es otra cosa que el objetivo o la finalidad legítima que persigue la medida M , mientras que $M\vec{+}P_2$ expresa que M es idónea (o adecuada o efectiva) para alcanzar dicho objeto o finalidad. Así, la idoneidad se expresa de la siguiente forma:

$$I_M = M\vec{+}P_2$$

De manera similar a lo que sucede con la afectación, en el modelo alexiano la intensidad de la idoneidad (o la magnitud de los beneficios) no es relevante en esta etapa del test, pues es suficiente con que la medida M incida positivamente, en cualquier grado, en la consecución de P_2 . Para pasar el examen de idoneidad, basta por tanto que la medida M incida positivamente ($\vec{+}$) en un principio o derecho fundamental P_2 en un grado mayor a cero:

$$I_M = M\vec{+}P_2 > 0$$

No obstante, como ya he apuntado, la determinación de esta intensidad o magnitud resulta indispensable para poder hacer tanto el análisis de necesidad como el de proporcionalidad en sentido estricto.

Conjuntamente, si una medida M afecta un principio o derecho ($M\vec{-}P_1 > 0$) y si es adecuada para conseguir un objetivo legítimo ($M\vec{+}P_2 > 0$) entonces estamos frente a una colisión entre dos principios o derechos fundamentales. O, para decirlo más simplemente, el hecho de que M genere tanto un costo en términos de P_1 ($M\vec{-}P_1 > 0$) como un beneficio en términos de P_2 ($M\vec{+}P_2 > 0$) es lo que permite que en ambos lados de la balanza exista algo que pesar. Sólo cuando se cumplen estas dos condiciones (afectación e idoneidad) tiene algún sentido seguir con los siguientes pasos del test de proporcionalidad.

Lo anterior puede parecer evidente, pero lo cierto es que en algunas sentencias se pasa por alto: si no existe una afectación al principio P_1 , entonces no hay costos y, en consecuencia, la medida no podría considerarse como inválida (puesto que sólo podrá haber beneficios, pero no costos). De la misma manera, si no existe una incidencia positiva en P_2 , entonces los beneficios serán inexistentes y la medida M que incide negativamente en P_1 deberá ser invalidada (en tanto sólo genera costos y ningún beneficio).

2.4.3 Necesidad (paso dos): para que una medida (M) sea válida, no debe existir una medida alternativa (M') que cuente con un grado igual o mayor de idoneidad para alcanzar el derecho o principio que constituye el objetivo o fin legítimo (P₂) pero que al mismo tiempo sea menos restrictiva en términos del derecho o principio afectado (P₁)

De acuerdo con Alexy, el examen de necesidad implica una comparación entre la medida M y una o más medidas alternativas, que podríamos llamar M', M'', M''' y así sucesivamente. La medida M será válida siempre y cuando no exista ninguna medida alternativa M' que cumpla con dos condiciones:

- (i) Que M' sea por lo menos igual de idónea que M para alcanzar el principio o derecho P₂.
- (ii) Que M' genere una afectación menor que M en términos del principio o derecho P₁.

Por lo tanto, el examen de necesidad N implica determinar cuatro variables:

Nivel de idoneidad de M:	$I_M = M \vec{\rightarrow} P_2$
Nivel de idoneidad de M':	$I_{M'} = M' \vec{\rightarrow} P_2$
Nivel de afectación de M:	$A_M = M \vec{\leftarrow} P_1$
Nivel de afectación de M':	$A_{M'} = M' \vec{\leftarrow} P_1$

De esta forma, una medida (M) puede ser necesaria (N_M=1) o no necesaria (N_M=0) de conformidad con lo siguiente:¹³⁹

$$N_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_{M'} \geq I_M \text{ y } A_{M'} < A_M \\ 1, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

La lectura de esta fórmula es directa: una medida M no es necesaria (N_M=0) – esto es, no pasa el examen de necesidad – si existe una medida alternativa M' que es igual o más idónea de M (I_{M'} ≥ I_M) y que genera una afectación menor que M (A_{M'} < A_M).

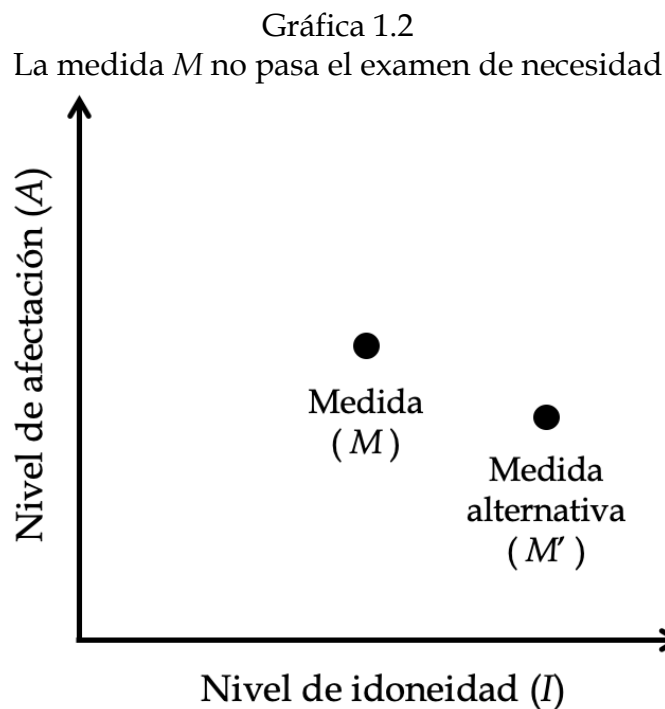
Como mostraré, tanto los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, como el examen de optimalidad que desarrollaré, pueden ser perfectamente representados gráficamente. Las gráficas que emplearé a lo largo de este capítulo

¹³⁹ Si se prefiere la notación más extensa, entonces los valores del examen de necesidad N se definen de la siguiente forma:

$$N_M = \begin{cases} 0, & \text{si } M' \vec{\rightarrow} P_2 \geq M \vec{\rightarrow} P_2 \text{ y } M' \vec{\leftarrow} P_1 < M \vec{\leftarrow} P_1 \\ 1, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

permiten expresar el análisis costo-beneficio que está en el corazón del test de proporcionalidad. Por un lado, en estas gráficas, en el eje horizontal (eje de abscisas) se representan los beneficios generados por las medidas (esto es, su nivel de idoneidad). Entre más a la derecha se encuentre una medida, mayores serán los beneficios que genera. Por el otro, el eje vertical (eje de las ordenadas) refleja los costos generados por las medidas (su nivel de afectación). Entre más arriba se encuentre una medida, mayores serán los costos que genera.¹⁴⁰

En la gráfica 1.2 presento dos medidas: M y M' . Y, como puede verse, la medida M no pasa el examen de necesidad. Esto es así ya que la medida alternativa M' (i) es más idónea que M , con lo que se cumple la primera condición ($I_{M'} \geq I_M$) y (ii) es menos restrictiva que M , con lo que se cumple la segunda ($A_{M'} < A_M$).

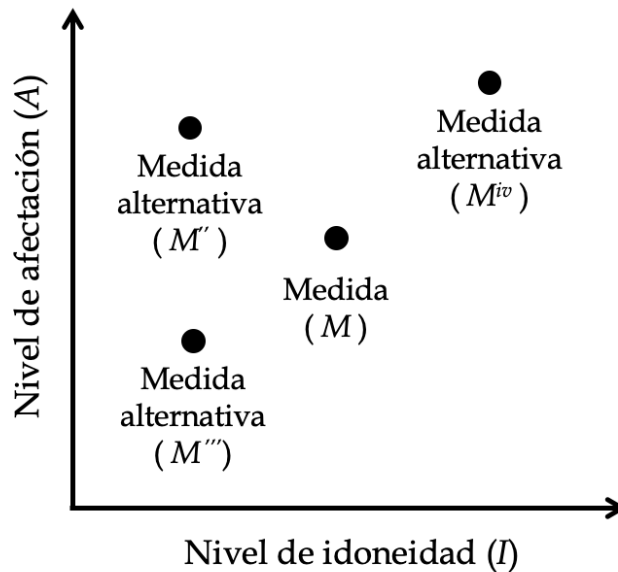


Esta gráfica también permite ver que el examen de idoneidad tiene, además, una lectura por demás intuitiva: la medida alternativa M' es preferible que M porque genera más beneficios en términos del objetivo legítimo P_2 (tiene un mayor nivel de idoneidad) y, al mismo tiempo, genera menores costos en términos del derecho afectado P_1 (por eso tiene un menor nivel de afectación). Dicho de otro modo: al optar por M' y no por M transitamos a un mundo con más derechos (en términos de P_2) y menos restricciones (en términos de P_1).

¹⁴⁰ En sentido estricto, las gráficas muestran los cambios generados por las medidas, por lo que el origen de la gráfica puede interpretarse como el *statu quo*.

Ahora bien, para comprender los alcances del examen de necesidad, conviene analizar ejemplos más complejos. La gráfica 1.3 ilustra la misma medida M , pero ahora comparada con otras tres medidas alternativas: M'' , M''' y M^{iv} .

Gráfica 1.3
La medida M sí pasa el examen de necesidad



Fuente: elaboración propia.

En este caso, ninguna de las medidas alternativas cumple con las dos condiciones señaladas y, por tanto, la medida M sí pasa el examen de necesidad. Me detengo en el análisis de cada una de ellas.

En el caso de M'' la respuesta es más o menos evidente, en tanto se trata de una medida que genera una mayor afectación al derecho P_1 y, al mismo tiempo, genera menores beneficios. Por ello, M'' incumple con ambas condiciones: M'' (i) no es más (sino menos) idónea que M ($I_{M''} < I_M$) y (ii) y no es menos (sino más) restrictiva que M ($A_{M''} > A_M$). Sustituir M por M'' no tiene ningún sentido. Ello implicaría transitar a un mundo con menos beneficios en términos del fin P_2 y con más costos en términos del derecho afectado P_1 . Se trata de un perder-perder en términos de P_2 y P_1 .

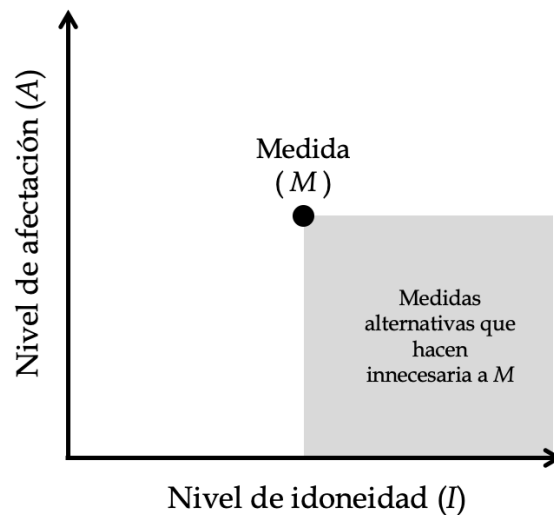
El caso de la medida alternativa M''' es menos evidente, puesto que aquí sólo se incumple con la primera condición: por una parte, M''' no es más (sino menos) idónea que M ($I_{M'''} < I_M$) pero, por la otra, M''' sí es menos restrictiva que M ($A_{M'''} < A_M$). El efecto de una sustitución de M por M''' es mixto: ciertamente hay menos costos, pero también hay menos beneficios.

La medida alternativa M^{iv} se encuentra en una posición similar. Solo que, en este caso, es sólo la segunda condición la que se incumple: (i) M^{iv} sí es más idónea que M ($I_{M^{iv}} > I_M$) pero (ii) M^{iv} no es menos (sino más) restrictiva que M ($I_{M^{iv}} > I_M$). Al igual que con M''' , la sustitución de M por M^{iv} tiene un efecto mixto. En este caso, optar por M^{iv} implica un aumento tanto beneficios como de los costos.

Incluso es posible que M''' y M^{iv} sean más proporcionales en sentido estricto que M (es decir, que generen más beneficios netos), lo cual es particularmente problemático si, como Alexy, defiende la idea de que los derechos fundamentales son mandatos de optimización. De este problema me ocuparé más adelante, cuando desarrollo lo que denomino el examen de optimalidad. De momento, baste con decir que, en la concepción alexiana, la existencia de medidas alternativas como M''' y M^{iv} no es impedimento para que M pase el examen de necesidad.

La gráfica 1.4 generaliza, en términos visuales, lo que para Alexy implica el examen de necesidad. Una medida M será necesaria siempre y cuando no exista otra u otras medidas alternativas que se encuentren ubicadas en la zona gris de la gráfica.

Gráfica 1.4
Medidas alternativas que hacen innecesaria a M .



Fuente: elaboración propia.

2.4.4 Proporcionalidad en sentido estricto (paso tres): para ser válida, una medida M debe generar mayores beneficios en términos del derecho o principio P_2 que costos en términos del derecho o principio P_1

La proporcionalidad en sentido estricto (S_M) de una medida M no es otra cosa que un análisis de costo y beneficio. Y, de hecho, se trata de un examen menos complejo que el de necesidad. Para el examen de proporcionalidad en sentido estricto, sólo es necesario calcular dos variables (no cuatro), mismas que –si seguimos el orden

propuesto por Alexy— ya fueron calculadas previamente para el examen de necesidad:

$$\begin{aligned} \text{Nivel de idoneidad de } M: & \quad I_M = M \vec{+} P_2 \\ \text{Nivel de afectación de } M: & \quad A_M = M \vec{-} P_1 \end{aligned}$$

En la concepción alexiana, una medida (M) puede ser proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) o no proporcional en sentido estricto ($S_M=0$) de conformidad con lo siguiente:¹⁴¹

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M < A_M \\ 1, & \text{si } I_M \geq A_M \end{cases}$$

La lectura de esta expresión es directa: una medida M es proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) si su nivel de idoneidad (I_M) es mayor o igual a su nivel de afectación (A_M).

Ahora bien, si se prefiere optar por una notación más similar a la empleada por Alexy en su fórmula, una manera equivalente de definir los valores de la proporcionalidad en sentido estricto (S_M) y que arroja exactamente los mismos resultados,¹⁴² sería la siguiente:

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } \frac{I_M}{A_M} < 1 \\ 1, & \text{si } \frac{I_M}{A_M} \geq 1 \end{cases}$$

En términos gráficos, la relación entre proporcionalidad en sentido estricto (S), el nivel de idoneidad (I) y el nivel de afectación (A) está ilustrada en la Gráfica 1.5: (Bernal Pulido, Estructura y límites de la ponderación 2003)

¹⁴¹ De nueva cuenta, si se prefiere la notación más extensa, entonces los valores del examen de necesidad N se definen de la siguiente forma:

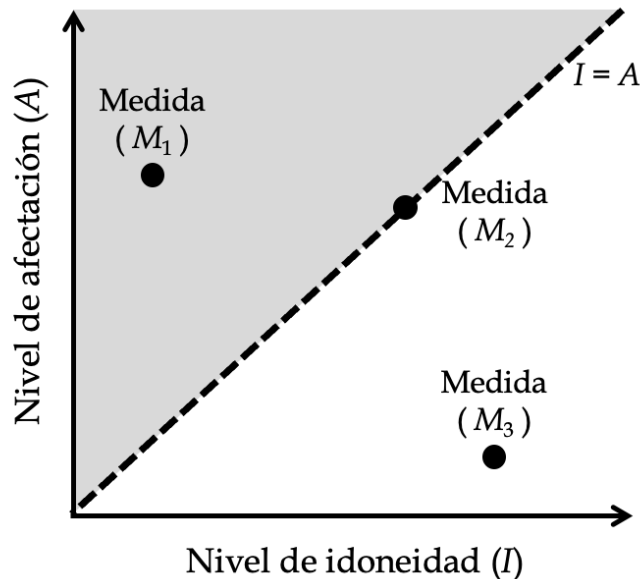
$$S = \begin{cases} 0, & \text{si } M \vec{+} P_2 < M \vec{-} P_1 \\ 1, & \text{si } M \vec{+} P_2 \geq M \vec{-} P_1 \end{cases}$$

A lo largo de este trabajo asumo que, en los casos de empate (cuando $I_M = A_M$), la medida prevalece. Hay un amplio debate en la literatura sobre qué hace en caso de empate, en buena medida porque Alexy parece sostener una posición cambiante entre la *Teoría* y su epílogo. Véanse, por mencionar algunos ejemplos, los trabajos de Bernal Pulido (2003), Lopera Mesa (2005), Bernal Pulido (2005), Sotomayor Trelles (2019) y Encinas (2021). No me detengo en los detalles de esta discusión, pero sí me interesa enfatizar que toda la formalización que realizo es compatible con la solución opuesta — esto es, que en caso de empate la medida se invalide — sin que ello afecte los resultados sustantivos y hallazgos de este capítulo.

¹⁴² Esto es así ya que siempre que $I_M < A_M$ será cierto que $\frac{I_M}{A_M} < 1$; de igual forma, si $I_M \geq A_M$ entonces necesariamente $\frac{I_M}{A_M} \geq 1$.

Gráfica 1.5

Medidas proporcionales y no proporcionales en sentido estricto (S).



Fuente: elaboración propia.

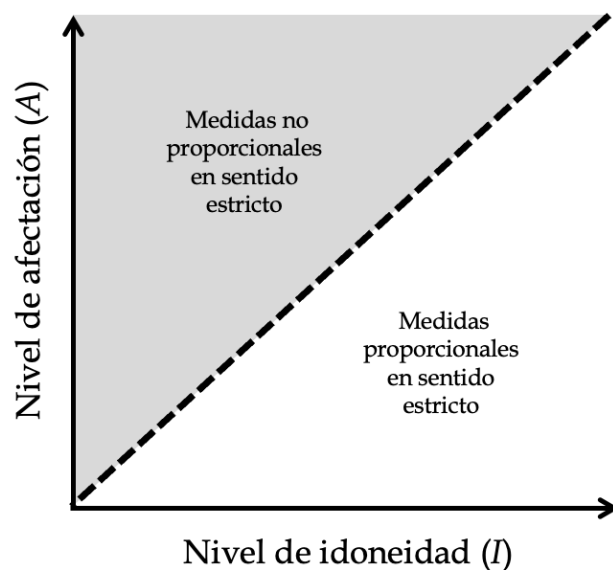
En esta gráfica, la línea punteada señala todos los casos en los que el nivel de idoneidad (I) y el nivel de afectación (A) son iguales ($I = A$). Este es, precisamente, el caso de la medida M_2 . Regresando a la metáfora, estos son casos de empate entre P_1 y P_2 , en los cuales los costos y los beneficios son idénticos y, por tanto, situaciones en las que la balanza está en equilibrio.

En cambio, la medida M_1 —como cualquier otra ubicada en la zona gris, esto es, por encima de la línea punteada ($I = A$)— no pasa el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es así, pues en cualquiera de estos casos el nivel de idoneidad (los beneficios en términos de P_2) será menor que el nivel de afectación (los costos en términos de P_1).

Lo inverso sucede para todas las medidas que, como M_3 , se encuentran por debajo de la línea $I = A$. En estos casos, el nivel de idoneidad (los beneficios) serán siempre mayores que el nivel de afectación (los costos). Por lo anterior, se trata siempre de medidas que pasarán el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

La gráfica 1.5 generaliza, en términos visuales, la relación entre nivel de idoneidad (I), nivel de afectación (A) y proporcionalidad en sentido estricto (S):

Gráfica 1.6
Relación entre proporcionalidad en sentido estricto (S), nivel de idoneidad (I) y nivel de afectación (A)



Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, si seguimos el modelo alexiano, veremos que es precisamente en este paso – el de la proporcionalidad en sentido estricto – en el que Alexy hace explícita la forma en que se calculan las dos variables que en mi modelo he identificado como el nivel de idoneidad (I_M) y el nivel de afectación (A_M). Así, de conformidad con los elementos de la “fórmula del peso completa” de Alexy,¹⁴³ podríamos definir el cociente $\frac{I_M}{A_M}$ de la siguiente forma:

$$\frac{I_M}{A_M} = \frac{B_{P_2} \cdot Y_{M,P_2} \cdot R_{M,P_2}}{B_{P_1} \cdot Y_{M,P_1} \cdot R_{M,P_1}}$$

¹⁴³ Recordemos que, en la notación más compleja de Alexy, la “fórmula del peso completa” es la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

en donde IP_iC es la intensidad de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M ; GP_iA es el peso abstracto del principio P_i ; SP_iC es la seguridad de los presupuestos empíricos respecto de la intervención (o pérdida) concreta generada en el principio P_i por la medida M ; WP_jC es intensidad del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M ; GP_jA es el peso abstracto del principio P_j ; y SP_jC es la seguridad de los presupuestos empíricos respecto del beneficio concreto generado en el principio P_j por la medida M . Al igual que en apartados precedentes, utilizo aquí la notación simplificada.

En la versión, tanto el nivel de idoneidad (I_M) como el nivel de afectación (A_M) tienen tres componentes.¹⁴⁴ Veamos.

Por un lado, el nivel de idoneidad (I_M) es el producto de multiplicar el peso abstracto del principio o derecho fundamental P_2 (B_{P_2}), la incidencia concreta de la medida M en el principio o derecho fundamental P_2 (Y_{M,P_2}) y la probabilidad de que M genere esa incidencia concreta en P_2 (R_{M,P_2}).

Por el otro, el nivel de afectación (A_M) es el producto de multiplicar el peso abstracto del principio o derecho fundamental P_1 (B_{P_1}), la incidencia concreta de la medida M en el principio o derecho fundamental P_1 (Y_{M,P_1}) y la probabilidad de que M genere esa incidencia concreta (R_{M,P_2}).

¹⁴⁴ Uso aquí la fórmula del peso de Alexy, pero es importante notar que mi formalización del test de proporcionalidad es compatible con fórmulas diferentes, incluso más complejas de la fórmula del peso alexiana. Por ejemplo, Klatt y Meister (2012a, 11) alegan que deben ser cuatro (y no tres) las variables que deberían incluirse en ambos lados de la balanza, puesto que distinguen entre la seguridad de las premisas empíricas (R_i^e y R_j^e , en su notación) y la seguridad de las premisas normativas (R_i^n y R_j^n). La fórmula completa, en su notación, tiene la siguiente forma:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Bernal Pulido (2014, 1000-1005), por su parte, propone una fórmula con once variables para cada lado de la balanza, lo cual implicaría una fórmula con veintidós variables. De acuerdo con este autor, el peso concreto IP_iC debe ser definido como $IP_iC = (S_i P_i C \cdot PJP_i C) \cdot (EP_i C \cdot VP_i C \cdot PP_i C \cdot AP_i C \cdot DP_i C)$, mientras que el peso concreto WP_jC como $WP_jC = (S_j P_j C \cdot PJP_j C) \cdot (EP_j C \cdot VP_j C \cdot PP_j C \cdot AP_j C \cdot DP_j C)$, en donde S_i y S_j se refieren al “significado de las posiciones jurídicas relevantes del lado de cada principio”, PJ , a la “importancia de la posición jurídica, considerada desde el punto de vista del contenido de los principios relevantes”, E a la “eficiencia”, V a la “velocidad”, P a la “probabilidad”, A al “alcance” y D a la “duración” con que “la medida afecta y satisface, correlativamente, los principios en juego”. Asimismo, para este autor, la seguridad de las premisas SP_iC debe definirse como $SP_iC = SEIP_iC \cdot SNIP_iC \cdot SNPP_iA$, mientras que la seguridad de las premisas SP_jC debe definirse como $SP_jC = SEWP_jC \cdot SNWP_jC \cdot SNPP_jA$, en donde $SEIP_iC$ y $SEWP_jC$ son la “seguridad de las premisas empíricas”, $SNIP_iC$ y $SNWP_jC$ son “la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto” y $SNPP_iA$ y $SNPP_jA$ son “la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en abstracto. La fórmula del peso de Bernal Pulido, por tanto, tiene la siguiente forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{(S_i P_i C \cdot PJP_i C) \cdot (EP_i C \cdot VP_i C \cdot PP_i C \cdot AP_i C \cdot DP_i C) \cdot GP_i A \cdot (SEIP_i C \cdot SNIP_i C \cdot SNPP_i A)}{(S_j P_j C \cdot PJP_j C) \cdot (EP_j C \cdot VP_j C \cdot PP_j C \cdot AP_j C \cdot DP_j C) \cdot GP_j A \cdot (SEWP_j C \cdot SNWP_j C \cdot SNPP_j A)}$$

Se trata de una fórmula de una alta complejidad que parece contrastar con la escasa utilidad que le da su creador, pues el propio Bernal Pulido señala que “el objetivo del paréntesis es hacer explícitos los conceptos que funcionan como variables de la fórmula del peso”, pero que “no desempeñan ninguna función matemática”. De la misma forma, dice que el “signo de multiplicación también tiene solo un valor metafórico: indica que todas esas variables deben tomarse en cuenta”. No me interesa aquí discutir a profundidad la racionalidad, utilidad y problemas de las fórmulas alternativas — algunas de ellas, francamente inmanejables —, sino enfatizar que lo que yo defino como el nivel de idoneidad (I_M) y el nivel de afectación (A_M) puede ser sustituido por prácticamente cualquiera de las variantes de la fórmula del peso existentes en la doctrina.

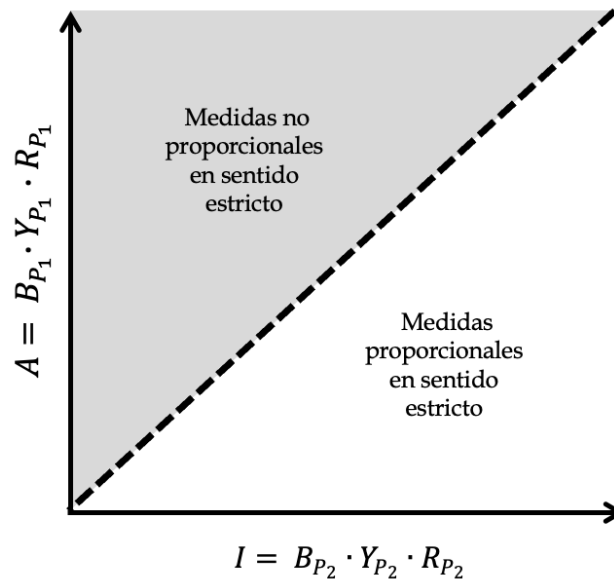
De esta forma, podemos definir los valores de S_M en términos de los componentes de (I_M) y (A_M):

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } \frac{B_{P_2} \cdot Y_{M,P_2} \cdot R_{M,P_2}}{B_{P_1} \cdot Y_{M,P_1} \cdot R_{M,P_1}} < 1 \\ 1, & \text{si } \frac{B_{P_2} \cdot Y_{M,P_2} \cdot R_{M,P_2}}{B_{P_1} \cdot Y_{M,P_1} \cdot R_{M,P_1}} \geq 1 \end{cases}$$

Y, gráficamente, si sustituimos I_M y A_M por sus componentes, obtenemos la siguiente gráfica:

Gráfica 1.7

Relación entre proporcionalidad en sentido estricto (S) y los componentes del nivel de idoneidad (I) y del nivel de afectación (A)



Fuente: elaboración propia.

Podría cuestionarse por qué si I_M y A_M son variables fundamentales para los pasos previos del test de proporcionalidad (el examen de afectación, para el examen de idoneidad y para el examen de necesidad) es hasta el último paso del test (es decir, la proporcionalidad en sentido estricto) que los componentes de I_M y A_M se desarrollan. Y no falta razón en este cuestionamiento. De hecho, como más adelante mostraré, ese es precisamente uno de los problemas fundamentales del modelo alexiano. Dejar, como él propone, el cálculo de los componentes de I_M y A_M exclusivamente para el último paso es una decisión que (i) impide ver la muy estrecha relación entre los diferentes componentes del test de proporcionalidad, (ii) permite que, en el examen de necesidad, se invaliden medidas que sí pasan el examen de proporcionalidad en sentido estricto y (iii) se opte por medidas

alternativas que, aunque pasan el examen de necesidad, no pasan el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Pero éste y otros puntos los desarrollaré más adelante. Sirva los hasta aquí expuesto para mostrar, como se adelantó al inicio del apartado, que es posible hacer una formalización completa del test de proporcionalidad alexiano que, además, ayuda a comprender las relaciones entre las diferentes partes o pasos del modelo. En el siguiente apartado me refiero a las lecciones que deja esta formalización.

2.5 Las lecciones de la formalización

La formalización de todo el test de proporcionalidad que he realizado deja varias lecciones y brinda luz sobre cuestiones que no son evidentes cuando se sigue a la letra el orden y estructura defendida por Alexy. A continuación, desarrollo estos hallazgos y contribuciones.

2.5.1 El modelo alexiano no es, en realidad, un test estrictamente escalonado de tres pasos, sino la conjunción de dos exámenes independientes: proporcionalidad en sentido estricto y necesidad

Aunque existe un consenso casi unánime en la doctrina, consistente en que el test de proporcionalidad es una metodología escalonada –esto es, que debe seguirse un determinado orden y si se incumple con uno de los exámenes entonces el análisis se detiene– lo cierto es que, bien entendido, el test alexiano no es otra cosa que dos exámenes independientes: el examen de proporcionalidad en sentido estricto (S) y el examen de necesidad (N).¹⁴⁵ Estos dos exámenes, como se ha mostrado anteriormente, pueden definirse de la siguiente forma:

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M < A_M \\ 1, & \text{si } I_M \geq A_M \end{cases}$$

$$N_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_{M'} \geq I_M \text{ y } A_{M'} < A_M \\ 1, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

Y digo que son exámenes independientes porque los resultados de un examen no condicionan los resultados del otro. Dicho de otro modo: aunque Alexy afirma que se trata de un examen escalonado, no lo es en realidad. La prueba de ello es que es perfectamente posible contar con los siguientes cuatro resultados:

¹⁴⁵ Mi formalización también muestra que existe una conexión lógica entre: (i) la existencia de una afectación por la medida, (ii) la idoneidad de la medida y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Bien visto, (i) y (ii) no son sólo sino precondiciones de (iii). Y, por eso mismo, queda claro que es incorrecto sostener, como Khosla (2010, 306), que cada uno de los sub pasos del test sirven funciones distintas o independientes.

Tabla 1.2

		Proporcionalidad en sentido estricto	
		$(S_M=0)$	$(S_M=1)$
Necesidad	$(N_M=0)$	I	II
	$(N_M=1)$	III	IV

Fuente: elaboración propia.

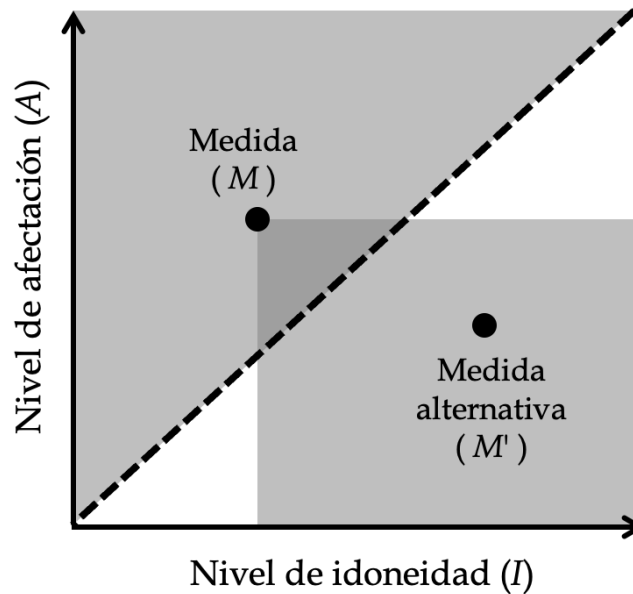
Como puede verse, cada uno de estos cuadrantes corresponde a las siguientes combinaciones:

- (I) La medida M no es proporcional en sentido estricto ($S_M=0$) ni necesaria ($N_M=0$).
- (II) La medida M sí es proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) pero no es necesaria ($N_M=0$).
- (III) La medida M no es proporcional en sentido estricto ($S_M=0$) pero sí es necesaria ($N_M=1$).
- (IV) La medida M sí es proporcional en sentido estricto ($S_M=1$) y sí es necesaria ($N_M=1$).

Las siguientes gráficas muestran un ejemplo de cada una de estas cuatro combinaciones. La gráfica 1.8 representa un caso que se ubica en el cuadrante I: la medida no es proporcional (por eso se encuentra por encima de la línea punteada) ni tampoco es necesaria (en tanto existe una medida alternativa M' que tiene un mayor nivel de idoneidad y un menor nivel de afectación).

Gráfica 1.8

Caso I: La medida no es ni proporcional en sentido estricto ni necesaria

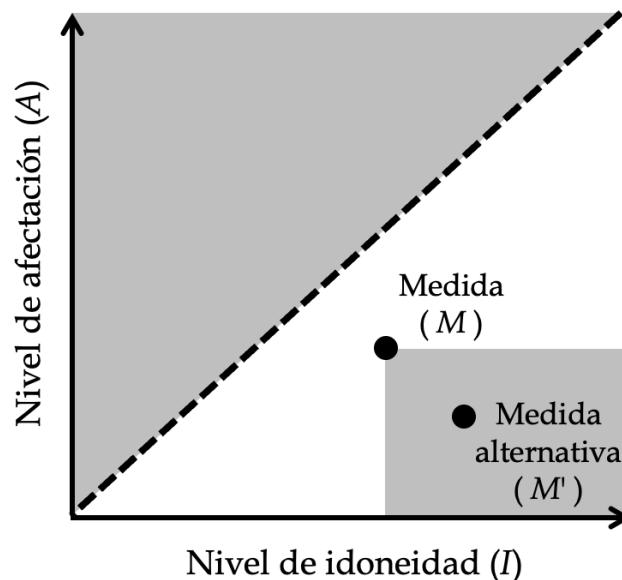


Fuente: elaboración propia.

La gráfica 1.9, por su parte, ejemplifica un caso II, en donde la medida sí es proporcional en sentido estricto (por eso está debajo de la línea punteada), pero que no pasa el examen de idoneidad (pues existe una medida alternativa M' que es más idónea y menos restrictiva).

Gráfica 1.9

Caso II: La medida sí es proporcional en sentido estricto, pero no es necesaria

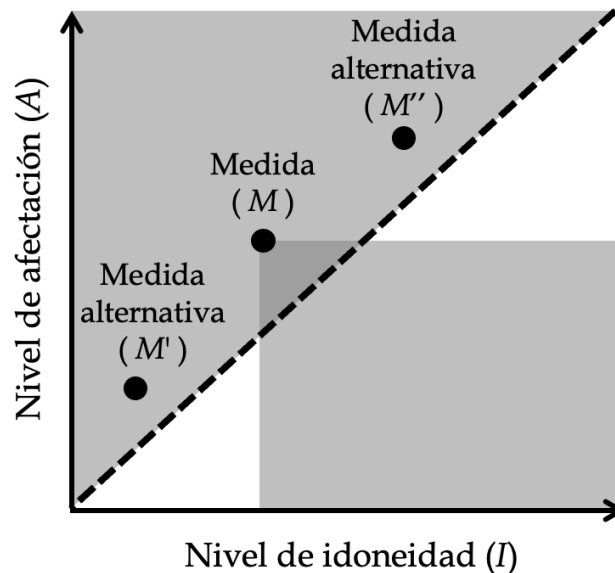


Fuente: elaboración propia.

Un ejemplo del caso III está representado en la gráfica 1.10. En este caso, la medida M es proporcional (al ubicarse por encima de la línea $I=A$) y también es necesaria, ya que no existe una medida alternativa que sea igualmente idónea y menos restrictiva que M . Aunque en este caso existen incluso dos medidas alternativas (M' y M''), lo cierto es que ninguna de las dos cumple con las dos condiciones que harían que M no sea una medida necesaria. Por una parte, la medida alternativa M' es menos restrictiva que M , pero al mismo tiempo es menos idónea (es decir, genera menos costos, pero también menos beneficios). Por la otra, M'' es una medida alternativa con un mayor nivel de idoneidad, pero también con un mayor nivel de afectación (genera, por tanto, mayores beneficios, pero también mayores costos).

Gráfica 1.10

Caso III: La medida M no es proporcional en sentido estricto, pero sí es necesaria.

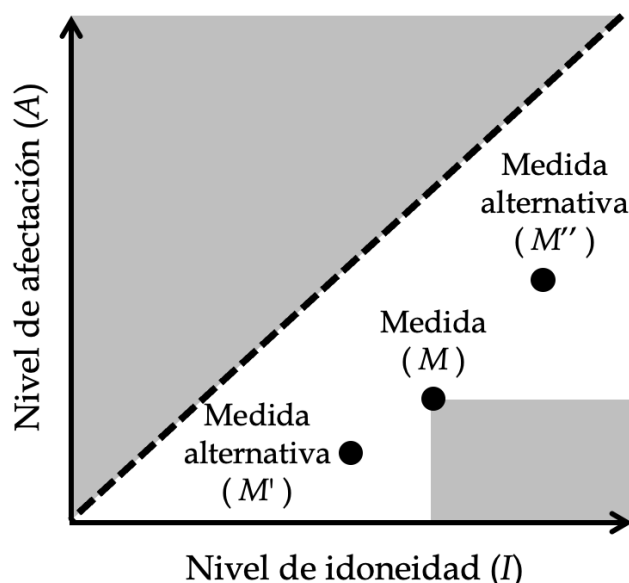


Fuente: elaboración propia.

Finalmente, un caso tipo IV está representado en la gráfica 1.11. En este caso, M pasa ambos exámenes. Por una parte, es una medida proporcional, pues su nivel de idoneidad (beneficios) es más grande que su nivel de afectación (costos). Por la otra, se trata de una medida necesaria, ya que no existe una medida alternativa que cumpla con las dos condiciones señaladas (igual o mayor idoneidad y menor grado de afectación).

Gráfica 1.11

Caso IV: La medida M no es proporcional en sentido estricto, pero sí es necesaria.



Fuente: elaboración propia.

Lo anterior permite llegar a una conclusión por demás relevante. Aunque Alexy¹⁴⁶ y prácticamente toda la doctrina sostienen que el modelo alexiano es un test escalonado –es decir, que deben seguirse necesariamente los pasos de manera secuencial, y detener el examen si es que se incumple con un paso– en realidad se trata de la conjunción de dos exámenes independientes: el examen de proporcionalidad y el examen de necesidad.

De hecho, es posible sintetizar las condiciones que hacen que una medida M pase todo el test de proporcionalidad alexiano (T_M):

$$T_M = \begin{cases} 1, & \text{si } I_M \geq A_M \text{ y } \sim(I_{M'} \geq I_M \text{ y } A_{M'} < A_M) \\ 0, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

Dicho de otro modo: una medida M pasará el test de proporcionalidad alexiano ($T_M=1$) si (i) su nivel de idoneidad (I_M) es mayor a su nivel de afectación (A_M) y (ii)

¹⁴⁶ La posición de Alexy sobre este tema es clarísima: “el principio de necesidad [...] debe considerarse siempre antes que el principio de proporcionalidad en su sentido estricto, es decir, el requisito de ponderación”. (“[T]he principle of necessity [...] is always to be considered before the principle of proportionality in its narrow sense, that is, the balancing requirement”). (Alexy 2002a, 68). Y, como se ha dicho, prácticamente toda la doctrina sostiene esta posición. Alvez (2010, 366), por ejemplo, alega que “[e]l carácter escalonado del examen de proporcionalidad es quizás una de las características más relevantes de este mecanismo constitucional, adoptado desde el modelo alemán. No se trata de un examen en que resulte indiferente el orden en el que son aplicados los sub-principios, sino que muy por el contrario, la técnica consiste justamente en que sólo se pasa a la siguiente sub-etapa una vez aprobada al anterior”.

no es el caso de que exista una medida alternativa M' que sea al mismo tiempo más idónea que M ($I_{M'} \geq I_M$) pero menos restrictiva que M ($A_{M'} < A_M$).

Este hallazgo es significativo. Como he mostrado en apartados precedentes, existe prácticamente un consenso en la literatura de que el test es una metodología escalonada. Y, como se ha mostrado aquí, esto es incorrecto.¹⁴⁷ El test alexiano es, en realidad, la conjunción de dos exámenes independientes.

Ahora bien, ¿qué implicaciones prácticas tiene lo anterior? En el siguiente apartado desarrollo la primera gran consecuencia de esta contribución. Específicamente, mostraré que, para no generar resultados incompatibles con las finalidades del test, entonces por regla general es indispensable hacer tanto el examen de proporcionalidad como el examen de necesidad. O, para decirlo de otra manera, mostraré los problemas de insistir en que el test de proporcionalidad es una metodología escalonada.

2.5.2 Por regla general debe hacerse tanto el análisis de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad (en ese orden, preferentemente)

¿Por qué es importante hacer tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el de necesidad (en ese orden)? Para responder a esta pregunta, conviene analizar dos hipótesis. Por una parte, analizar qué sucede cuando se sigue el orden propuesto por Alexy —esto es, primero la necesidad y luego la proporcionalidad en sentido estricto— y detener el análisis una vez que una medida no pasa el examen de necesidad. Por la otra, exploraré las consecuencias de alterar el orden —primero analizar la proporcionalidad en sentido estricto y luego la necesidad— e igualmente detener el análisis si una medida no pasa el primer examen.

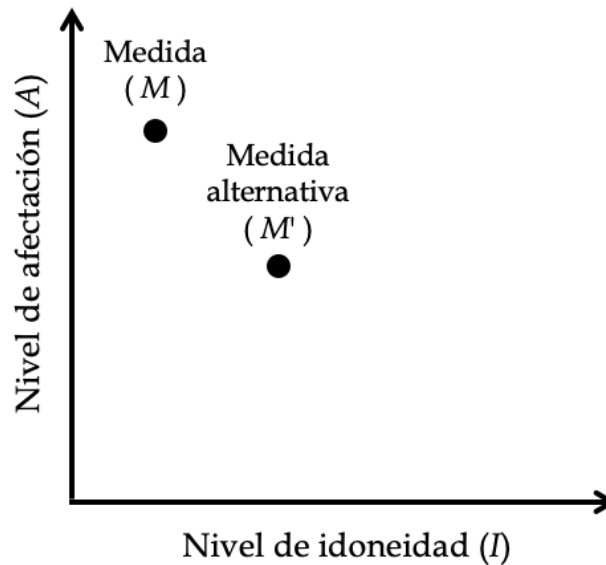
Comencemos con el primer análisis. ¿Cuál es el problema de mantener el orden propuesto por Alexy y detener el análisis si una medida no pasa el examen de necesidad? Como mostraré a continuación, si se invalida una medida M en el examen de necesidad y no se prosigue con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, es posible que se opte por medidas alternativas que no son proporcionales en sentido estricto. Dicho de otra manera: en este caso el test de proporcionalidad generaría un resultado abiertamente contrario a la finalidad del modelo alexiano, pues M se invalidaría y se optaría por una medida alternativa M' que generaría mayores afectaciones en términos de P_1 que beneficios en términos de P_2 . Es por ello

¹⁴⁷ Y es incorrecta, también, la posición de Beatty (2004, 163), para quien idoneidad y necesidad son “aplicaciones claras y simples” de la proporcionalidad en sentido estricto. En sus palabras: “A pesar de que [el principio de proporcionalidad] usualmente se descompone en tres principios diferentes, al evaluar la ‘racionalidad’ (idoneidad), ‘necesidad’ y ‘proporcionalidad’ en el sentido más ‘estricto’ o ‘estrecho’, los primeros dos son en realidad sólo son aplicaciones claras y simples del tercero”.

por lo que, pasados los exámenes de afectación y de idoneidad, se debe realizar siempre tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el de necesidad.

Usemos el caso representado en la gráfica 1.12 para demostrar lo anterior. En este caso, tenemos tanto una medida M como una medida alternativa M' . Ambas medidas, como puede verse, inciden negativamente en el derecho o principio P_1 (por eso su nivel de afectación es mayor a cero: $A_M > 0$ y $A_{M'} > 0$). De la misma forma, ambas generan un beneficio en términos de P_2 (de ahí que su nivel de idoneidad también sea mayor a cero: $I_M > 0$ y $I_{M'} > 0$). Tenemos, por tanto, las condiciones necesarias para emprender tanto el examen de necesidad como el de proporcionalidad en sentido estricto.

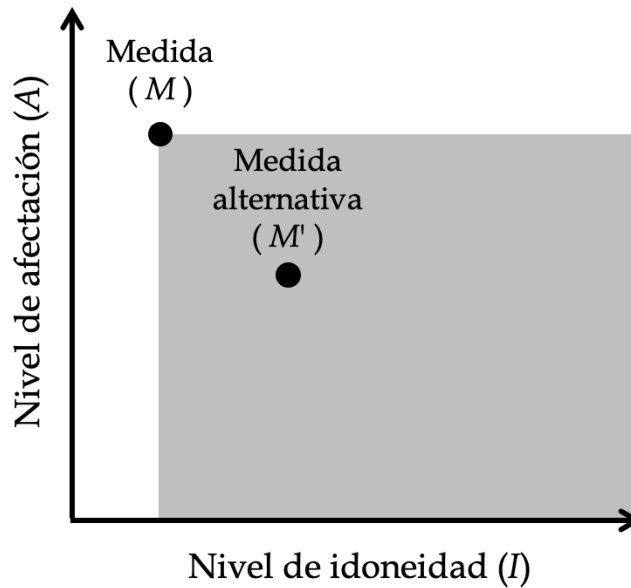
Gráfica 1.12



Fuente: elaboración propia.

Si seguimos el escalonamiento propuesto por Alexy, entonces deberíamos hacer primero el examen de necesidad. Y, en este caso, como evidencia la gráfica 1.13, es claro que la medida M no es necesaria, en tanto M' se trata de una alternativa que es más idónea y menos restrictiva (es por esto por lo que se encuentra ubicada en el área sombreada).

Gráfica 1.13

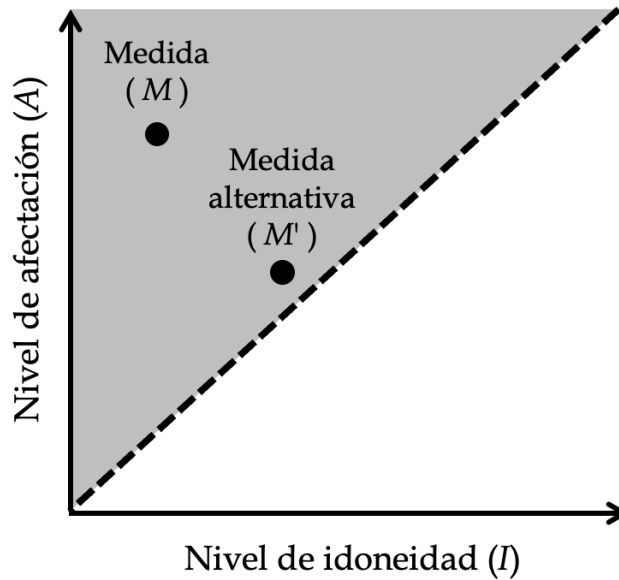


Fuente: elaboración propia.

En el modelo alexiano, lo anterior bastaría para detener el análisis. Dado que M' produce mayores beneficios y menores costos que M , habría que invalidar la medida M y optar por M' .

Sucede, sin embargo, que detener el análisis en este paso produciría un resultado completamente incompatible con la finalidad del modelo alexiano: garantizar, en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la realización de los derechos fundamentales. Esto es así por la sencilla razón de que M' , como es evidente en la gráfica 1.14, no es una medida que pase el examen de proporcionalidad en sentido estricto y, por tanto, optar por ella se traduciría en un costo neto en términos de derechos.

Gráfica 1.14



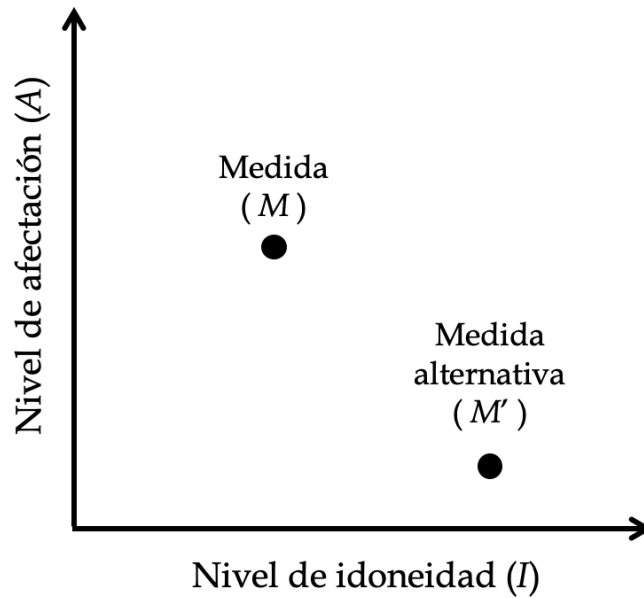
Fuente: elaboración propia.

¿Qué implica lo anterior? En primer lugar, hay que abandonar el escalonamiento propuesto por Alexy. Siempre será necesario, por tanto, hacer en análisis de proporcionalidad en sentido estricto, incluso si la medida bajo análisis no pasa el examen de necesidad. De lo contrario, como ya se demostró, se corre el riesgo de optar por medidas alternativas que no sean proporcionales en sentido estricto. En el caso ilustrado en la gráfica 1.14, la aplicación de ambos exámenes genera un resultado claro: no se debe optar ni por la medida M ni por la medida alternativa M' , pues ambas generan mayores costos que beneficios (por eso no pasan en el examen de proporcionalidad en sentido estricto). En este caso, el statu quo es una situación más deseable en términos de la realización de los derechos fundamentales.

Paso ahora al segundo análisis, para demostrar que el orden de los exámenes debe ser invertido (esto es, primero debe realizarse la proporcionalidad en sentido estricto y luego la necesidad), pero que en todo caso deben ser realizados ambos. Para ello conviene preguntarse, ¿cuál es el problema de cambiar el orden y detener el análisis si una medida no pasa el examen de proporcionalidad en sentido estricto? En este caso, el problema consiste en descartar medidas alternativas que sí cumplan con ambos exámenes, y que por tanto permitirían contar con una mejor realización de los derechos fundamentales (es decir, la finalidad última del modelo alexiano).

Usemos, como ejemplo, el caso representado en la gráfica 1.15. Aquí tenemos, de nueva cuenta, tanto una medida M' como una medida alternativa M'' que inciden negativamente en el derecho o principio P_1 ($A_M > 0$ y $A_{M'} > 0$) y que generan un beneficio en términos de P_2 ($I_M > 0$ y $I_{M'} > 0$).

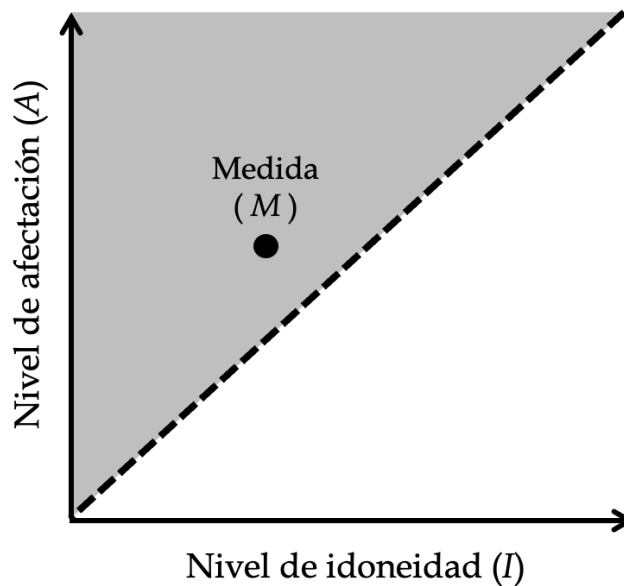
Gráfica 1.15



Fuente: elaboración propia.

Si se comienza con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, rápidamente podremos ver que estamos frente a una medida inválida, pues su nivel de idoneidad (los beneficios) es menor que su nivel de afectación (los costos). Es por ello por lo que M se encuentra por encima de la línea punteada (véase la gráfica 1.16).

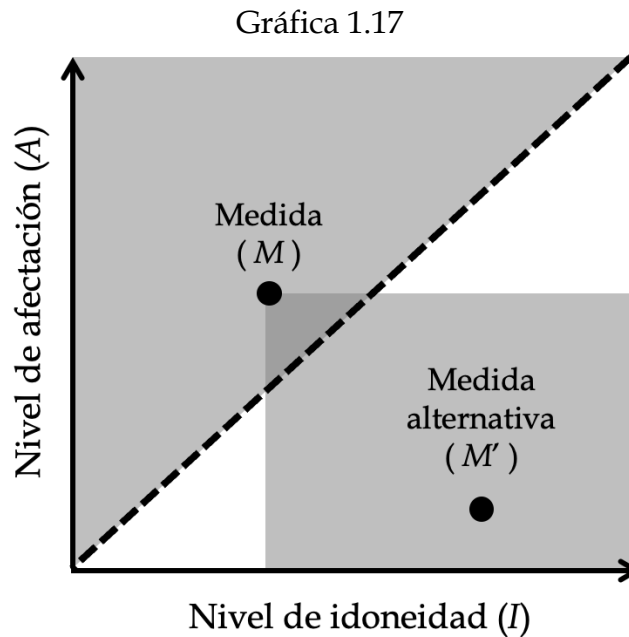
Gráfica 1.16



Fuente: elaboración propia.

¿Cuál es el problema de detener el análisis en esta etapa? La respuesta es sencilla: si no procedemos a hacer el análisis de necesidad, entonces estaremos cancelando la

posibilidad de optar por la medida alternativa M' que, como es evidente, sí pasa tanto el examen de necesidad como de proporcionalidad en sentido estricto. La gráfica 1.17 ilustra con claridad el punto anterior.



Fuente: elaboración propia.

Los anteriores dos ejemplos muestran, como se ha adelantado, que siempre es necesario hacer tanto el examen de proporcionalidad como el de necesidad. Ahora bien, ¿por qué es recomendable hacer primero el análisis de proporcionalidad? En buena medida, porque el examen de necesidad es mucho más demandante en términos del número de variables que hay que calcular.

Como se ha mostrado anteriormente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto (S_M) implica calcular sólo dos variables:

$$\begin{aligned} \text{Nivel de idoneidad de } M: & \quad I_M = M \vec{+} P_2 \\ \text{Nivel de afectación de } M: & \quad A_M = M \vec{-} P_1 \end{aligned}$$

En cambio, el examen de necesidad (N_M) implica la determinación de cuatro variables (dos de las cuales fueron previamente calculadas para el examen de proporcionalidad en sentido estricto):

$$\begin{aligned} \text{Nivel de idoneidad de } M: & \quad I_M = M \vec{+} P_2 \\ \text{Nivel de idoneidad de } M': & \quad I_{M'} = M' \vec{+} P_2 \\ \text{Nivel de afectación de } M: & \quad A_M = M \vec{-} P_1 \\ \text{Nivel de afectación de } M': & \quad A_{M'} = M' \vec{-} P_2 \end{aligned}$$

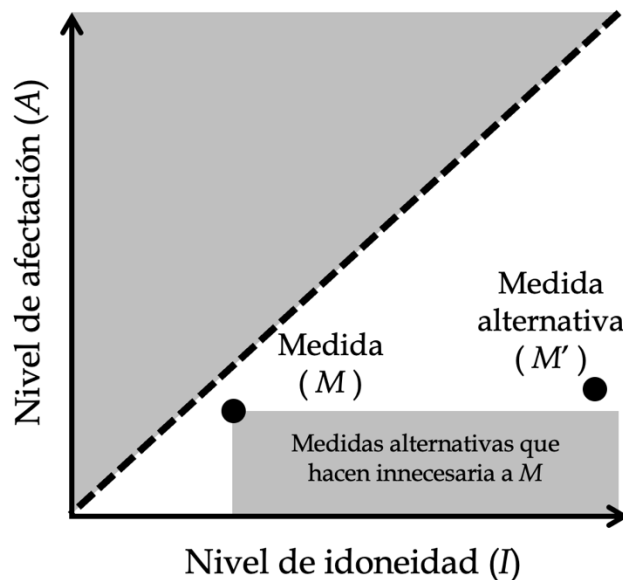
Por ello, aunque técnicamente es posible seguir cualquier orden, lo cierto es que resulta más sensato realizar primero el examen de proporcionalidad en sentido estricto (a partir de las variables I_M y A_M) y posteriormente el de necesidad (para lo cual es necesario estimar, adicionalmente, $I_{M'}$ y $A_{M'}$).

2.5.3 El test alexiano no es apto para realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo posible, por lo que el examen de necesidad debe ser sustituido por un examen de optimalidad

La formalización que he presentado a lo largo de este capítulo también permite derivar un hallazgo aún más importante. A continuación, mostraré que incluso si se realiza conjuntamente tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad, el test alexiano no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana, esto es, realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible.

Para ilustrar el punto, consideremos dos casos. Primero, veamos el caso representado en la gráfica 1.18. Aquí hay una medida M y una medida alternativa M' . Como puede verse, la medida M pasa tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto, pues su nivel de idoneidad es mayor que su nivel de afectación (por eso se encuentra debajo de la línea punteada, en la zona de medidas proporcionales), como el examen de necesidad, pues no existe ninguna medida igual o más idónea que además genere menos afectaciones (por eso no hay ninguna medida en el rectángulo gris). Se trata, en suma, de una medida que pasaría todas las gradas del test de proporcionalidad alexiano.

Gráfica 1.18



Fuente: elaboración propia.

Pero si uno desea garantizar la máxima realización de los derechos fundamentales, no queda del todo claro por qué no sería mejor optar por la medida alternativa M' . Recordemos las palabras del propio Alexy: “los principios son normas que requieren que algo se realice *en la mayor medida posible* dadas las posibilidades legales y fácticas” (Alexy 2002a, 47).¹⁴⁸ En este caso, es evidente que la medida alternativa M' es la que permite que, en el agregado, los derechos se realicen o satisfagan en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Me explico.

Es claro que la medida alternativa M' genera beneficios mucho mayores que M , es por ello por lo que se encuentra mucho más a la derecha de la gráfica, con un nivel de idoneidad mayor. Y, al mismo tiempo, la medida alternativa M' sólo está ligeramente arriba de M . Dicho de otra manera: optar por la medida alternativa M' (y no por la medida M) generaría un incremento muy significativo de los beneficios, y sólo un ligero aumento de los costos. Es evidente, pues, el incremento en los costos se compensa (y con creces) por el incremento en los beneficios.

La lección, por tanto, es directa: sustituir M por M' nos deja en un mundo en el que los derechos fundamentales, en el agregado, se realizan de una mejor forma.¹⁴⁹ O, para decirlo en términos alexianos, M' genera un mayor nivel beneficios netos que M .

Parecería, por tanto, que es por demás sensato sustituir la medida M por la medida alternativa M' . Pero esto no es posible en el modelo alexiano. El problema, como es claro, está en la forma en que Alexy define el examen de necesidad. Sólo las medidas alternativas que generen *menores* afectaciones pueden servir para invalidar M .

Presento ahora un segundo caso, ilustrado en la gráfica 1.19. Aquí también tenemos una medida M y una medida alternativa M' . Como es evidente, esta medida M igualmente pasa tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto (por eso está debajo de la línea punteada) como el examen de necesidad (pues no hay ninguna medida alternativa que se encuentre en el rectángulo gris). Y, sin embargo,

¹⁴⁸ “[P]rinciples are norms which require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities”.

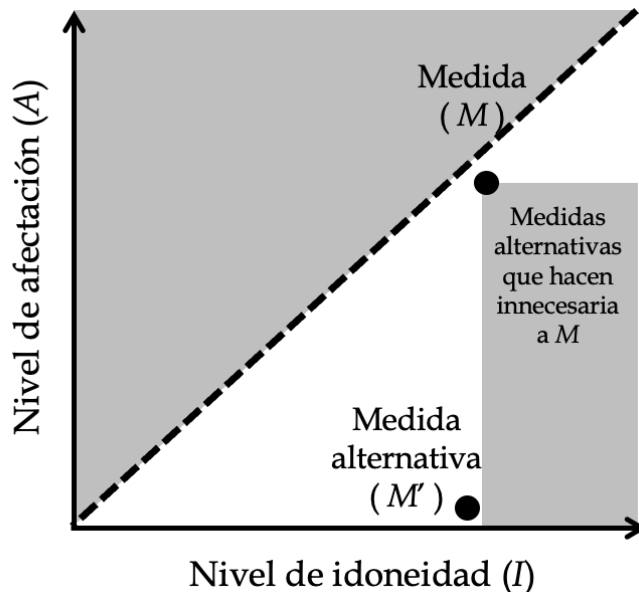
¹⁴⁹ Podría objetarse, por supuesto, que el modelo alexiano no permite hacer operaciones aritméticas entre los costos y los beneficios, esto es, sumarlos, restarlos, multiplicarlos o dividirlos. Sin embargo, lo cierto es que el modelo alexiano sí permite este tipo de operaciones. Baste con ver la forma en que Alexy suma los costo y beneficios (en términos de principios o derechos diferentes) tanto en la “fórmula de cociente extendida” como en la “fórmula del peso extendida completa”:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

$$G_{i,j} = \frac{(I_i \cdot G_i \cdot S_i) + \dots + (I_m \cdot G_m \cdot S_m)}{(I_j \cdot G_j \cdot S_j) + \dots + (I_n \cdot G_n \cdot S_n)}$$

éste es también otro caso en el que no queda en claro por qué no sería mejor optar por la medida alternativa M' , pues ésta es la que permite que, en el agregado, los derechos se realicen o satisfagan en la mayor medida de lo posible. Me explico.

Gráfica 1.19



Fuente: elaboración propia.

Es claro que, en términos de afectaciones, M' es una alternativa mucho más atractiva en términos de los costos que genera, ya que su grado de afectación es muy menor (de hecho, es cercano a cero) y, al mismo tiempo, M' genera un beneficio que es prácticamente idéntico al de M . De esta forma, optar por M' (en contraste con M) permite reducir drásticamente los costos (en términos de P_2) al mismo tiempo que genera beneficios casi idénticos (en términos de P_1). De nueva cuenta, la lección es clara: aunque sustituir M por M' nos deja en un mundo donde los derechos fundamentales se realizan, en el agregado, de una mejor forma, esto no es posible en el modelo alexiano, pues sólo las medidas alternativas que generen *iguales o mayores* beneficios pueden servir para invalidar M .

¿Cuál es el remedio entonces? En razón de lo anterior, parece que, si se busca que el test efectivamente sirva para garantizar la máxima realización de los derechos fundamentales, habría que abandonar el examen de necesidad — tal como lo define Alexy — y optar por un examen que efectivamente permita seleccionar las medidas alternativas que, aunque generan mayores costos, en el agregado generen un mayor beneficio neto.

Así, podríamos definir un nuevo examen: el examen de optimalidad (O).¹⁵⁰ Para este examen, se tienen que determinar las mismas cuatro variables que para el examen de necesidad:

$$\begin{array}{ll} \text{Nivel de idoneidad de } M: & I_M = M \vec{+} P_2 \\ \text{Nivel de idoneidad de } M': & I_{M'} = M' \vec{+} P_2 \\ \text{Nivel de afectación de } M: & A_M = M \vec{-} P_1 \\ \text{Nivel de afectación de } M': & A_{M'} = M' \vec{-} P_2 \end{array}$$

Ahora bien, las cantidades clave aquí son los beneficios netos (B) que genera tanto la medida M (B_M) como a la medida alternativa M' ($B_{M'}$):¹⁵¹

$$\begin{array}{ll} \text{Beneficios netos de } M: & B_M = I_M - A_M \\ \text{Beneficios netos de } M': & B_{M'} = I_{M'} - A_{M'} \end{array}$$

De esta medida (M) será óptima ($O_M=1$) siempre y cuando no exista una medida alternativa (M') cuyos beneficios netos sean mayores ($B_{M'} > B_M$). Formalmente, podríamos entonces definir así los valores para las medidas óptimas ($O_M=1$) y las medidas no óptimas ($O_M=0$) de la siguiente manera:¹⁵²

$$O_M = \begin{cases} 0, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) > (I_M - A_M) \\ 1, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) \leq (I_M - A_M) \end{cases}$$

El examen de optimalidad, como se ha dicho, es un sustituto del examen de necesidad y, de hecho, se trata de un examen mucho más exigente en términos de la realización o satisfacción de los derechos. Esto es así, ya que cualquier medida alternativa (M') que permita invalidar a la medida adoptada M en un examen de necesidad ($N_M=0$) también lo hará en el examen de optimalidad ($O_M=0$).

¹⁵⁰ Aunque el término aún no se encuentra reconocido por la Real Academia Española, lo cierto es que su uso no es infrecuente en la literatura especializada.

¹⁵¹ Uso aquí, por simplicidad, una fórmula aritmética –que es prácticamente lo mismo que hace Alexy con su “fórmula diferencial” –, pero los beneficios podrían ser definidos en términos de un cociente, sin que esto altere mis hallazgos y conclusiones. Específicamente, los beneficios netos de ambas medidas pueden ser definidos de la siguiente forma:

$$\text{Cociente de beneficios de } M: \quad B_M = \frac{I_M}{A_M}$$

$$\text{Cociente de beneficios de } M': \quad B_{M'} = \frac{I_{M'}}{A_{M'}}$$

¹⁵² De manera similar, si se opta por el formato de cocientes el examen de optimalidad podría plantearse de la siguiente manera:

$$O_M = \begin{cases} 0, & \text{si } \frac{I_{M'}}{A_{M'}} > \frac{I_M}{A_M} \\ 1, & \text{si } \frac{I_{M'}}{A_{M'}} \leq \frac{I_M}{A_M} \end{cases}$$

La demostración de lo anterior es directa. Supongamos que tenemos una medida M no pase el examen de optimalidad. Si esto es así, entonces debe cumplirse esta condición [i]:

$$(1) \quad I_{M'} - A_{M'} > I_M - A_M$$

La anterior expresión, como se ha visto, simple y sencillamente muestra que la medida alternativa M' genera un mayor beneficio neto que la medida M . Haciendo un simple reacomodo de la ecuación, la condición puede reescribirse de la siguiente forma:

$$(1) \quad I_{M'} - I_M > A_{M'} - A_M$$

Ahora bien, si la medida M tampoco pasa el examen de necesidad, entonces las dos siguientes condiciones tienen que ser ciertas:

$$(2) \quad I_{M'} \geq I_M$$

$$(3) \quad A_{M'} < A_M$$

Lo que tenemos en (2) y (3) no es otra cosa que la aplicación de las condiciones del examen de necesidad al caso concreto: la medida M no es necesaria ya que existe una medida alternativa M' que es igual o más idónea que M ($I_{M'} \geq I_M$) y que, al mismo tiempo, es menos restrictiva que M ($A_{M'} < A_M$).

Haciendo un simple reacomodo de ambas ecuaciones, las condiciones pueden reescribirse de la siguiente forma:

$$(2) \quad I_{M'} - I_M \geq 0$$

$$(3) \quad A_{M'} - A_M < 0$$

Lo anterior permite ver que si se cumplen las condiciones (2) y (3), también es cierto que se cumple con la condición (1). O, para decirlo en términos de la notación, que:

$$\text{si } (I_{M'} - I_M \geq 0) \text{ y } (A_{M'} - A_M < 0), \text{ entonces } (I_{M'} - I_M > A_{M'} - A_M).$$

Esto es así ya que si (2) la diferencia entre la idoneidad de M' y la de M es mayor o igual a cero ($I_{M'} - I_M \geq 0$) y (3) la diferencia entre la afectación de M' y la de M es menor a cero ($A_{M'} - A_M < 0$), entonces también será cierto que (1) la diferencia entre la idoneidad de M' y la de M será mayor que la diferencia entre la afectación de M' y la de M ($I_{M'} - I_M > A_{M'} - A_M$).

Lo anterior demuestra que cualquier medida alternativa M' que permita invalidar a la medida adoptada M en un examen de necesidad también la invalidará en el examen de optimalidad, ya que existe una medida alternativa M' . Dicho de otra forma: el examen de necesidad ya está contenido en el examen de optimalidad.

Ahora bien, digo que el examen de optimalidad es más exigente que el examen de necesidad, pues el examen de optimalidad permite que existan otras medidas alternativas que, aunque no invaliden a M en un examen de necesidad, sí la invaliden en el examen de optimalidad. De hecho, los ejemplos representados en las gráficas 1.18 y 1.19 son exactamente eso: casos en los que la medida M , aunque pasa el examen de necesidad, no pasa el examen de optimalidad ya que existe una medida alternativa M' que genera más beneficios netos que M .

En vista de lo anterior, si lo que se desea es maximizar el nivel de realización de los derechos fundamentales, entonces el test de proporcionalidad alexiano (T_M) debe ser sustituido por otro test, en el que el examen de necesidad (N_M) sea sustituido por un examen de optimalidad (O_M).

Formalmente, podríamos definirlo como un “test de maximalidad” (X_M) que se compone de dos pasos: un examen de proporcionalidad en sentido estricto de la medida (S_M) y un examen de optimalidad de la medida (O_M):

$$S_M = \begin{cases} 0, & \text{si } I_M < A_M \\ 1, & \text{si } I_M \geq A_M \end{cases}$$

$$O_M = \begin{cases} 0, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) > (I_M - A_M) \\ 1, & \text{si } (I_{M'} - A_{M'}) \leq (I_M - A_M) \end{cases}$$

Y si quisiéramos sintetizar las condiciones que hacen que una medida M pase todo el test de maximalidad (X_M), diríamos que basta con que se cumpla lo siguiente:

$$X_M = \begin{cases} 1, & \text{si } I_M \geq A_M \text{ y } (I_{M'} - A_{M'}) \leq (I_M - A_M) \\ 0, & \text{en cualquier otro caso} \end{cases}$$

Como se ha mostrado, éste es el test que efectivamente permite cumplir con la finalidad última de la teoría alexiana: garantizar en la mayor medida de lo posible la satisfacción de los derechos fundamentales en la medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Y, como se verá en el siguiente apartado, este desarrollo no sólo es relevante como una aportación a la teoría del derecho, sino también para tener una mejor dogmática jurídica, especialmente para poder describir de mejor forma la práctica jurisdiccional de diversos tribunales constitucionales.

2.5.4 La sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad brinda el aparato teórico necesario para comprender algunas prácticas recientemente identificadas de los tribunales constitucionales

Aunque el examen de optimalidad que propongo es una aportación a la teoría analítica del derecho, lo cierto es que también tiene consecuencias prácticas. En particular, el modelo que he presentado permitiría resolver problemas que ya se presentan en la práctica cotidiana de los tribunales constitucionales del mundo. Por ejemplo, al estudiar el caso alemán, Petersen (2017, 11) encontró –con algo de sorpresa, al parecer– que el Tribunal Federal Constitucional realiza un estudio que es plenamente compatible con el examen de optimalidad –y no con el examen de necesidad alexiano–:

“El Tribunal Constitucional Alemán [...] analiza la relación entre la medida adoptada y su propósito. En muchos casos, esto incluye una comparación de la medida adoptada con medidas alternativas menos restrictivas. Con frecuencia, estas medidas alternativas *no son tan eficaces como la medida adoptada*. Sin embargo, el tribunal no estima que *la diferencia en la eficacia sea lo suficientemente importante para justificar una restricción más severa a un derecho individual*”.

Dicho de otro modo: Petersen encuentra que el Tribunal Federal Constitucional alemán, en la práctica, no sigue el modelo alexiano. Si así lo hiciera, una medida alternativa M' que no es al menos igualmente eficaz (o idónea) que la medida adoptada M en ningún caso podría servir para invalidar a M . Pero, si se sigue en el examen de optimalidad que se ha propuesto, es perfectamente que M' sea adoptada, siempre y cuando su menor nivel de eficacia (en comparación de M) sea superado por un menor nivel de afectaciones.

Aunque la doctrina ha identificado que la práctica de los tribunales se aleja del modelo alexiano, lo cierto es que no ha desarrollado las herramientas teóricas necesarias para analizar y explicar este comportamiento. Es muy revelador, por ejemplo, que Petersen alegue (2017, 11) este tipo de análisis se realiza en el examen de necesidad, pero que al mismo tiempo reconozca el Tribunal Constitucional Federal alemán se aparta de la estructura tradicional del examen de necesidad. O, para poner otro ejemplo, que Kaplow (2019, 1456) identifique el fenómeno y cite al propio Petersen, pero que simplemente lo considere como una “flexibilización” del examen de necesidad.

El planteamiento de Borowski igualmente identifica el problema, pero no termina de comprenderlo y solucionarlo. Este autor también reconoce el fenómeno en el Tribunal Constitucional Federal alemán, que él entiende como una optimización Kaldor-Hicks, pero ni lo formaliza ni termina de definir su relación con los componentes del test de proporcionalidad. Específicamente, señala que existirían tres posibilidades: incorporar este análisis “a) al final de la grada de necesidad, b) en la grada de proporcionalidad en sentido estricto o c) en una grada independiente

entre estos elementos del análisis de proporcionalidad” (2021, 260). Pero, finalmente, termina por no resolver la cuestión. Sobre la pregunta sobre “dónde” ubicar el análisis simplemente señala que “existen argumentos plausibles a favor de todas las tres soluciones, y éstas tienen sus respectivas desventajas”, por lo que “todas las soluciones son posibles” (2021, 263).

La formalización que he presentado permite superar los problemas e indefiniciones de estas posiciones. En realidad, el tipo de análisis que realiza el Tribunal Constitucional Federal alemán no es una modificación (como sugiere Petersen, ni tampoco una flexibilización, como apunta Kaplow) del examen de necesidad, sino un examen con una estructura y finalidades distintas. Asimismo, las tres soluciones planteadas por Borowski son poco adecuadas: (i) hacer el análisis de la grada de necesidad sería redundante, pues como se ha mostrado, el examen de optimalidad es más estricto y permite invalidar cualquier medida que no supere el examen de necesidad; (ii) tampoco es adecuado hacer el análisis en la grada de proporcionalidad en sentido estricto, pues en realidad proporcionalidad y optimalidad son dos exámenes independientes (y el de optimalidad, como se ha visto, requiere el cálculo de un mayor número de variables), y (iii) no sería adecuado establecer una cuarta grada, pues como se ha demostrado, el examen de optimalidad ya contiene al examen de necesidad, por lo que debe hacerse es sustituir el examen de necesidad por el de optimalidad.

2.5.5 Es falso que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas

La formalización también deja en claro que es falsa la idea, planteada por Alexy, consistente en que los subprincipios de idoneidad y necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad con las posibilidades jurídicas. En realidad, como se verá, los tres subprincipios se relacionan con las posibilidades fácticas; mientras que tanto el principio de necesidad como el de proporcionalidad se relacionan con las posibilidades jurídicas.

Según Alexy, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto está relacionado con lo jurídicamente posible ya que, cuando dos principios P_1 y P_2 entran en colisión, es necesario ponderar y la realización del primer principio P_1 dependerá del segundo principio P_2 .

Esta idea es más clara si empleamos la notación que he propuesto. Recordemos que el nivel de afectación de M ($A_M = M \overleftarrow{P}_1$) mide el nivel de realización de P_1 que genera la medida (los costos), mientras que el nivel de idoneidad de M ($I_M = M \overrightarrow{P}_2$) mide el nivel de realización de P_2 que genera la medida (los beneficios). De esta forma, en caso de colisión, la realización del principio P_1 depende del principio P_2 ya que la proporcionalidad en sentido estricto implica la comparación entre el nivel

de afectación de M ($A_M = M \overrightarrow{P}_1$) y de el nivel de idoneidad de M ($I_M = M \overrightarrow{P}_2$). Mas específicamente, el beneficio que genera la medida M en términos de P_2 sólo se justificará si es mayor a la afectación que M genera en términos de P_2 .

Lo anterior implica que si $I_M > A_M$, entonces M será válida y en consecuencia el nivel de realización de P_2 (en términos de $I_M = M \overrightarrow{P}_2$) será mayor, mientras que el nivel de realización de P_1 (en términos de $A_M = M \overrightarrow{P}_1$) será menor. De la misma manera, si $I_M < A_M$, entonces M será inválida y en consecuencia el nivel de realización de P_2 (en términos de $I_M = M \overrightarrow{P}_2$) será menor, mientras que el nivel de realización de P_1 (en términos de $A_M = M \overrightarrow{P}_1$) será mayor. Es por ello por lo que Alexy tiene razón cuando afirma que la realización de P_1 depende necesariamente de P_2 (y viceversa).

Pero esto es incluso más cierto para el examen de necesidad: al comparar la medida bajo estudio M con alguna medida alternativa M' , la realización de la realización de P_1 también depende necesariamente de P_2 . Para mostrarlo, recordemos que el examen de necesidad implica considerar cuatro variables: el nivel de afectación de M ($A_M = M \overrightarrow{P}_1$), el nivel de idoneidad de M ($I_M = M \overrightarrow{P}_2$), el nivel de afectación de M' ($A_{M'} = M' \overrightarrow{P}_1$) y el nivel de idoneidad de M' ($I_{M'} = M' \overrightarrow{P}_2$). Y, más específicamente, que M será válida si no existe una medida alternativa M' tal que $I_{M'} \geq I_M$ y $A_{M'} < A_M$.

Esto implica que si se cumplen ambas condiciones ($I_{M'} \geq I_M$ y $A_{M'} < A_M$), entonces M será inválida y se deberá optar por M' , lo que generaría que el nivel de realización de P_2 sea mayor (pues $A_{M'} < A_M$) y, posiblemente, que el nivel de P_1 también lo fuese, en caso de que $I_{M'} > I_M$ (aunque no así para el caso de que $I_{M'} = I_M$). En cambio, si no se cumplen ambas condiciones, ($I_{M'} \geq I_M$ y $A_{M'} < A_M$), ni el nivel de realización de P_2 , ni el de P_1 serán mayores. Es por ello por lo que queda claro que, el igual que con la proporcionalidad en sentido estricto, el nivel realización de P_1 (en este caso, medido por $A_{M'}$ y A_M) depende necesariamente del nivel de realización de P_2 (medido por $I_{M'}$ e I_M) –y viceversa–.

Ahora bien, recordamos que Alexy sostiene que: (i) el principio de necesidad se relaciona con las posibilidades fácticas ya que implica la optimización a partir de optar por las medidas alternativas que en la realidad existen (o no optar por ninguna), esto es, de las alternativas factualmente posibles y (ii) el principio de idoneidad se relaciona con lo fácticamente posible en la medida en que implica optar entre una medida (M) y no optar por ella. Pero lo mismo podría decirse del examen de proporcionalidad en sentido estricto: ese principio se relaciona con lo fácticamente posible en tanto que implica optar por una medida (M), cuando esta supera esta etapa del test, o no optar por ella, cuando no se pasa esa grada.

Esto quiere decir que, en realidad, los tres subprincipios se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que los dos últimos subprincipios –necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– se relacionan con las posibilidades jurídicas.

2.5.6 El test no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad¹⁵³

El modelo también permite ver que el test de proporcionalidad no sólo es aplicable para todo tipo de proporcionalidad. En particular, queda claro que es una metodología de adjudicación que resulta útil para decidir casos que siguen la lógica del análisis de costo-beneficio. No obstante, en el Derecho, no todas las proporcionalidades tienen esta lógica. Me explico.

Aunque resulte un tanto obvio, es cierto cuando se habla de proporcionalidad, uno puede referirse a cosas muy distintas. En materia internacional, se habla de la proporcionalidad en el derecho de los conflictos armados y en el uso de la fuerza para referirse a la relación que existe entre un agravio y una respuesta armada por parte de un beligerante, o bien, a la relación entre el logro de un objetivo militar y el costo que genera en términos de vidas.¹⁵⁴ En materia tributaria, la proporcionalidad se refiere a la relación que debe existir entre la capacidad contributiva de una persona y la magnitud de los impuestos a pagar.¹⁵⁵ En materia electoral, la proporcionalidad alude a la relación existente entre el porcentaje de votos obtenidos por un partido y el número espacios que se le asignan en un órgano legislativo.¹⁵⁶

¹⁵³ En este apartado, retomo y refino algunas de las ideas que en su momento apunté en Martín Reyes (2021). Agradezco, en particular, a Gerardo Laveaga por la invitación a escribir sobre la proporcionalidad en materia penal, pues en dicho texto tuve la oportunidad de desarrollar preliminarmente muchas de las tesis que más adelante me servirían para formalizar y representar gráficamente los diferentes elementos del test de proporcionalidad.

¹⁵⁴ Véanse, por ejemplo, las posiciones de Gardam (1993, 391) y Hurka (2005, 34-35).

¹⁵⁵ Véanse, por ejemplo, los siguientes criterios de la SCJN: tesis sin clave, de rubro “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA” (Séptima Época, registro 388036, Sala Auxiliar, Informe 1969, pág. 45); tesis P./J. 109/99, de rubro “CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD REAL DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 192849, tomo X, noviembre de 1999, pág. 22); tesis 3a./J. 4/91, de rubro “PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. SON REQUISITOS DE NATURALEZA DISTINTA CON LOS CUALES DEBEN CUMPLIR LAS LEYES FISCALES” (*Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, registro 207061, Tercera Sala, tomo VII, febrero de 1991, pág. 60); tesis P. XXXV/2010, de rubro “PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. PARA QUE UN TRIBUTOS RESPETE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SE REQUIERE QUE EXISTA CONGRUENCIA ENTRE EL GRAVAMEN Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS SUJETOS, QUE ÉSTA ENCUENTRE RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO GRAVADO Y QUE EL HECHO IMPONIBLE Y LA BASE GRAVABLE SE RELACIONEN ESTRECHAMENTE” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 163980, Pleno, tomo XXXII, agosto de 2010, pág. 243).

¹⁵⁶ Véanse, por mencionar algunos ejemplos, la tesis LVII/98 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), de rubro “REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. EN LA INTERPRETACIÓN DE LA FÓRMULA LEGAL DE ASIGNACIÓN DEBE PREVALECER LA QUE CONDUZCA A LA MAYOR PROPORCIONALIDAD (Legislación de Chihuahua)” (tesis no vigente en virtud del acuerdo general 4/2010), así como la tesis LII/2002, de “DIPUTADOS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. REGLAS PARA SU ASIGNACIÓN A PARTIDOS POLÍTICOS O COALICIONES, CONSIDERANDO LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA SOBRRERREPRESENTACIÓN” (*Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, suplemento 6, año 2003, págs. 125-127). Este entendimiento de la proporcionalidad en el

En materia penal, la proporcionalidad expresa la relación que debe existir entre la severidad de la pena y la gravedad de la conducta criminal.¹⁵⁷ Y, como se ha visto en este capítulo, se habla de proporcionalidad para referirnos a la relación que debe existir entre los costos que genera una medida que interfiere en un derecho fundamental y los beneficios que produce en términos de la consecución de un objetivo constitucionalmente relevante (usualmente, otro derecho fundamental o principio constitucional).

Sucede, sin embargo, que términos estructurales existen al menos dos tipos de proporcionalidad. El primer tipo de proporcionalidad es el que se ha desarrollado ampliamente en este capítulo y que implica, en términos generales, un análisis de costo-beneficio. La lógica detrás de este tipo de proporcionalidad ha quedado clara: lo que se busca es maximizar la utilidad o beneficios netos, mediante la minimización de una cantidad (los costos) y la maximización de otra cantidad (los beneficios).

Este primer tipo de proporcionalidad es la que se emplea cuando se habla sobre la proporcionalidad de una afectación a los derechos fundamentales o a la proporcionalidad en el uso de la fuerza.¹⁵⁸ Así, decimos que una medida que incide en un derecho fundamental sólo se justificará si los costos de la intervención (en términos del derecho afectado) son *menores* que el beneficio que genera la medida (en términos de un objetivo constitucionalmente legítimo). No se busca, pues, que exista una relación de correspondencia entre costos y beneficios, sino que los beneficios netos sean mayores a cero (que sería una suerte de piso mínimo).

Este primer tipo de proporcionalidad se encuentran ilustrado en la gráfica 1.20, la cual ejemplifica la lógica de las restricciones a los derechos fundamentales y que no es otra cosa que el tipo de gráficas que he utilizado a lo largo de todo este capítulo. Aquí, como puede verse, la proporcionalidad se da en cualquier punto que se encuentre por debajo de la línea diagonal, esto es, cuando los beneficios (grado de satisfacción del objetivo) son más altos que los costos (grado de afectación del derecho). En la zona de proporcionalidad se encuentran las medidas B, D y E, por ejemplo. En cambio, la zona de desproporcionalidad (sombreada con gris) es aquella que se encuentra por encima de la línea diagonal, es decir, cuando los costos son más altos que los beneficios (medidas A y C). En este tipo de proporcionalidad, la línea

derecho electoral coincide con el uso que suele darse al concepto en los estudios electorales. Véase, por ejemplo, el trabajo de Gallagher (1991, 33).

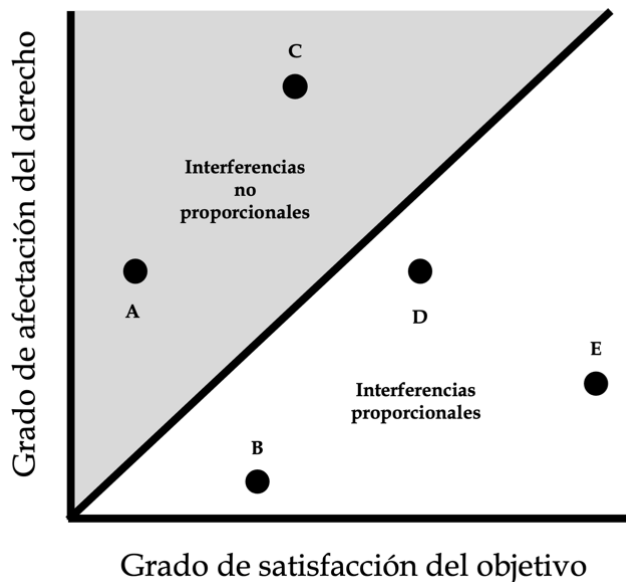
¹⁵⁷ Véase, por mencionar un solo ejemplo, el trabajo de von Hirsch (1992).

¹⁵⁸ Esa es, precisamente, la idea que apuntan Newton y May en diversas partes de su trabajo: “La proporcionalidad limita el uso de la fuerza letal dentro del ámbito de la guerra mediante un estándar relativamente fijo: el costo del uso de la fuerza letal debe ser superado por el valor de lo que la fuerza letal debe lograr, esto decir, los objetivos militares de el uso de la fuerza” (2014, 3). “Los comandantes y otros que emiten juicios de proporcionalidad solo deben determinar si su conducta se proyecta en el lado positivo del umbral que separa la conducta proporcional de la conducta desproporcional” (2014, 11).

representa una suerte de piso mínimo (o la barrera que no puede rebasarse) para que la medida sea proporcional.

Gráfica 1.20

Primer tipo: la proporcionalidad como análisis costo-beneficio



Fuente: Elaboración propia.

El segundo tipo de proporcionalidad es estructuralmente distinto. Aquí no se busca minimizar una cantidad (los costos) y maximizar otra (los beneficios). Por el contrario, lo que se busca es que exista una *relación de correspondencia* entre dos variables. Dicho de otro modo: que conforme una cantidad sube, otra cantidad también suba —y viceversa—. Ése es el tipo de proporcionalidad que resulta relevante en ciertas cuestiones de la materia penal, tributaria y electoral. Así, decimos que entre mayor sea la gravedad de la conducta criminal, mayor debe ser la severidad pena; que entre mayor sea la capacidad contributiva de una persona, mayores deberán ser los impuestos a pagar; y que entre más votos haya obtenido un partido político, mayores deberán ser sus asientos legislativos.

La gráfica 1.21 ilustra este primer tipo de proporcionalidad, echando mano de la relación (ideal) que debería existir en un punto específico de la materia penal: entre mayor sea la gravedad del crimen, mayor deberá ser la severidad pena. En este tipo, la proporcionalidad incrementa conforme un punto esté mas cerca de la línea diagonal, que representa la proporcionalidad “perfecta” (ahí se ubican las penas 1 y 3, representadas como puntos). En cambio, la desproporcionalidad se agrava conforme uno se aleja, hacia arriba o hacia abajo, de la línea (ese sería el caso de las penas 2, 4 y 5).

Gráfica 1.21

Segundo tipo: la proporcionalidad como correspondencia



Fuente: elaboración propia.

Por supuesto, en este segundo tipo de proporcionalidad, la relación no tiene que ser lineal. Basta con que se cumpla la idea apuntada: que, conforme una variable aumenta, la otra también debe aumentar; y que, si una disminuye, la otra también debe hacerlo.

Distinguir entre los dos tipos de proporcionalidad es relevante por muchas razones. Por cuestiones de espacio, apunto aquí sólo una: las metodologías de adjudicación que utilizamos para analizar una y otro tipo de proporcionalidad no son siempre compatibles. El test de proporcionalidad, por ejemplo, sólo es compatible con el primer tipo de proporcionalidad (como análisis costo-beneficio). En materia de derechos fundamentales, no se busca que las afectaciones a los derechos sean siempre iguales en magnitud a los beneficios que genera una medida (de hecho, cuando costos y beneficios son idénticos, cuando una medida se encuentra en la línea diagonal, los beneficios netos son iguales a cero y se está frente a un caso de empate). Todo lo contrario. Lo que se busca es que los costos (en términos de la afectación al derecho) los más bajos posibles y que los beneficios (en términos de fin constitucionalmente válido) sean altos de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. La proporcionalidad en materia de derechos fundamentales no busca, pues, encontrar una relación ideal o un equilibrio, sino una maximización u optimización. Y eso es precisamente lo que se busca al aplicar un test de proporcionalidad: maximizar u optimizar, en la medida de normativa y fácticamente posible, la realización de los derechos fundamentales.

Pero lo cierto es que hay tribunales constitucionales –incluida la Corte mexicana– que han empleado un test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

estricto para analizar la racionalidad de las penas. En estos casos, es paradójico que las y los jueces constitucionales con frecuencia echen mano de una metodología que busca la maximización, cuando en realidad debían evaluar qué tanto la pena se acercaba (o alejaba) de la relación ideal entre gravedad de la conducta criminal y la severidad de la pena. Este asunto se discutirá con mayor detalle en los capítulos subsecuentes. Por lo pronto, baste con decir que, en el Derecho, existen al menos dos tipos de proporcionalidad, y que la formalización que aquí he presentado permite, entre otras cosas, comprender sus diferencias estructurales.

3 A manera de conclusión

Como se ha podido ver, son muchos los beneficios que se derivan de la formalización de todo el test de proporcionalidad alexiano. Se ha visto, por ejemplo, que el test de proporcionalidad no es, como sostiene Alexy y la inmensa mayoría de la literatura, un test escalonado con tres pasos, sino la conjunción de dos exámenes independientes (proporcionalidad en sentido estricto y necesidad) y que la aplicación del test presupone la existencia de una medida que (i) incide en un derecho (afectación) y (ii) es efectiva o útil para alcanzar una finalidad legítima (idoneidad). Se ha mostrado, además, que cumplidas esas dos condiciones es necesario hacer, siempre, tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad (en ese orden preferentemente).

Se trata, como puede verse, de una aportación significativa a la teoría analítica del derecho, en la medida en que implica un apartamiento de concepciones que, aunque equivocadas, aún gozan de un amplio consenso en la doctrina y en la práctica jurisprudencial.

Asimismo, la formalización que he realizado muestra por qué el test alexiano sólo es útil para resolver ciertos planteamientos de proporcionalidad: aquellos en los que se busca maximizar una cantidad (la realización de un derecho, por ejemplo) y minimizar otra (la afectación a otro derecho). Pero el test, como he demostrado, no es una metodología adecuada cuando lo que se busca es una correspondencia entre dos variables, como sucede en materia tributaria, penal o electoral. En estos casos, la aplicación del test es un auténtico sinsentido.

Este hallazgo permite dimensionar, de mejor forma, los alcances del test, así como identificar casos en los que su aplicación es claramente inadecuada. Asimismo, creo que brinda una explicación de por qué en algunos casos los tribunales dicen que aplicarán el test de proporcionalidad, pero terminan haciendo un análisis que ignora o se aparta significativamente lo que exigirían los exámenes de afectación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el tercer capítulo proporciono algunos ejemplos específicos de la Suprema Corte en lo que sucede esto.

Pero quizá la contribución más importante de este capítulo es demostrar que, paradójicamente, el test alexiano no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Esto significa, entre otras cosas, que es errónea la tesis de Alexy consistente en que el test con sus tres exámenes (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) se deriva lógicamente de la naturaleza misma de los derechos fundamentales.

Si, como dice Alexy, (i) los principios (incluidos los derechos fundamentales) son mandatos de optimización y (ii) su versión del test no permite optimizar la

realización de los derechos, entonces (iii) la relación que existe entre la naturaleza de los derechos fundamentales y el test alexiano no es de necesidad, sino de posible incompatibilidad. El test alexiano no necesariamente garantiza lo que la naturaleza de los derechos demanda (según la teoría alexiana). Lo anterior significa que es posible rechazar aquellas posiciones que dominan la literatura especializada y que afirman que el test de proporcionalidad (con sus tres exámenes) es un metodología “necesaria” o “inevitable”.

¿Qué implicaciones tiene lo anterior? Por supuesto, uno podría alegar que, a la luz de los hallazgos que presento, la supremacía del test de proporcionalidad alexiano debe ser sustituida por la supremacía de test de maximalidad que aquí desarrollo. Finalmente podría decirse, con toda razón, que la sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad sí permite hacer compatible al test con la naturaleza de los derechos fundamentales (principios, es decir, mandatos de optimización) y sí permite alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible.

Pero asumir una posición así implicaría ignorar los muchos otros problemas que tiene el modelo alexiano. El test de proporcionalidad (al igual que el test de maximalidad) exige una serie de determinaciones nada triviales: la determinación sobre si se está frente a normas con una naturaleza de reglas o de principios; el paso de normas indeterminadas (o de textura abierta) a normas que establezcan con claridad lo que está obligado, prohibido y permitido; las determinaciones de si una medida incide o no en un derecho y de si es eficaz o no para alcanzar una finalidad; la medición del grado de afectación y de idoneidad de las medidas bajo análisis y de medidas alternativas reales o hipotéticas; así como el cálculo de todas las variables que forman parte de la estructura de las muchas variantes de la fórmula del peso.

No estamos, pues, frente a una metodología de fácil aplicación por parte de los operadores jurídicos. Incluso si se adopta una postura benévola con la teoría alexiana, habría que reconocer que el test y sus variantes son metodologías que abren márgenes de discrecionalidad tan amplios que fácilmente pueden promover la arbitrariedad. Y esto no necesariamente sucede, como se verá, con otras metodologías alternativas.

Por lo anterior, creo que es mejor adoptar una posición mucho más modesta en términos ontológicos y epistemológicos. Dados los muchos problemas y dificultades que tiene el modelo alexiano, quizá convendría entender mejor al test –sea la versión que propongo, la versión alexiana o una ponderación simple– como una de las muchas alternativas con que contamos para analizar las intervenciones a derechos fundamentales y las colisiones entre principios. Y precisamente ese es el objetivo del siguiente capítulo: presentar y evaluar las distintas alternativas metodológicas al test de proporcionalidad.

Capítulo II. De todo hay en las metodologías de adjudicación: alternativas al test de proporcionalidad

1 A manera de introducción

En el capítulo anterior he planteado diversas críticas al test de proporcionalidad que se relacionan tanto con la justificación de algunas de las premisas fundamentales de la teoría alexiana como con la estructura formal del test que defiende Alexy y gran parte de la doctrina y la jurisprudencia. Queda claro, por ejemplo, que el test de proporcionalidad, al igual que el test de maximalidad que desarrollo, exige ciertas determinaciones para las que no existe una metodología bien definida. Es cierto, por tanto, que la aplicación del test de proporcionalidad abre enormes márgenes de discrecionalidad para las y los operadores que emplean esta metodología.

Se ha visto, además, que incluso si aceptamos las premisas fundamentales de la teoría alexiana, lo cierto es que su versión del test no es útil para lograr la finalidad última planteada por el propio Alexy: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo jurídica y lo fácticamente posible. Es falso, por tanto, que la versión tradicional del test—con las gradas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, y que tanto ha permeado tanto en la teoría del derecho como en la práctica jurisdiccional, sea realmente una metodología “necesaria” o “inevitable”.

Ahora bien, más allá de los problemas que tiene el test de proporcionalidad alexiano tanto en su estructura como en su aplicación, queda una cuestión por responder: ¿hay alternativas al test de proporcionalidad alexiano? O, para decirlo de otra forma, ¿existen metodologías alternativas al test de proporcionalidad que permitan resolver los casos que Alexy define como colisiones entre derechos fundamentales?

En el presente capítulo abordo esta cuestión y analizo diversas metodologías que la doctrina y la jurisprudencia comparadas han identificado como alternativas al test de proporcionalidad. En particular, en este capítulo presentaré un análisis y una formalización, cuando ello sea posible, de las siguientes aproximaciones metodológicas: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos, (iii) los tests o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

Por supuesto, el análisis de este capítulo no tiene pretensiones de exhaustividad. Ni pretendo analizar todas y cada una de las alternativas que se plantean en la literatura especializada,¹⁵⁹ ni mucho menos realizo un análisis integral de cómo se han aplicado las metodologías analizadas en diferentes jurisdicciones. No busco, por ejemplo, explicar cómo el estándar de malicia actual o efectiva (una metodología *ad*

¹⁵⁹ Por ejemplo, no exploro algunas metodologías, usadas con mucho menor frecuencia, tales como las que han recurrido al concepto de la “esfera de lo indecible” de Ferrajoli (2008). Para un caso reciente, proveniente de la jurisprudencia mexicana, véase el trabajo de Aguiar Reynoso y Contreras Medrano (2020).

hoc) se ha aplicado en todos los países que han importado el estándar, como tampoco pretendo explicar cómo los escrutinios ordinario, intermedio y estricto operan en todas las materias en las que la Corte Suprema estadounidense los ha empleado. En este capítulo me concentro en algunas de las metodologías que mayor fuerza tienen tanto en la doctrina como en la práctica de otros tribunales.

Asimismo, es importante notar que estas metodologías alternativas no están exentas de complicaciones. Al igual que el test de proporcionalidad, se trata de metodologías que tienen ventajas y desventajas en diferentes planos. A lo largo de la exposición se irán anotando varias de ellas, pero desde ya conviene precisar que el propósito de este capítulo no es sugerir que existe una metodología alternativa que sea superior al test o a las otras. Simplemente pretendo dar elementos adicionales para defender la tesis de que el test de proporcionalidad no es, ni de cerca, una metodología inevitable o sin rivales serios en la adjudicación constitucional.

En este capítulo haré una comparación entre la estructura del test de proporcionalidad y el resto de las metodologías de adjudicación alternativas. En la medida de lo posible, presentaré una formalización de estas metodologías, a fin de poder identificar de una mejor forma sus similitudes y diferencias con el test alexiano. Este ejercicio, como se verá a lo largo del capítulo, también servirá para echar una luz renovada sobre diversas cuestiones discutidas por la doctrina.

En términos generales, defenderé las siguientes tesis:

- (1) Existen algunas metodologías que son claramente alternativas al test de proporcionalidad en la medida en que parten de concepciones distintas de los derechos y que apuestan por su delimitación como forma de evitar conflictos. Este sería el caso de algunas teorías absolutas del contenido esencial.
- (2) Existen otras metodologías que son alternativas y que aceptan la posibilidad de que existan conflictos entre derechos pero que los resuelven a partir de parámetros que prescindan de los exámenes del test de proporcionalidad. En este supuesto podríamos ubicar a la teoría de los casos paradigmáticos.
- (3) Existen, asimismo, aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ni procedimientos estandarizados para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos. Ese sería el caso de las metodologías *ad hoc*.
- (4) Existen otras metodologías alternativas que, aunque comparten algunos elementos del test de proporcionalidad, lo cierto es que también presentan

diferencias estructurales e incorporan exámenes de una naturaleza distinta a los del modelo alexiano. Este es el caso de los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense.

- (5) Existen metodologías que pueden ser consideradas simplemente como uno de los exámenes del test de proporcionalidad. Específicamente, la ponderación simple (o *balancing*) es formalmente equivalente al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En esta medida, la ponderación es una alternativa al test sólo en la medida en que pueden resolver conflictos entre derechos prescindiendo de uno de los elementos del test (el examen de necesidad).

2 Las teorías del contenido esencial de los derechos

2.1 Una distinción necesaria: las teorías absolutas y relativas del contenido esencial de los derechos

Una de las alternativas más claras al test de proporcionalidad son algunas teorías que recurren al concepto del “contenido esencial” de los derechos fundamentales.¹⁶⁰ El debate sobre este concepto ha sido vigoroso en ciertas jurisdicciones,¹⁶¹ sobre todo en aquellas en las que sus respectivos textos constitucionales la reconocen expresamente.

La que probablemente ha generado mayor discusión la referencia expresa que hay la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que en su artículo 19(2) señala literalmente lo siguiente: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.¹⁶²

¹⁶⁰ Enfatizo que sólo algunas teorías que recurren a la noción de “contenido esencial”, “núcleo esencial” o “núcleo duro” son efectivamente alternativas al test de proporcionalidad ya que –como no es sorprendente– estamos frente a concepto(s) ambiguo(s). Hay autores, como Hinojo Rojas (1996, 499) que emplean el concepto de “núcleo esencial” no para el núcleo de derechos en específico, sino para referirse a un conjunto de derechos que constituirían el núcleo esencial de *todos* los derechos humanos. Para este autor, el “núcleo esencial” o “núcleo duro” se encuentran el derecho a la vida; el derecho a la libertad y a la seguridad personal; el derecho a no estar sometido a esclavitud ni servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica”.

¹⁶¹ De acuerdo con Petit Guerra (2016, 197) las siguientes constituciones o cartas de derechos recogen expresamente el concepto de “contenido esencial”: Albania (art. 17.2), Alemania (19.2), Argentina (28), Chile (19.26), Eslovaquia (13.4), España (53.1), Estonia (11.2), Hungría (8.2), Kirguistán (17.2), Moldavia (54.2), Polonia (30.3), Portugal (18.3), República Checa (4.4), Rumania (a49.2), Suiza (36) y Turquía (13). No obstante, este trabajo es un extraordinario ejemplo de cuán elusivo puede ser el concepto y su aplicación a ordenamientos concretos. Baste con decir que el artículo 28 de la Constitución argentina no hace referencia textual alguna al núcleo duro: “Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. De hecho, este artículo ha sido interpretado por buena parte de la doctrina argentina como la base constitucional del principio de proporcionalidad (o razonabilidad, como le denominan algunos autores). Por ejemplo, Bouzat (2016, 177) señala que el principio de razonabilidad (o proporcionalidad) “brinda un estándar más preciso a legisladores y jueces para determinar el límite a la reglamentación de los derechos constitucionales establecidos en el art. 28. El principio de razonabilidad constituye una garantía constitucional que exige que las leyes guarden una adecuada proporcionalidad entre el medio escogido y el fin que se propone alcanzar. El mismo es una creación jurisprudencial y doctrinaria que si bien está inspirada en el principio de debido proceso legal sustantivo del derecho constitucional norteamericano se identifica más con el principio de proporcionalidad del derecho constitucional alemán y español”. Y contrástese la redacción de la Constitución argentina con el artículo 19.26 de la Constitución chilena, en la que sí hay una referencia expresa al concepto: “La seguridad de que 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 a los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

¹⁶² Echo mano de la traducción al español realizada por Ricardo García Machado y Karl-Peter Sommermann, así como la traducción al inglés, realizada por Christian Tomuschat, David P. Currie,

E igualmente importante para el mundo hispánico ha sido el hecho de que el artículo 53 de la Constitución española reconoce expresamente el concepto de “contenido esencial” en los siguientes términos:

“Artículo 53

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

Sin embargo, se trata también de una teoría que ha sido trasladada a otros sistemas jurídicos, incluso en aquellos casos en los que sus respectivas constituciones no reconocían expresamente el concepto del “contenido esencial”. Ese sería el caso, por ejemplo, de Colombia.¹⁶³

Ahora bien, ¿qué suele entender la doctrina por contenido esencial? De acuerdo con Ignacio de Otto, constituye una suerte de “límite a los límites” a los derechos fundamentales”. Pero no todas las teorías que recurren al concepto de contenido esencial comparten los mismos supuestos. Desde aquí conviene comenzar a hacer algunas distinciones relevantes, especialmente entre las teorías “absolutas” y “relativas” del contenido esencial.

Como explica Petit Guerra (2016, 195), las teorías absolutas parten “del supuesto que cada derecho fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador en forma alguna, es decir, que existan ‘los elementos mínimos que hacen al Derecho reconocible’”. Esta concepción implica que los derechos también tendrían una suerte de contenidos “no esenciales” (o blandos), que sí podrían ser sujetos de intervención o restricción, a diferencia de los contenidos “esenciales” (o duros), que no admitirían ningún tipo de intervención. Como apunta Pereira Otero (2014, 72), estas teorías de los derechos fundamentales

“arrancan afirmando la posición nuclear que contiene cada uno de ellos, cuya periferia es afectable por las interferencias del poder, mientras que su núcleo duro es refractario a cualquier embate al poder, por estar constituido de sus elementos esenciales, sin los cuales perdería identidad; así el núcleo esencial garantiza el objeto del derecho, impidiendo su desaparición, anulación, destrucción o desnaturalización”.

Donald P. Kommers y Raymond Jerr, publicadas ambas por el Parlamento alemán. La traducción al inglés del artículo 19 (2) es la siguiente: “*Article 19 [...] (2) In no case may the essence of a basic right be affected*”.

¹⁶³ Como apunta Pereira Otero (2014, 73), la teoría del contenido esencial de los derechos “ha sido replicado por la jurisprudencia constitucional colombiana en importantes providencias de tutela y de constitucionalidad, siendo la primera, la sentencia C-556 de 1992, en la cual se examinaba la constitucionalidad de algunos decretos legislativos en Estados de excepción”.

Como se puede ver, las teorías absolutas sostienen que el contenido esencial es una suerte de “parte intocable”, por lo que “cualquier afectación al respecto sería ilícita”, mientras que en su parte “blanda” o “contingente” sí es posible “establecer restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas” (Pereira Otero 2014, 79).¹⁶⁴

En cambio, las teorías “relativas” serían las que postulan que el núcleo duro no es intocable. Como apunta el propio Pereira Otero (2014, 79), estas teorías entienden “que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo, sino determinable sólo casuísticamente en atención de las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho afectado como para el bien protegido a través de su delimitación”.

Como puede verse, este tipo de teorías relativas no son genuinamente alternativas a la ponderación (o al test de proporcionalidad). Todo lo contrario. De hecho, parecería que lo que se afirma es que el núcleo duro es precisamente un producto posterior del ejercicio de ponderación, o bien, que se trata de la misma cosa. Según el propio Pereira Otero (2014, 79), en las teorías relativas, “el núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental”.

Así lo ha entendido también parte de la doctrina alemana. Como apuntan, Bumke y Voskuhle (2019, 70),

“[d]e acuerdo con la teoría relativa, la pregunta sobre si el contenido esencial de un derecho ha sido infringido sólo puede ser contestado mediante la ponderación de las normas constitucionales en competencia, tomando en consideración todas las circunstancias del caso individual. De acuerdo con esta teoría, no hay una diferencia entre la garantía de la esencia y el principio de proporcionalidad”.

E incluso el propio Alexy describe así a las teorías relativas del contenido esencial:

¹⁶⁴ Por supuesto, incluso las teorías relativas del contenido esencial deben hacerse cargo de la siguiente cuestión: ¿cuáles son los parámetros que permiten determinar si una intervención en el contenido no esencial de un derecho fundamental es válida o no? Algunos autores sostendrían, incluso, que este parámetro no es otro que el test de proporcionalidad. No entro en este (interesante) debate, pues lo que me interesa es explicar las metodologías que son *alternativas* al test de proporcionalidad, y no aquellas que, de algunas u otra forma, terminan incorporándolo.

“Según estas [teorías relativas del núcleo esencial], una limitación a un derecho fundamental toca el núcleo esencial siempre que sea desproporcionada, es decir, inadecuada, innecesaria o desproporcionada en sentido estricto”.¹⁶⁵

Por tanto, para efectos de este trabajo lo que más interesa son las teorías absolutas del núcleo duro, en la medida en que se trata de sólo esta concepción la que representa una auténtica alternativa al test de proporcionalidad. O, para decirlo en palabras de Bumke y Voskuhle (2019, 70), interesa analizar teorías del contenido esencial, en tanto ellas asumen que

“la interferencia con el componente esencial de un derecho debe ser juzgado independientemente del conflicto normativo existente, y que esta situación debe ser analizada en sus términos. La garantía [del contenido esencial] protege una parte de un ‘derecho fundamental’ independientemente de cómo una interferencia es juzgada de acuerdo con el principio de proporcionalidad”.

Antes de continuar con la exposición, conviene enfatizar que las teorías absolutas han perdido peso con el paso del tiempo. Buena parte de la doctrina y de la práctica jurisdiccional ha terminado por optar por las teorías relativas del contenido esencial o, de plano, dejando a un lado el concepto y optando por el principio de proporcionalidad. Ese parece ser el caso de Alemania y España. Así lo explican estos mismos autores (2019, 69):

“En la práctica constitucional, la garantía [del contenido esencial] no tiene importancia. El Tribunal Federal Constitucional incluso pudo contestar la pregunta relativa a si la cadena perpetua era constitucional [...] sin invocar la garantía [...]. La Corte pudo hacer esto gracias al principio de proporcionalidad. Las interferencias con derechos fundamentales que violen este principio no necesitan ser medidas conforme al contenido esencial, y las que pasen el test de proporcionalidad son también compatibles con la garantía de esencialidad. En todo caso, no hay ningún ejemplo de una interferencia proporcional que viole el art. 19, párr. 2 [de la Ley Fundamental alemana]. El debate sobre el significado preciso de esta disposición es, por tanto, altamente abstracto”.

En sentido similar, Rubio Llorente¹⁶⁶ señala, refiriéndose al caso español, lo siguiente:

¹⁶⁵ “According to these [relative theories of the essential core], a limitation of a constitutional right touches the essential core whenever it is disproportionate, that is, if it is unsuitable, unnecessary, or disproportionate in the narrow sense” (Alexy 2002a, 76).

¹⁶⁶ De hecho, Rubio Llorente fue particularmente crítico de la incorporación del concepto en la Constitución misma. En sus palabras, el “contenido esencial de los derechos y libertades” es “un concepto jurídico indeterminado, muy alejado de nuestras tradiciones y cuya determinación por el juez constitucional es una tarea nada simple y que arroja sobre los integrantes de nuestro futuro Tribunal Constitucional una carga tremenda de responsabilidad” (Rubio Llorente 1997, 56).

“El Tribunal Constitucional ha de invocar [la figura del contenido esencial] de manera constante porque está en la Constitución, pero ni esta presencia facilita su tarea, ni el resultado de ésta se vería afectado por su desaparición si con ella no desapareciera también la jurisdicción constitucional. Es, en cierto sentido, una mera figura retórica [...]”.

Desde este mirador, las teorías relativas del contenido esencial no proporcionan una alternativa metodológica al test de proporcionalidad. Y queda claro, asimismo, que la práctica de los tribunales constitucionales español y alemán parece haber abandonado, en buena medida, el empleo del concepto, al menos como una genuina alternativa al test de proporcionalidad.

La pregunta, entonces, es si dentro de la doctrina es posible encontrar una teoría absoluta del contenido esencial que, además de distinta al test alemán, proporcione una metodología de adjudicación alternativa y viable. Quizá la propuesta más estructurada y ambiciosa que se ha hecho en años recientes sea la teoría absoluta de Juan Antonio García Amado (2016), quien recientemente ha planteado una metodología alternativa al test alexiano.

2.2 La teoría (absoluta) de García Amado: una tipología de derechos fundamentales

La propuesta de García Amado (2016, 38-45) parte de una concepción alternativa de los derechos, para lo cual traza “una tipología de los derechos fundamentales, de la clase de objeto o bien por cada tipo protegido”, además de especificar la forma en que se articula la protección de este tipo de derecho. ¿En qué consiste esta tipología? A continuación, sintetizo esta tipología.

Para García Amado (2016, 38-45), son cuatro clases o tipos de derechos fundamentales. En primer lugar, existen derechos de exclusión o derechos-excepción (*derechos-E*). Son derechos cuyo objeto está “normativamente” construido o delimitado. Lo que se delimita (normativamente) es el “contenido positivo mismo del derecho, el propio objeto del derecho”. Sin esta delimitación, “el objeto mismo del derecho no existe, carece de consistencia o no es utilizable jurídicamente”. De esta forma, el ámbito de protección del derecho es un “ámbito resguardado frente a cualquier intromisión, pues toda intromisión en él se considerará atentatoria contra ese derecho”.¹⁶⁷ Algunos ejemplos de este tipo de derechos son los siguientes: “derecho a la intimidad, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al honor”.

En segundo lugar, existen derechos inclusivos o derechos-regla (*derechos-R*). El objeto de estos derechos es una “actividad ‘natural’”, esto es, “un objeto ‘primario’ o prenormativo”, tales como “expresarse, moverse por el territorio, tener ideas,

¹⁶⁷ Énfasis añadido.

opiniones y pensamientos". En estos casos "lo que normativamente hay que definir son los límites al ejercicio de semejantes actividades 'naturales' o espontáneas". Por tanto, aquí lo relevante es "ver cuáles son las excepciones que operan frente a tales libertades, constituyendo las fronteras de su ejercicio". García Amado ofrece un ejemplo: "el respeto al honor ajeno [un derecho-E] funciona como excepción y límite a la libertad de expresión [un derecho-R], pues de esa especie de recinto o ámbito constituido por el honor de cada cual queda excluida toda limitación".

En tercer lugar, existen derechos a un hacer positivo del Estado (*derechos-A*). Este tipo de derechos "requieren una actividad concreta o prestación del Estado". De esta forma, el "objeto" del derecho – "a lo que la correspondiente norma da derecho" – es justamente "a un *resultado* de esa actividad o prestación". Por lo anterior, "sin esa actividad o prestación y su correspondiente resultado, no son operativos, pues no tiene otra virtualidad". Dentro de este tipo de derechos estaría, por ejemplo, el derecho del detenido a ser informado de sus derechos y de la razón de la detención.¹⁶⁸ De acuerdo con García Amado, este tipo de derechos "no están limitados por la concurrencia de otros derechos que se doten de contenido por relación a ellos". En estos casos, el único contenido –y, por ende, también su contenido esencial– lo constituye la obligación de hacer por parte del Estado.¹⁶⁹

En cuarto lugar, existen los derechos a una omisión o abstención del Estado (*derechos-O*). Este tipo de derechos "exigen omisiones del Estado", esto es, le imponen la obligación de "abstenerse de determinadas cosas". No son la "secuela o reverso de obligaciones de hacer, sino de derechos fundamentales que comprometen al Estado directamente con un deber de omitir ciertas acciones o actividades". Entre los derechos que entrarían dentro de esta categoría estarían, de acuerdo con García Amado, el derecho a no ser obligado a declarar, el derecho a no ser torturado, así como los derechos a que no se aplique como pena ni la pena de muerte ni los trabajos forzados.

¹⁶⁸ García Amado proporciona otros derechos de este tipo, contemplados en la Constitución española: (i) Derecho a que estén orientadas hacia la reinserción social y a la reeducación tanto las penas privativas de la libertad como las medidas de seguridad; (ii) derecho a la tutela judicial efectiva o a derecho al debido proceso, y (iii) derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, en el que se informe sobre las acusaciones y ante un juez ordinario predeterminado por la ley.

¹⁶⁹ Es por ello que, de acuerdo con García Amado (2016, 38-45), "someter estos derechos a ponderación y consiguiente derrota cuando otros pesan más supondría algunas consecuencias realmente nefastas y aborrecibles: Siempre que aquí se traigan a colación otros derechos o principios contra estos derechos-A, será con la intención de que el respectivo derecho-A sea derrotado y, con ello, de exonerar, en el caso, al Estado del cumplimiento de esa obligación que constituye el contenido esencial y único del correspondiente derecho fundamental".

2.3 Las relaciones entre los diferentes tipos de derechos

Ahora bien, ¿cuáles son las relaciones entre este tipo de derechos? García Amado (2016, 38-45) explica algunas relaciones relevantes. Por una parte, los derechos regla (derechos-R) son limitados por los derechos excepción (derechos-E). Esto es así porque los derechos-R “tienen en principio un campo amplísimo, que abarca toda la extensión de una actividad ‘natural’, como expresarse [o] moverse”. Por ejemplo, el campo de la libertad de expresión (un derecho-R) “viene dado por todas y cualesquiera expresiones” que una persona pueda decir. Pero ese amplio campo (que no tiene, en principio, límites) se le “extraen trozos al dotar de campo propio a otros derechos”. Por ejemplo, el derecho al honor ajeno (derecho-E) “resta” a ese campo inicial del derecho a la libre expresión (un derecho-E). Así pues, parecería que, en estos casos, la adjudicación constitucional debe proceder de la siguiente forma: primero determinar el campo “inicial” del derecho-R; posteriormente delimitar el campo de todos los derechos-E que sean relevantes para el campo del derecho-R; para finalmente estar en condiciones de determinar el campo “restante” o “final” del derecho-R.

Por otra parte, los derechos excepción (derechos-E), no son limitados por los derechos-R. Un derecho-E, como el derecho al honor, “no tiene un campo o ámbito en principio específico que se vea restringido o recortado por el alcance de otro derecho”. Se trata, por así decirlo, de una suerte de campo “autónomo”, en la medida en que “el campo de un derecho-E es precisamente aquel que resulta inmune a o se define como protegido frente al ejercicio de otro derecho”. Para usar un ejemplo del propio García Amado: “No es que la libertad de expresión limite el derecho al honor, sino que el derecho al honor es lo que pone límite a la libertad de expresión”. Por tanto, parecería que, en el proceso de adjudicación constitucional, la delimitación del campo de un derecho-R puede realizarse de manera autónoma (o, al menos, sin la necesidad de determinar el campo de otros derechos R).

Debido a lo anterior, un conflicto entre un derecho-R (como la libertad de expresión) y un derecho-E (como el honor) se resuelve mediante una subsunción, esto es, verificando si los hechos probados del caso pueden subsumirse bajo la “norma protectora” del derecho-E (el honor). En caso de que esto sea así, entonces podrá concluirse que se está frente a un “ejercicio ilegítimo” del derecho-R (esto es, de la libertad de expresión). En palabras de García Amado, en una situación como la descrita, el “derecho-E [el honor] vence en el conflicto, sin que haya más que ponderar o valorar”. Se trata, por tanto, de una protección que podría calificarse de absoluta, en la medida en que “nunca se va a afirmar que el honor sufrió daño, pero que ese daño queda compensado por el peso que en el caso tiene la libertad de expresión”. Más precisamente aún, para García Amado, en general puede decirse que “los derechos-E son derechos absolutos, pues no admiten afectación negativa en el ámbito que los define y les da sentido”.

Tratándose de derechos a un hacer positivo del Estado (derechos-A), de acuerdo con García Amado, por lo general no se está frente a casos de “conflictos entre derechos fundamentales”. Dicho de otro modo, en este caso “los conflictos jurídicos se suscitan únicamente por referencia a los mismos y a la interpretación de sus normas”. Por ejemplo, el derecho de una persona a ser informado de los motivos de la detención “dependerá en su modo de concretarse [,] de cuál se interprete que debe ser esa información que se [l]e dé y cómo, pero no admite excepción en razón del alcance de otro derecho que de esa manera se esté delimitando”. Por tanto, parecería que, en el proceso de adjudicación constitucional, el contenido del derechos-A también puede determinarse de manera autónoma (esto es, sin referencia a derechos de otro tipo).

Finalmente, en el caso de los derechos a una omisión o abstención estatal (derechos-O), de nueva cuenta estamos frente a derechos absolutos. Se trata de derechos que, en términos de la propuesta de García Amado, no pueden ser derrotados o ponderados frente a otros derechos o principios. De igual forma, en el proceso de adjudicación constitucional, parecería que el contenido de los derechos-A (al igual que el de los derechos-O) puede ser determinado sin referencia al contenido de otros derechos.

2.4 Alcances y límites de la teoría absoluta de García Amado

La de García Amado es, como puede verse, una tipología de derechos que en buena medida apuesta por la delimitación de los derechos fundamentales, como una estrategia para evitar posibles colisiones entre derechos. Asimismo, en esta teoría la principal herramienta para la adjudicación de casos es la subsunción (y no la ponderación). En términos generales, lo que busca García Amado es evitar la posibilidad de que, vía ponderación, cualquier derecho pueda ser derrotado y, con ello, admitir afectaciones al “mismísimo núcleo de significado de esa norma o, dicho de otro modo, en la esencia palmaria de ese derecho”.

De hecho, como apunta el propio García Amado, tres de los cuatro tipos de derechos fundamentales (los derechos-E, derechos-A y derechos-O) son absolutos, en la medida en que una vez que se ha delimitado “el contenido o alcance ese bien mediante la interpretación de la respectiva norma iusfundamental, *no admiten que pueda ser constitucionalmente legítimo ningún daño a dicho bien o contenido esencial y definitorio del derecho*”. De esta forma, la resolución de casos que involucran a este tipo de derechos se resuelve mediante la interpretación y la subsunción.

García Amado echa mano del ejemplo de la tortura para ilustrar lo anterior. Para saber si un hecho *H* puede calificarse o no como tortura, un operador jurídico deberá, mediante la interpretación de las disposiciones constitucionales relevantes, determinar cuáles son las “características definitorias” (C_1, C_2, \dots, C_n) de los supuestos de tortura. Posteriormente, deberá verificar si *H* cuenta o no con dichas

características (C_1, C_2, \dots, C_n). Si la respuesta es afirmativa, entonces es posible subsumir H bajo el supuesto de tortura. Y ahí habrá terminado la tarea del operador jurídico. El derecho a no ser torturado, bajo esta concepción, sí es un derecho absoluto.

Asimismo, conviene precisar que, bajo esta concepción, los derechos son absolutos en un segundo sentido: el contenido esencial de un derecho D no cambia dependiendo de las características particulares de los litigantes. En palabras de García Amado, “[n]o puede haber un núcleo esencial de D distinto para sujeto o grupo social, sino un único núcleo esencial con validez para todos”.

Finalmente, habría que decir que esta es una teoría en la que no existen contenidos “no esenciales”. Aunque García Amado constantemente señala que en su teoría “los derechos fundamentales sí son absolutos, sí ofrecen protección absoluta: cada uno protege absolutamente lo que constituye su núcleo o contenido esencial”, lo cierto es que, al menos en el caso de los derechos-E, derechos-A y derechos-O, el contenido del derecho y el contenido esencial del derecho son lo mismo.

¿Qué valoración puede hacerse de la teoría de García Amado? En primer lugar, habría que decir que, al menos en su trabajo de 2016, García Amado no termina de explicar por qué no es posible que exista un conflicto entre los derechos absolutos (o sus núcleos o contenidos esenciales, con la salvedad que ya se ha apuntado).¹⁷⁰ Y esto, a final de cuentas, es una ausencia importante, pues parecería que nada impide que se presenten colisiones o antinomias entre los tres tipos de derechos que él denomina como absolutos: los derechos-E, derechos-A y derechos-O.

Un ejemplo sirve para ilustrar lo anterior. Supongamos que, frente a la pandemia por la COVID-19, el estado impone como medida la vacunación obligatoria para toda población. Se trata, como es claro, de una medida que busca garantizar un derecho fundamental: la salud individual y colectiva de la población. Y, al mismo tiempo, se trata de una medida que podría afectar otro derecho fundamental: la integridad física.¹⁷¹

¹⁷⁰ García Amado (2016, 38-45) dice abiertamente que esa es una cuestión pendiente de respuesta: “¿[Y] en caso de conflicto entre esos derechos [absolutos] o sus núcleos o contenidos esenciales? ¿No tendrá necesariamente que verse uno de ellos limitado por el otro? No. Pero para explicarlo tendríamos que retornar a la tipología de los derechos y a las maneras en que pueden surgir o no conflictos entre los derechos de uno y otro tipo, aun partiendo que, como ya he señalado, los conflictos entre derechos fundamentales no son la regla, sino la excepción muy puntual, cuando nuestros tribunales deciden sobre derechos fundamentales y cuando nuestro [tribunal constitucional] resuelve recursos de amparo. Pero sobre cuándo y qué tipo de derechos puede haber conflicto genuino y sobre si alguna vez y por excepción puede ser un método útil y no el perfecto subterfugio para un activismo judicial malévolamente encubierto habrá que escribir otro día”.

¹⁷¹ La doctrina española reconoce que la vacunación obligatoria incide en dicho derecho. Véase, por mencionar un ejemplo relativamente reciente, el trabajo de Ruiz Sáenz (2011, 171), quien señala que “en el caso de la vacunación obligatoria, a controversia tiene lugar entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física”.

En la tipología de García Amado, el derecho a la protección individual y colectiva de la salud sería un derecho-A, en la medida en que se trataría de un derecho a un hacer positivo del Estado y que requiere de una acción concreta o prestación: en este caso, a todas las medidas concretas para aplicar vacunas a la población, de tal forma que se reduzcan los contagios y de esta forma se proteja el derecho a la salud de la población. Por otra parte, el derecho a la integridad física sería, en la tipología de García Amado, un derecho-O, ya que dicho derecho exigiría una omisión o abstención del Estado: específicamente la de no tomar ninguna acción, como la vacunación forzada, en contra de la voluntad de las personas, o bien, la de no disponer del cuerpo de las personas.

El problema es que, como puede verse, el ejemplo mencionado implica la posible colisión entre un derecho-A y un derecho-O, es esto es, dos tipos de derechos que en la teoría de García Amado tendrían un carácter absoluto. ¿Cómo habría que resolver este tipo de casos o conflictos? Por desgracia, parece que esta teoría, al menos en su desarrollo actual, no permite dar una respuesta a este tipo de problemas que distan mucho de ser hipotéticos.¹⁷²

En segundo lugar, la teoría de García Amado parece tener un riesgo por demás alto: la limitación excesiva de los derechos-R mediante la ampliación de los derechos-E. Si, como él afirma, los derechos-E “extraen trozos al dotar de campo propio a otros derechos” y por lo tanto sus campos resultan “inmunes” frente al ejercicio de otros derechos, entonces sería posible reducir muy significativamente el alcance de cualquier derecho-R (como la libertad de expresión) mediante el ensanchamiento del campo de un derecho-E (como el derecho al honor).

De esta forma, creo que nada impide que, por la vía de la interpretación constitucional o de la concreción legislativa, se expandan de manera notable los alcances al derecho al honor – por ejemplo, para incluir una prohibición absoluta de publicar en la prensa notas negativas o insultantes sobre funcionarios públicos –, lo cual generaría limitación extraordinariamente alta y seguramente inaceptable en prácticamente cualquier democracia constitucional. De nuevo, este tipo de

¹⁷² Ruiz Sáenz (2011, 176) proporciona el siguiente ejemplo, en el cual, ante un brote de sarampión, un juzgado administrativo ordenó la vacunación forzosa de niños en contra del deseo de sus padres: “con fecha 24 de noviembre de 2010, en una decisión sin precedentes en España, el Juzgado de lo contencioso administrativo no 5 de Granada, ante la existencia de un brote de enfermedad de sarampión en la ciudad de Granada y solicitada vacunación forzosa por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, resolvió autorizar la vacunación forzosa de 35 niños cuyos padres se habían negado a vacunarlos o no habían cumplimentado el requerimiento de recibir la dosis de la vacuna, amparando su decisión en la regulación contenida en la LOMESP [Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública]. Se produce en el presente supuesto [...] una confrontación entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física amparado en el artículo 15 de la CE [Constitución Española]”.

iniciativas no son meramente hipotéticas, para las cuales la teoría de García Amado desafortunadamente parece no dar una respuesta satisfactoria.¹⁷³

En tercer lugar, no queda claro que la tipología de García Amado sea adecuada para poder abarcar y articular las diferentes dimensiones que tienen los derechos humanos. Para García Amado, un derecho fundamental D tiene distintas dimensiones (en su notación: d^{1D} , d^{2D} , ... , d^{nD}) que se acogen todas bajo la etiqueta de D . Por ejemplo, sigue García Amado, el “derecho a la libertad religiosa abarca cosas tales como mi derecho a creer algún credo religioso, el que sea, o en ninguno, mi derecho a realizar gestos o portar objetos que den testimonio de mi fe, mi derecho a participar en los cultos y ritos propios de mi fe, etc.”.

El problema con la posición de García Amado, sin embargo, es que hay derechos que tienen dimensiones de naturaleza distinta y que eventualmente pueden entrar en tensión. Retomo el ejemplo de las vacunas contra la COVID-19 y me concentro ahora en el derecho a la salud. Diversos tribunales constitucionales han reconocido que el derecho a la protección de la salud tiene dimensiones tanto individuales como

¹⁷³ Véase, por ejemplo, el caso de una diputada local en México, que propuso la expedición de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen del Estado de Sonora. La propuesta de redacción del artículo propuesto señalaba literalmente lo siguiente: “la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana”.

colectivas,¹⁷⁴ amén de que incluye tanto acciones positivas como negativas por parte del Estado.¹⁷⁵

Pues bien, si una autoridad estatal ordenara una campaña de vacunación obligatoria contra la COVID-19 y una o más personas se niegan a ser vacunados, es claro que podría existir una tensión entre el derecho de los pacientes a rechazar tratamientos (una dimensión individual del derecho, que exige una omisión por parte del estado y que en la tipología de García Amado sería un derecho-O) y la obligación estatal de prevenir las enfermedades (una dimensión colectiva del derecho a la salud, que exige acciones positivas estatales y que sería un derecho-A). De nuevo, estaríamos frente un conflicto de entre dimensiones de un derecho que, de acuerdo con la tipología de García Amado, tendrían un carácter absoluto. ¿Cómo se resolvería del caso? La teoría, al menos en su estado actual, desafortunadamente no nos brinda una respuesta.

Podría decirse, en resumidas cuentas, que la teoría absoluta de García Amado es quizá uno de los esfuerzos más ambiciosos para ofrecer una alternativa a la concepción alexiana de los derechos humanos y del test de proporcionalidad. Se trata, para decirlo pronto, de una teoría que plantea la delimitación de los derechos fundamentales y no por su ponderación; que trata de evitar las colisiones entre derechos; que apuesta por la interpretación y la subsunción, y que rechaza la ponderación entre derechos. En el corazón de esta teoría está una tipología entre

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, el siguiente criterio sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la tesis con el rubro “EXCUSA ABSOLUTORIA. EL ARTÍCULO 199, PÁRRAFO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, AL ESTABLECERLA PARA LOS FARMACODEPENDIENTES, VIOLA EL DERECHO A LA SALUD (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 20 DE AGOSTO DE 2009)” (P. VII/2010, registro 165258, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXI, febrero de 2010, pág. 19). En dicho criterio, la Corte sostuvo lo siguiente: “El derecho a la salud está integrado por diversas acciones positivas y negativas por parte del Estado, entre las que destacan: 1) la obligación de prevenir la existencia de enfermedades, y 2) cuando no se ha podido prevenir la enfermedad, debe garantizar el tratamiento y, en caso de que el padecimiento lo permita, la rehabilitación del enfermo, para lo cual no puede obstaculizarla. Esto implicaría que como parte del derecho a la salud debe entenderse que un enfermo tiene el derecho a ser tratado con dignidad, pues de lo contrario no se lograría su rehabilitación, violando así el contenido básico del propio derecho. Cabe destacar, que el derecho a tratamiento (rehabilitación) comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de auxilio en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia. La lucha contra las enfermedades tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra enfermedades infecciosas, pero en ningún caso, la prevención, tratamiento y lucha de enfermedades puede utilizar como vía para lograr otros fines del derecho penal, por compleja o estigmatizada que sea la enfermedad relacionada con el comportamiento del individuo”.

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, el siguiente criterio sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia mexicana en la jurisprudencia con el rubro “DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. DIMENSIONES INDIVIDUAL Y SOCIAL” (1a./J. 8/2019 (10a.), registro 2019358, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 63, febrero de 2019, tomo I, pág. 486).

diferentes tipos de derechos que tienen el carácter de absolutos (derechos-E, derechos-A y derechos-O), mientras que otros tienen un carácter residual (derechos-R).

Aunque en efecto parece una teoría que parece tener la virtud de delimitar el contenido de los derechos para así evitar colisiones o conflictos entre ellos, lo cierto es que, en su estado actual de desarrollo, presenta al menos tres grandes problemas: (i) su aparente incapacidad de procesar casos en los que exista un conflicto entre dos derechos distintos que tengan el carácter de absolutos, (ii) el riesgo de que derechos como la libertad de expresión (un derecho-R) sea limitado muy severamente por la ampliación de derechos como el honor (un derecho-E) y (iii) su aparente incapacidad de resolver casos en los que entran en tensión distintas dimensiones que, pese a ser parte de un mismo derecho, tienen una naturaleza distinta conforme a la propia clasificación de García Amado.

3 La teoría de los casos paradigmáticos

En diversos trabajos, José Juan Moreso ha defendido una alternativa a la ponderación alexiana para resolver conflictos entre derechos.¹⁷⁶ El punto de partida para Moreso es la existencia de dos concepciones de la racionalidad práctica, que resultan incompatibles entre sí y que se traducen igualmente en dos formas de aplicar las normas que establecen derechos fundamentales. Las explico brevemente a continuación.

3.1 La concepción subsuntiva o especificacionista

La primera concepción de la racionalidad práctica es la que Moreso (2006, 15) denomina “subsuntiva” o “especificacionista”. Esta concepción busca “reconstruir adecuadamente las pautas que han de guiar nuestra conducta y una vez realizada dicha operación de delimitación de nuestras pautas, aplicarla al caso concreto”. De esta forma, la “apelación a la pauta moral adecuada, junto con la afirmación de que el supuesto en cuestión es subsumible en ella, permite justificar la decisión”. Siguiendo una analogía del propio Moreso, se podría decir que, si hay que elegir entre un extraordinario libro de cocina y un extraordinario cocinero, la concepción subsuntiva opta por la primera alternativa.

Para concepción de la racionalidad práctica –sigue Moreso (2006, 16-17)– la aplicación del derecho consiste fundamentalmente en un ejercicio subsuntivo: “se trata de mostrar que [un] caso individual es una instancia de un caso genérico al que la norma aplicable correlaciona con [una] consecuencia jurídica”. De tal forma, todos los casos (o supuestos individuales) que comparten un conjunto de propiedades o características relevantes –establecidas, en principio, por el legislador mediante normas generales– debe tener la misma consecuencia normativa.¹⁷⁷ De acuerdo con este autor, no son pocas las bondades de esta concepción e incluso afirma que “[n]ociones como las de generalidad y abstracción de las leyes, o la igualdad en la aplicación de la ley, *presuponen* esta concepción de la racionalidad”.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Específicamente, en Moreso (2006), Moreso (2009), Moreso (2010), Moreso (2012) y Moreso (2013). En dichos trabajos, Moreso analiza diversas sentencias, entre las que se encuentran el caso *Niño Marcos*, del Tribunal Constitucional español (sentencia STC 154/2002, de 18 de julio, y publicada en el BOE del 7 de agosto de 2002); el caso *Titanic*, del Tribunal Federal Constitucional alemán (BverfGE vol. 86, 1); así como el caso *Cura de Hío*, del Tribunal Constitucional Español (STC 20/1992, de 14 de febrero).

¹⁷⁷ Formalizando, se podría decir que una determinada norma N_1 , que señala que ante un supuesto de hecho S_1 , la consecuencia C_1 , tiene una estructura de la forma $S_1 \rightarrow C_1$. En ese sentido, se puede afirmar que se está frente al supuesto de hecho S_1 si en el caso se encuentran presentes un conjunto de propiedades relevantes p_1, p_2, \dots, p_n .

¹⁷⁸ Énfasis añadido.

Ahora bien, ¿cómo resolver conflictos o colisiones entre normas de derechos fundamentales bajo esta concepción? Pues bien, según Moreso (2006, 17) en esta concepción de los derechos no existen colisiones entre derechos fundamentales:

“Se trata [...] de delimitar adecuadamente el contorno de los comportamientos incluidos en cada una de las normas que establecen derechos fundamentales de forma que encajen perfectamente entre sí. Una vez realizada esta *formidable* tarea interpretativa, las normas fundamentales nunca colisionan entre sí: no es que los derechos no tengan límites, sino que deben ser adecuadamente delimitados”.¹⁷⁹

Se trata de una posición que, un trabajo posterior, Moreso tildaría de “especificacionista”¹⁸⁰ y que, como se ha mostrado en el apartado pasado anterior, bien podría comprender a la teoría de García Amado. Y es, además, una postura que frente a la disyuntiva entre reducir el alcance de un derecho y reducir su fuerza, opta por la primera opción. De esta forma, mediante la reducción del alcance de los derechos se evita el conflicto. En palabras del propio Moreso:

“Reducir el alcance de los principios conservando su fuerza representa considerar la formulación de los principios como incompleta y *expandirla* de modo que, conservando el alcance, los principios debidamente formulados no entren ya en conflicto”.

El problema es que, como se ha visto, este tipo de concepciones suponen que, en palabras de Moreso (2006, 18), “es posible realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que los comportamientos por ellos regulados encajen perfectamente entre sí”. (Una empresa que, como se ha visto al analizar la teoría de García Amado, parece muy complicada si no es que francamente imposible).

3.2 La concepción particularista

Moreso (2006, 15) denomina como “particularista” la segunda concepción de los derechos fundamentales. Según ésta, “no hay tal cosa como pautas universales en las cuales anclar la corrección moral de las acciones”, por lo que “hay que atender siempre al modo en que, en el caso individual, se presentan entrelazadas las circunstancias y *ponderarlas* con el objeto de percibir la solución correcta para dicho caso”. Continuando con la analogía, para esta segunda concepción, es mejor optar por un buen cocinero y no por un excelente libro de recetas.

De acuerdo con Moreso (2006, 18) “el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en

¹⁷⁹ Según Moreso, esta es la concepción que subyace en los trabajos de autores como Ignacio de Otto, Gregorio Peces-Barba, Antonio Luis Martínez Pujalte, Juan Cianciardo, Andrés Ollero, así como Pedro Serna y Fernando Toller.

¹⁸⁰ Moreso (2010, 824).

cualquier otra circunstancia".¹⁸¹ En esta concepción, la corrección de una acción "no depende de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino que depende de cómo estén moldeadas en ese caso concreto las circunstancias". De hecho, no es exagerado decir que se trata de una posición que lleva el casuismo al extremo: "[l]a relevancia de las propiedades depende enteramente de las circunstancias del caso concreto y nada es posible obtener para su relevancia en casos futuros".¹⁸²

Es precisamente en este punto que Moreso introduce la relación entre particularismo y ponderación. Para ello, echa mano precisamente del trabajo de Alexy y la distinción entre los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios que ya se ha explicado con detalle en el primer capítulo. De acuerdo con Moreso (2006, 18-19), los conflictos entre normas y las colisiones entre principios no son otra cosa que antinomias normativas, pero que son resueltas de forma distinta:

- (1) Los conflictos entre reglas pueden solucionarse de dos formas: introduciendo una excepción en (al menos) una de las reglas, o bien, dejando sin validez (al menos) una de las reglas.
- (2) Los conflictos entre principios se solucionan "según la dimensión del peso y no según la dimensión de la validez", esto es, determinando cuál de los dos principios en conflicto tiene más "peso" en el caso concreto (o, para decirlo de otra forma, cual debe tener precedencia, sin que alguno de los dos pierda validez).

En el capítulo primero de este trabajo ya se ha presentado un desarrollo más completo sobre las relaciones de precedencia que pueden existir entre dos principios en colisión. Para efectos de este capítulo baste con recordar que si hay una norma de derechos fundamentales que tiene la naturaleza de principio P_1 cuya consecuencia normativa es N_1 , y que colisiona con otro principio P_2 cuya consecuencia normativa es N_2 , entonces pueden existir dos relaciones de precedencia \mathbf{P} . Esto es, que P_1 tenga preferencia sobre P_2 ($P_1 \mathbf{P} P_2$), o bien, que P_2 tenga precedencia sobre P_1 ($P_2 \mathbf{P} P_1$). En esta visión particularista, las relaciones de preferencia dependen de las circunstancias del caso concreto. Así, dadas las circunstancias C_1 , en las que P_1 tiene mayor "peso" que P_2 , la relación de preferencia será ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C_1 , pero dado otro

¹⁸¹ Moreso (2006, 18), pone el siguiente ejemplo: "Normalmente causar dolor de manera intencionada hace una acción más incorrecta, pero si mi hija de cuatro años se clava en la playa las púas de un erizo, entonces mi acción de causarle dolor para extraerle las púas no hace mi acción más incorrecta si no hay otro modo de hacerlo, no la hace incorrecta en lo absoluto".

¹⁸² La misma idea está presente en Moreso (2010, 823); los particularistas, según este autor "[s]ostienen que los contextos se comportan de modos muy diversos y que, por lo tanto, no hay manera de atrapar un principio moral válido en todos los contextos de manera invariable.[] Esta conclusión produce cierto desazón cuando se traslada a la teoría del derecho, puesto que conllevaría el corolario de que en la aplicación de las pautas que establecen los derechos constitucionales, la solución dependería siempre del contexto, dejando a los destinatarios de las normas al arbitrio de los aplicadores".

conjunto de circunstancias C_2 , en las que P_2 tiene mayor “peso” que P_1 , la relación será $(P_2 \mathbf{P} P_1) C_2$.

Por lo tanto, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, pueden derivarse dos reglas:

- (1) Primera regla (R_1): $C_1 \rightarrow N_1$
- (2) Segunda regla (R_2): $C_2 \rightarrow N_2$

Lo anterior, como puede verse, no es otra cosa que la reiteración de la idea alexiana consistente en que las circunstancias o condiciones C_1 (o, conversamente, C_2) bajo las cuales un principio P_1 (o P_2) tiene precedencia sobre otro principio P_2 (o P_1) no son otra cosa que el supuesto de hecho de una regla R_1 (o R_2) cuya consecuencia normativa es N_1 (o N_2).¹⁸³

El problema con esta concepción, como apunta Moreso (2006, 20), es que “si las circunstancias C están delimitadas a partir de un supuesto concreto, parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla válida únicamente para ese supuesto”. Llevado al caso extremo, se podría decir que una concepción particularista radical implicaría que potencialmente existen tantas reglas R_1, R_2, \dots, R_n como conjuntos de circunstancias particulares C_1, C_2, \dots, C_n .

Acto seguido, Moreso (2006, 20) afirma que “[o]tras ideas referidas a cómo funciona la operación de la ponderación de acuerdo con Alexy llevan a la misma conclusión”. En particular, describe los tres pasos del test (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la escala triádica para los grados de afectación de un derecho, así como la regla de desempate (a favor del legislador), para luego concluir que “las anteriores ideas muestran que la ponderación es concebida como una operación dependiente del contexto, como una estrategia particularista”.

¹⁸³ Esta afirmación, no obstante, probablemente deba ser matizada. Queda claro que el conjunto de circunstancias C_1 en el cual la regla R_1 tiene precedencia sobre la regla R_2 debe ser más amplio que la conjunción de (i) las circunstancias que conforman el supuesto de hecho S_1 de R_1 y (ii) las circunstancias que conforman el supuesto de hecho S_2 de R_2 . Esto es así porque S_1 y S_2 son condiciones necesarias de la colisión o antinomia; dicho de otro modo, sin la existencia de S_1 y S_2 no habría colisión o antinomia, y en consecuencia no habría que establecer una relación de preferencia entre R_1 y R_2 . Ahora bien, debe haber uno o más hechos que formen parte del conjunto de circunstancias C_1 . De lo contrario, es decir, si C_1 sólo fuera la conjunción de S_1 y S_2 , entonces R_1 siempre prevalecería sobre R_2 , lo que implicaría que siempre que hay una colisión o antinomia el principio P_1 *siempre* tienen preferencia sobre el principio P_2 , lo cual es contrario a la lógica de la ponderación (esto es, que dependiendo de las circunstancias del caso uno u otro principio puede tener preferencia). La implicación de lo anterior no es menor: señala que la ponderación exige que el operador jurídico considere hechos adicionales a los establecidos en S_1 y S_2 ; lo cual es de por sí problemático, pues exige que se determine —de manera discrecional— cuáles son los hechos adicionales que resultan relevantes.

Conviene apuntar, además, que esta concepción es también el contrario de la estrategia especificacionista, en la medida en que no opta por reducir el alcance de los derechos para evitar sus colisiones. Así, se trata de una concepción que opta por mantener el alcance de los derechos, al precio de reducir su fuerza. Así lo explica Moreso (2010, 823):

“Reducir la fuerza de los principios comporta considerar que los principios propiamente cubren los casos en los cuales varios de ellos pueden entrar en conflicto, pero en dichos supuestos uno de los principios resulta vencedor, conserva su fuerza, mientras que el otro –el vencido– pierde su aplicabilidad al caso concreto”.

3.3 La concepción alternativa de Moreso

Pues bien, para Moreso (2006, 21), estas dos concepciones parecen generar el siguiente dilema:

“o bien tenemos justificación subsuntiva de las decisiones con el precio de asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las pautas que establecen derechos fundamentales, una reconstrucción inalcanzable para seres humanos como nosotros; o bien tenemos ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional”.

Frente a estas dos maneras de concebir los derechos fundamentales, Moreso (2006, 15-21) propone una tercera concepción, que llama “intermedia” y que busca “rescatar lo mejor de ambas y superar sus debilidades”. Sobre esta tercera opción, convendría apuntar desde ahora que Moreso (2006, 21-22) acepta la tesis alexiana consistente en que existe una diferencia estructural entre reglas y principios. Sin embargo, para explicar esta distinción no recurre a Alexy, sino al trabajo de Atienza y Ruiz Manero.¹⁸⁴ De esta forma, considera que las normas relativas a los derechos fundamentales sí tienen una estructura de principios, entiendo a éstos como “pautas con las condiciones de aplicación abiertas”, en tanto que su contrario serían las reglas, que se entienden como “pautas con las condiciones de aplicación clausuradas” (2006, 22).

A partir de estas premisas, Moreso ofrece (o pretende ofrecer) una metodología que permite pasar de los principios (las normas de derechos fundamentales) a las reglas (a partir de las cuales es posible hacer ejercicios de subsunción). ¿En qué consiste específicamente esta vía intermedia? La metodología de Moreso contempla cinco pasos:

¹⁸⁴ Como se ha apuntado en el primer capítulo, estos dos autores distinguen entre (i) principios en sentido estricto y (ii) directrices o normas programáticas, esto es, normas que estipulan “la obligación de perseguir determinados fines” (Atienza y Ruiz Manero 1996, 1-44).

- (1) Delimitación del ámbito del problema normativo.
- (2) Identificación de las pautas que, en principio, son aplicables a ese ámbito.
- (3) Consideración de casos paradigmáticos, que pueden ser tanto reales como hipotéticos, de ese ámbito.
- (4) Establecimiento de las propiedades relevantes de ese ámbito.
- (5) Formulación de las reglas “que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso”.

3.4 La aplicación de la concepción alternativa: el caso *Titanic*

Para ilustrar cómo se aplica la concepción alternativa Moreso conviene echar mano de uno de los ejemplos que utiliza tanto este autor como Alexy: el caso *Titanic*, resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán. Así describe Moreso la forma en que se resolvió dicho caso:

“El caso *Titanic* es un caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el cual la revista satírica *Titanic* había llamado ‘asesino nato’ y, en otra edición posterior, ‘tullido’ a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado ser convocado de nuevo para llevar a cabo unos ejercicios militares. El Tribunal Superior de Dusseldorf condenó a la revista a pagar una indemnización de 12.000 marcos alemanes al oficial. La revista interpuso un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional alemán consideró que mientras llamar al oficial ‘asesino nato’ era una interferencia moderada o leve en su derecho al honor, porque este tipo de apelativos eran usuales en su estilo satírico, y en cambio la interferencia en la libertad de expresión se considera grave; llamar ‘tullido’ a un parapléjico se considera una interferencia gravísima que derrota la interferencia grave en la libertad de expresión de la revista. O sea que por este segundo apelativo únicamente estimó el Tribunal el recurso de amparo”.

Ahora bien, ¿cómo se resolvería con los cinco pasos de la metodología propuesta por Moreso? A continuación, resumo cada uno de ellos.

El primer paso consiste, como se ha dicho, en la “delimitación del ámbito del problema normativo”.¹⁸⁵ De lo que se trata, según el propio Moreso (2010, 826) es de “hacer el problema manejable” mediante la delimitación de un subconjunto de “acciones y omisiones”, que forma parte del conjunto de todas las acciones y omisiones imaginables. En el caso *Titanic*, Moreso delimita así el ámbito del

¹⁸⁵ Cuando Moreso habla de delimitar “el problema normativo” o “el ámbito del problema normativo” echa mano de lo que Alchourrón y Bulygin (2012) refieren por la delimitación del “universo del discurso”.

problema normativo: “acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas”.

El segundo paso implica la “identificación de las pautas *prima facie* aplicables a ese ámbito”. En esta etapa, Moreso propone identificar las normas (positivas) que en principio podrían ser aplicables para la resolución del caso. En el caso concreto, dichas pautas serían “el principio que establece la libertad de expresión e información”, por un lado, y “el principio que protege el derecho al honor de las personas”, por el otro (2010, 826).

El tercer paso es la “consideración de casos paradigmáticos (reales o hipotéticos) del ámbito previamente seleccionado”. Cuando Moreso (2010, 826) se refiere a la consideración de “casos paradigmáticos” hace referencia a situaciones en las que resulta claro (o hasta evidente) que uno de los dos derechos fundamentales (o principios) debe prevalecer en el caso concreto.¹⁸⁶ De esta forma, este tipo de casos “tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyan los casos paradigmáticos adecuadamente”.¹⁸⁷ Más aún, los “casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, *a menudo inarticulado*, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar”.¹⁸⁸

Ahora bien, ¿cuáles serían los casos paradigmáticos que servirían para resolver casos dentro del ámbito identificado (las “acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas”)? Moreso proporciona los siguientes dos casos paradigmáticos para el caso *Titanic*. Por un lado, alega que “publicar la noticia falsa, sin comprobación alguna de su veracidad, de que el arzobispo de Barcelona está implicado en una trama de prostitución infantil” sería un caso en el que indudablemente el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión. Por el otro, “publicar la noticia verdadera de que, por ejemplo, un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de euros de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista” sería un caso, en el que, por el contrario, la libertad de expresión prevalece sobre el derecho al honor.

El cuarto paso implica el “establecimiento de las propiedades relevantes” del ámbito seleccionado. De acuerdo con Moreso (2010, 826-827), la determinación de estas propiedades es lo que posibilita la determinación de las soluciones normativas. Para

¹⁸⁶ Para justificar la utilidad de los “casos paradigmáticos”, Moreso recurre a Dworkin (1986, 255-257) y a Hurley (1989, 212).

¹⁸⁷ Moreso afirma, incluso, que los casos paradigmáticos sin incluso una forma de entender el “contenido esencial” de los derechos fundamentales.¹⁸⁷ En palabras: “el debate que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de la cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgados paradigmáticos” (2006, 22).

¹⁸⁸ Énfasis añadido.

las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a las personas Moreso afirma – sin brindar mayor explicación¹⁸⁹ – que “son claramente relevantes” las siguientes tres propiedades: (i) la “relevancia pública de la noticia”, (ii) la “veracidad” de la noticia, esto es, que sea “verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada”¹⁹⁰ y (iii) el carácter no injurioso de la noticia.

El quinto y último paso consiste en la “formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso”. A partir de las propiedades relevantes previamente definidas, y buscando que puedan reconstruir adecuadamente los casos paradigmáticos, Moreso (2010, 827) forma las siguientes dos reglas:

- (1) “R1: Las informaciones de relevancia pública, veraces y no injuriosas están permitidas”.
- (2) “R2: Las informaciones que no son de relevancia pública o carecen de veracidad o son injuriosas están prohibidas y, en el caso que se produzcan, generan un derecho a ser indemnizado”.

3.5 Alcances y limitaciones de la teoría de los casos paradigmáticos

Para Moreso, su teoría de los casos paradigmáticos es una solución intermedia. Los cinco pasos de su metodología “constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad”. A final de cuentas, el producto del ejercicio es una serie de reglas a partir de las cuales es posible hacer un ejercicio de subsunción.

Ahora bien, ¿qué tanto se gana abandonando el modelo alexiano y optando por la teoría de los casos paradigmáticos? Moreso (2010, 827) señala, por ejemplo, que una de las ventajas de su aproximación es que “no hace falta la ponderación en abstracto, si por ella entendemos el peso de cada principio al margen de cualquier circunstancia”. Pero, como se ha visto con detalle en el capítulo pasado, Alexy no defiende un modelo de ponderaciones en abstracto. Todo lo contrario: para el test de proporcionalidad alexiano la parte clave de la ecuación es la determinación del peso *concreto* de los derechos en colisión, y no así el peso abstracto – que, dicho sea de paso, suele ser irrelevante cuando se trata de dos derechos de rango constitucional—. En ese sentido, la metodología de Moreso ni se diferencia mucho de teoría alexiana, ni tampoco parece aportar mucho.

¹⁸⁹ Clérico (2012, 143) realiza una crítica prácticamente idéntica cuando señala que “Moreso se permite en su artículo algunas apelaciones a la aceptabilidad de la plausibilidad de premisas que sostiene, pero que no justifica; suele decir, respecto de la relevancia de las propiedades, que ‘son claramente relevantes las siguientes...’ y las enumera, pero no justifica su relevancia”.

¹⁹⁰ Como reconoce el propio Moreso, se trata del test articulado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *New York Times v. Sullivan*, que será explicado con mayor detalle en un apartado subsecuente.

Moreso (2010, 827) también alega que su teoría se distingue en la medida de que “requiere que seamos capaces de establecer cuáles son las propiedades seleccionadas *relevantes*”, esto es, “seleccionar propiedades a cuya presencia o ausencia se correlacionan diversas calificaciones deónticas”.¹⁹¹ Pero lo cierto es que esto mismo sucede con el test alexiano. Como se mostró en el capítulo primero, la aplicación del test de proporcionalidad alexiano tiene como producto una regla en la que (i) el supuesto de hecho son las circunstancias C en las que un principio P_1 toma precedencia sobre otro principio P_2 y (ii) el consecuente son las consecuencias legales Q a la que da lugar el principio P_1 . Lo que Moreso denomina “propiedades relevantes” no es otra cosa que lo que Alexy denomina “circunstancias”. Aquí tampoco es posible advertir, por tanto, una mejora respecto del modelo alexiano.

De hecho, el modelo de Moreso parece compartir, en este sentido, los mismos problemas que la teoría alexiana. Como se ha mostrado, Alexy no da ninguna metodología para delimitar o seleccionar las “circunstancias” específicas en las que un principio toma precedencia sobre otro. Y, de la misma forma, son pocas las pistas que da Moreso para determinar cuáles son las “propiedades relevantes” que se deben considerar en la formulación de reglas. En uno y otro caso, estamos frente a determinaciones en las que existe un alto grado de discrecionalidad.

En igual sentido, las teorías de Alexy y Moreso sólo permiten formular reglas tentativas o *prima facie*. Alexy es claro cuando señala que siempre es posible que en casos futuros se contemplen factores adicionales que reviertan la relación de precedencia entre los principios en colisión. La posición de Moreso es casi idéntica. En sus palabras:

“Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso”.¹⁹²

De la misma forma, habría que decir que las reglas que se generan con la metodología de Moreso son igual de casuísticas que las reglas que se generan con el test alexiano. El caso *Titanic* sirve para ilustrar lo anterior. De acuerdo con Moreso, en ese tipo de casos tres factores son relevantes para determinar si la difusión de una noticia está permitida (Pd) o, bien, si su transmisión genera la obligación de indemnizar (Oi):¹⁹³ la relevancia pública de la noticia (F_1), la veracidad de la noticia

¹⁹¹ Y, de hecho, lo mismo podría decirse de la manera en la que se delimite el universo del discurso. ¿Cómo determinarlo? ¿Qué tan amplio o estrecho debe ser? Por desgracia, Moreso prácticamente no da ninguna pauta sobre cómo se debe proceder en este primer paso.

¹⁹² Énfasis añadido.

¹⁹³ Aquí utilizo una notación que incorpora los operadores modales de obligatorio (Op , “es obligatorio p”), prohibido (Fp , “está prohibido p”) y permitido (Pp , “está permitido p”).

(F_2) y el carácter no injurioso de la noticia (F_1). Y, a partir de esas tres características, Moreso formuló dos reglas, que podríamos formalizar de la siguiente manera:

$$(1) \quad (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3) \rightarrow \mathbf{Pd}$$

$$(2) \quad (\neg F_1 \vee \neg F_2 \vee \neg F_3) \rightarrow \mathbf{Oi}$$

Como puede verse, las reglas que se derivan de la aplicación de la metodología de Moreso son perfectamente traducibles a las reglas que genera la aplicación del test alexiano. Si definimos los elementos de Moreso como $C_1 = (F_1 \wedge F_2 \wedge F_3)$, $C_2 = (\neg F_1 \vee \neg F_2 \vee \neg F_3)$, $Q_1 = \mathbf{Pd}$ y $Q_2 = \mathbf{Oi}$, entonces las dos reglas pueden ser expresadas con la notación de Alexy:

$$(3) \quad C_1 \rightarrow Q_1.$$

$$(4) \quad C_2 \rightarrow Q_2.$$

Habría que decir que, además, hay una clara desventaja de la metodología de Moreso: el hecho de que tanto la selección de las propiedades relevantes y la formulación de las reglas dependa, necesariamente, de la existencia de casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, en los que sea claro o evidente cuál principio debe prevalecer. Por supuesto, en algunos casos, esto no es problemático, pues en efecto los casos evidentes se encuentran disponibles.

Pero en otros estamos frente a un problema significativo. Moreso recurre, por ejemplo, a un caso sin duda paradigmático que ha tenido una difusión nada despreciable en el mundo —el *New York Times v. Sullivan*, en donde la Corte desarrolló la doctrina de malicia actual o efectiva— para identificar sus propiedades y reglas. Pero una cosa es la importancia o difusión de un caso, y otra muy distinta es que su resolución sea evidente. El optimismo de Moreso contrasta con las muchas críticas razonables que se han hecho a este precedente¹⁹⁴ y con el hecho de que en diversas jurisdicciones se haya rechazado abiertamente la incorporación de una regla así.¹⁹⁵ No queda claro, pues, que todo caso paradigmático sea de resolución clara y evidente. Y más allá de la valoración de este caso concreto, como se ha señalado, los casos paradigmáticos con frecuencia están ausentes por completo cuando se trata de casos “novedosos o trágicos”.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Véanse, por mencionar algunos ejemplos, posiciones de Kalven (1964), Lewis (1983), Epstein (1986), Cass (2013) y Lewis y Ottley (2014).

¹⁹⁵ Aunque ciertamente hay un debate en la literatura sobre la difusión de la doctrina en algunos países, parece innegable que en algunas jurisdicciones se ha rechazado abiertamente la adopción de la malicia actual o efectiva. Como explica Hsu (2013), la “doctrina de la malicia actual [...] se desvía de sus contrapartes en casi todas las democracias avanzadas, como Australia, Canadá, el Reino Unido, Japón y Alemania”. En ese sentido, enfatiza que, “[e]n términos del extraordinario peso dado a la libertad de expresión, Estados Unidos es un caso atípico [outlier]”.

¹⁹⁶ Clérico (2012, 144).

Finalmente habría que apuntar a que la teoría de los casos paradigmáticos trata de un procedimiento que en efecto permite prescindir de la aritmética ponderativa, pero que la termina sustituyendo por una suerte de intuición educada. No hay nada en el procedimiento de Moreso que nos diga, más allá de los casos paradigmáticos, como han de resolverse los casos que no son evidentes o claros.

¿Qué balance puede hacerse, entonces, de la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso? Quizá habría que decir que, por desgracia, estamos frente a un intento relativamente limitado para ofrecer una alternativa para el test alexiano. Como se ha visto, (i) las supuestas ventajas de este modelo – como la no necesidad de considerar el peso abstracto de los principios – son limitadas, en el mejor de los casos; (ii) el modelo comparte buena parte de los problemas más significativos de la teoría alexiana, tales como la falta de pautas para seleccionar los factores o características relevantes para la formulación de las reglas que resuelven los casos; (iii) presenta problemas adicionales, como la notable dependencia del modelo en casos paradigmáticos que no siempre estarán disponibles, sobre todo en casos novedosos o trágicos; y (iv) se trata de una metodología que prescinde de la aritmética ponderativa, pero que la sustituye con una suerte de intuicionismo educado. Se trata, en suma, de una metodología alternativa que presenta tanto problemas propios como los heredados del modelo alexiano.

4 Tests *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos

Otra alternativa para resolver conflictos entre principios es lo que la doctrina ha denominado de diferentes formas: “tests de pasos múltiples” (*multi-pronged tests*),¹⁹⁷ metodologías “*ad hoc*”¹⁹⁸ o doctrinas que responden a un “estilo formulista” (*formulaic style*).¹⁹⁹ En términos generales, puede decirse que son aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), pero tampoco un procedimiento estandarizado para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos.

En este capítulo me concentro en algunos tests que se han utilizado —y quizá se seguirán utilizando— para analizar violaciones a derechos o principios específicos de la Constitución de Estados Unidos.²⁰⁰ Por supuesto, es posible encontrar tests similares —o idénticos, en algunos casos—²⁰¹ en otras jurisdicciones, pero el caso estadounidense es particularmente rico en ejemplos. En este apartado, analizo dos tests concretos: (i) el empleado para resolver restricciones a la libertad de expresión con motivo de discursos difamatorios la actuación de servidores públicos y (ii) el

¹⁹⁷ Aleinikof (1987).

¹⁹⁸ Fallon (2019).

¹⁹⁹ Nagel (1985).

²⁰⁰ De acuerdo con Nagel (1985, 166-168), la Corte Suprema estadounidense ha empleado el estilo formulista en áreas como “la libertad de expresión, la separación de iglesia y estado, la soberanía estatal, la igualdad de protección, el debido proceso (tanto sustantivo como procedimental), el requisito de casos y controversias, el poder de comercio, la cláusula de contratos, la cláusula de privilegios e inmunidades del artículo IV, el derecho de la quinta enmienda en contra de la autoincriminación, y la cláusula de tratos crueles e inhumanos”.

²⁰¹ Quizá el mejor ejemplo sea el estándar de “malicia efectiva”, que ha gozado de una difusión nada despreciable, al grado que ha sido importado por diferentes tribunales nacionales y supranacionales. Diversos trabajos han documentado esta expansión: En Youm (2002) y Youm (2014), por ejemplo, se documenta la influencia del estándar en Argentina, Bosnia, Hungría, Pakistán, Filipinas, Taiwán, India, Corea del Sur y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; en Carter (2013), en la CorteIDH; en Hsu (2013), en Taiwan; en Tushnet (2014), en Canadá y Nueva Zelanda; y, en Cárdenas Soriano (2021), en México. Entre las cortes que han importado el estándar de la malicia efectiva se encuentra la SCJN. En la jurisprudencia 1a./J. 80/2019 (10a.) la Primera Sala argumentó que conforme a la doctrina de la “real malicia” o “malicia efectiva”, “la imposición de sanciones civiles derivada de la emisión de opiniones, ideas o juicios, corresponde exclusivamente a aquellos casos en que existe ‘información falsa’ (en el caso del derecho a la información) o que haya sido producida con ‘real malicia’ (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión), esto es, con la única intención de dañar”. Más importante aún, precisó que “la doctrina de la ‘real malicia’ requiere no sólo que se demuestre que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar”. (“LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, octubre de 2019, tomo I, pág. 874).

que empleó la Corte Suprema estadounidense para analizar violaciones al principio de separación de las iglesias y el Estado.

4.1 Restricciones a la libertad de expresión con motivo de discursos difamatorios sobre la actuación de servidores públicos

Quizá uno de los ejemplos más notables de la estrategia *ad hoc* sea el test empleado por la Corte Suprema para resolver el célebre caso *New York Times v. Sullivan*.²⁰² En ese caso, la Corte tuvo hacer frente, por primera vez en su historia, a la cuestión sobre “en qué medida las protecciones constitucionales para el discurso y para la prensa limitan el poder de un Estado para otorgar daños en una acción por difamación presentada por un funcionario público en contra de críticos de su desempeño oficial”.²⁰³

El accionante de este caso fue L.B. Sullivan, comisionado de Asuntos Públicos en la ciudad de Montgomery, Alabama, quien demandó a cuatro personas afroamericanas y a la compañía que publicaba el diario *New York Times*. En la primera instancia, el jurado otorgó daños por el monto total reclamado por Sullivan (\$500,000 dólares estadounidenses) y esta determinación fue confirmada por la Corte Suprema del Estado de Alabama.

La Corte Suprema estadounidense revocó la sentencia dictada por la corte estatal. En términos generales, la Corte Suprema concluyó que la primera y la décimo cuarta enmienda de la Constitución estadounidense requieren “una regla que prohíba que un funcionario público recupere daños y perjuicios por afirmaciones falsas difamatorias [*defamatory falsehood*] relacionadas con su actuación oficial, a menos que demuestre que la declaración se hizo con “malicia expresa [*actual malice*] — esto es, con conocimiento de que era falsa o con desprecio imprudente [*reckless disregard*] sobre si era falsa o no” —.²⁰⁴

²⁰² 376 U.S. 254 (1964). El juez Brennan escribió la opinión de la mayoría. Como explica Chemerinsky (2015, 1016), “[l]a Corte ha sostenido reiteradamente que la responsabilidad civil por discurso, incluso en el contexto de un litigio civil privado, es una interferencia con el discurso y, en consecuencia, debe cumplir con el escrutinio de la Primera Enmienda. En *New York Times v. Sullivan*, la Corte sostuvo que una ley estatal sobre difamación estaba limitada por la Primera Enmienda”. Asimismo, sobre la cuestión relativa a la naturaleza privada del derecho de daños (*torts*), el propio Chemerinsky (2015, 1097) explica lo siguiente: “Si bien los litigios de responsabilidad civil [*tort litigation*] generalmente se dan entre dos partes privadas, sí existe una acción estatal en la medida en que es una ley estatal, ya sea de fuente legislativa o de derecho consuetudinario, que permite la recuperación [*recovery*]. Además, es una rama del gobierno, la judicatura, la que impone la responsabilidad por el discurso”.

²⁰³ “We are required in this case to determine for the first time the extent to which the constitutional protections for speech and press limit a State's power to award damages in a libel action brought by a public official against critics of his official conduct”.

²⁰⁴ “The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with ‘actual malice’ — that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”.

Expresado lo anterior, la Corte la razonó que la ley estatal de Alabama “aparentemente requiere la prueba de malicia real para una indemnización por daños punitivos”. Pero la corte también señaló que la legislación local “presumía” la malicia tratándose de “daños generales”. En ese sentido, concluyó que “[t]al presunción es inconsistente con la regla federal”, pues la demostración de la malicia “no se presume, sino que debe ser una cuestión de prueba por parte del demandante”. Finalmente, la Corte concluyó lo siguiente:

“Dado que el juez de primera instancia no dio instrucciones al jurado para diferenciar entre daños generales y punitivos, puede que ser que el veredicto haya sido una indemnización de uno u otro tipo. Pero es imposible saberlo, en vista del veredicto final que fue devuelto. Debido a esta incertidumbre, la sentencia debe ser revocada y el caso devuelto”.²⁰⁵

Como puede verse, en este caso la Corte Suprema estadounidense estableció un estándar específico para demandas de responsabilidad civil relacionadas con críticas al desempeño de funcionarios públicos. Específicamente, la corte concluyó que el otorgamiento de daños será compatible con el derecho a la libertad de expresión siempre y cuando:

- (1) El actor (servidor público) *pruebe la falsedad* de las críticas que se le hicieron.
- (2) El actor pruebe la existencia de *malicia real o efectiva (actual malice)*, esto es, que pruebe (i) que el demandado tenía conocimiento de que la crítica era falsa, o bien, (ii) que el demandante hizo la crítica con desprecio imprudente (*reckless disregard*) sobre si era falsa o no.

Como puede verse, estamos frente a una aproximación diferente (y alternativa) al test de proporcionalidad.²⁰⁶ La Corte estadounidense no empleó ningún tipo de razonamiento que refleje la intención de determinar la idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto de la medida bajo análisis. Para ilustrar lo anterior, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cómo hubiese tenido que resolver la Corte Suprema estadounidense el caso si hubiese seguido la metodología alexiana?

Lo primero que habría que enfatizar es que la cuestión *normativa* que resolvió la Corte Suprema fue si la presunción contenida en la legislación local – según la cual

²⁰⁵ “Since the trial judge did not instruct the jury to differentiate between general and punitive damages, it may be that the verdict was wholly an award of one or the other. But it is impossible to know, in view of the general verdict returned. Because of this uncertainty, the judgment must be reversed and the case remanded”.

²⁰⁶ Como bien apuntado Aleinikoff (1987, 1001), “aunque algunos han caracterizado *Sullivan* como un caso de ponderación, claramente no lo es. La Corte [...] no ponderó los intereses de la Primera Enmienda [del periódico] en contra del interés de proteger la reputación [del servidor público]”.

la malicia se presumía tratándose de daños punitivos – era compatible o no con los derechos a la libertad de expresión y de prensa.²⁰⁷

Pues bien, bajo la metodología del test de proporcionalidad, la Corte Suprema hubiese que tenido que determinar las siguientes cuestiones:

- (1) Si la medida (la regla local consistente en que la malicia se presumía tratándose de daños punitivos) *afectaba* o *incidía* los principios constitucionales relevantes (las libertades de expresión y de prensa).
- (2) Si la medida perseguía una *finalidad legítima* (cuestión no abordada en la sentencia).
- (3) Si la medida era *idónea* para alcanzar dicha finalidad (algo tampoco abordado en la sentencia).
- (4) Si la medida era *necesaria*, esto es, si no existía una medida alternativa que fuera igualmente idónea para alcanzar el fin legítimo, pero que fuera menos restrictiva de los principios afectados (las libertades de expresión y de prensa).
- (5) Si la medida era *proporcional en sentido estricto*, esto es, si la ganancia en términos del fin legítimo era mayor que el costo en términos de la afectación a los principios afectados (las libertades de expresión y de prensa).

No me detengo aquí a especular sobre cómo hubiese tenido que contestar la Corte Suprema cada una de estas cuestiones. Lo que me interesa enfatizar es que la metodología empleada por la Corte Suprema – esto es, el establecimiento de un test con dos partes: prueba de falsedad y de malicia actual – en efecto se trata de una forma diferente de resolver los conflictos entre derechos fundamentales.

Por supuesto, el *resultado* de una y otra metodologías podría ser el mismo. Teóricamente, nada impide que un tribunal que echa mano del test alexiano decida que las circunstancias particulares que hacen que un principio prevalezca sobre todo sean, precisamente, factores como la prueba de falsedad y la malicia actual. Lo que me interesa es que cada metodología de adjudicación implica un *proceso* distinto. Como se ha visto, la Corte Suprema estadounidense prescinde de elementos que hubiesen sido indispensables para hacer un análisis alexiano de proporcionalidad: el fin legítimo que perseguía la medida, su idoneidad y, sobre todo, la ponderación entre los beneficios generados (en términos de ese fin) y las afectaciones a los derechos fundamentales (libertad de prensa y de expresión).

²⁰⁷ Derechos que se derivan de la interpretación de la primera enmienda de la Constitución estadounidense y que resultan aplicables a los estados en virtud de la decimocuarta enmienda.

4.2 Violaciones al principio de separación de las iglesias y el Estado

Otro buen ejemplo de este tipo de metodologías *ad hoc* es el “*Lemon test*”, surgido a partir de la sentencia dictada por la Corte Suprema estadounidense al resolver el caso *Lemon v. Kurtzman*.²⁰⁸ En dicho fallo, la Corte estudió si dos leyes estatales que otorgaban financiamiento a escuelas religiosas²⁰⁹ violaban, entre otras cuestiones, la cláusula de no establecimiento (*anti-establishment clause*) o de separación de iglesias y el Estado. Esta cláusula está contenida en la primera enmienda de la constitución estadounidense y señala textualmente lo siguiente: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*”.²¹⁰

Pues bien, en *Lemon v. Kurtzman* la Corte razonó, en primer lugar, que el lenguaje de esta cláusula constitucional era “opaco, en el mejor de los casos” y que sus autores buscaron objetivos más amplios que la mera prohibición relativa “establecimiento de una iglesia estatal o una religión estatal”. En cambio, sigue la Corte,

“ordenaron que no debería haber ‘ninguna ley respecto al establecimiento de una religión’. Una ley puede ser ‘respecto’ a un objetivo prohibido sin alcanzar su realización total. Una ley ‘respecto’ del resultado prohibido, esto es, el establecimiento de la religión no es siempre fácilmente identificable como una que viola la cláusula. Una determinada ley puede no establecer una religión, pero sí ser una ‘respecto’ a ese fin en el sentido de que es un paso que podría llevar a ese establecimiento, y por tanto violar la primera enmienda”.²¹¹

²⁰⁸ 403 U.S. 602 (1971). El ponente fue el juez presidente Burger.

²⁰⁹ “*Pennsylvania has adopted a statutory program that provides financial support to nonpublic elementary and secondary schools by way of reimbursement for the cost of teachers' salaries, textbooks, and instructional materials in specified secular subjects. Rhode Island has adopted a statute under which the State pays directly to teachers in nonpublic elementary schools a supplement of 15% of their annual salary*” 403 U.S. 602, 606-607 (1971).

²¹⁰ Como siempre, las traducciones son problemáticas. La traducción oficial al español de la constitución estadounidense —realizada por el Departamento de Estado (Chen 2013, 351)— fija la cláusula de la siguiente forma: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado [...]”. En cambio, el *National Constitution Center* ofrece la siguiente traducción: “El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión [...]”. El problema con la traducción oficial, como apunta Chen (2013, 369) y lo cual será evidente más adelante, es que la frase “que adopte una religión como oficial del Estado” literalmente significa, en inglés, “*which adopts one religion as the official (religion) of the State*”. Esta traducción, continúa Chen, “podría tener una connotación más estrecha”, que la referencia de la Carta de Derechos (“*a law respecting an establishment of a religion*”).

²¹¹ “*The language of the Religion Clauses of the First Amendment is, at best, opaque, particularly when compared with other portions of the Amendment. Its authors did not simply prohibit the establishment of a state church or a state religion, an area history shows they regarded as very important and fraught with great dangers. Instead, they commanded that there should be ‘no law respecting an establishment of religion.’ A law may be one ‘respecting’ the forbidden objective while falling short of its total realization. A law ‘respecting’ the proscribed result, that is, the establishment of religion, is not always easily identifiable as one violative of the*

La Corte sigue su argumentación señalando que, ante la ausencia de “prohibiciones constitucionales claramente establecidas”, los límites a las acciones estatales deben trazarse a partir de los tres males que busca evitar la cláusula de no establecimiento: “el respaldo, el apoyo financiero y el involucramiento del soberano en actividades religiosas”.²¹²

Dicho lo anterior, la corte echó mano de sus propios precedentes para establecer lo que más adelante se identificaría como el *Lemon test*. Al respecto, la sentencia señala lo siguiente:

“Todo análisis en esta área debe comenzar con la consideración de los criterios acumulativos desarrollados por la Corte durante muchos años. Tres tests de este tipo pueden ser extraídos de nuestros casos. Primero, la ley debe tener un propósito legislativo secular; segundo, su efecto principal o primario debe ser uno que ni promueva ni inhiba la religión; finalmente, la ley no debe fomentar ‘un involucramiento gubernamental excesivo con la religión’”.²¹³

Dicho de otro modo, la Corte Suprema estableció un test específico, según el cual una ley es acorde con la Constitución estadounidense —específicamente, con la cláusula de no establecimiento— siempre y cuando se cumpla con un test con tres elementos:

- (1) El *propósito* de la ley debe ser secular.
- (2) El *efecto* principal o primario de la ley no debe promover o inhibir la religión.
- (3) La ley no debe fomentar un involucramiento excesivo del gobierno con la religión.

Ahora bien, ¿cómo resolvió la corte la controversia a partir de este test? Respecto del primer elemento, la corte razonó que ambas leyes estatales —la de Pennsylvania y la de Rhode Island— cumplían con éste, en la medida en que su propósito legislativo no consistía en promover la religión. Por el contrario, la corte concluyó que “las

Clause. A given law might not establish a state religion, but nevertheless be one ‘respecting’ that end in the sense of being a step that could lead to such establishment, and hence offend the First Amendment”.

²¹² “In the absence of precisely stated constitutional prohibitions, we must draw lines with reference to the three main evils against which the Establishment Clause was intended to afford protection: ‘sponsorship, financial support, and active involvement of the sovereign in religious activity’”.

²¹³ “Every analysis in this area must begin with consideration of the cumulative criteria developed by the Court over many years. Three such tests may be gleaned from our cases. First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion [...]; finally, the statute must not foster ‘an excessive government entanglement with religion’[...].”

mismas leyes establecen que buscan mejorar la educación secular en todas las escuelas cubiertas por las leyes de asistencia obligatoria”.²¹⁴

Ahora bien, la corte no analizó el segundo elemento —esto es, si el efecto principal o primario consistía en promover o inhibir la religión— ya que concluyó que se incumplía con el tercero. Específicamente, la Corte concluyó que “el impacto acumulativo de la relación que surge bajo las leyes de cada estado implica un involucramiento excesivo entre el gobierno y la religión”.²¹⁵

No me detengo en los detalles del resto de la argumentación de la Corte Suprema. Baste con decir que estamos frente a un test *ad hoc*, que sirvió —y quizá todavía servirá—²¹⁶ para que las cortes estadounidenses analicen violaciones a un principio constitucional específico: la cláusula de no establecimiento.

Que sea una metodología de adjudicación alternativa al test de proporcionalidad es evidente si consideramos (hipotéticamente, por supuesto) los pasos que se hubiesen tenido que seguir para resolver el caso si la Corte Suprema estadounidense hubiese utilizado el test de proporcionalidad. En ese caso, la Corte hubiese tenido que determinar lo siguiente:

- (1) Si las medidas (el otorgamiento de financiamiento público a escuelas religiosas en uno y otro) *afectaban* el principio constitucional (el principio de no establecimiento).
- (2) Si las medidas perseguían una *finalidad legítima* (mejorar la educación en todas las escuelas de asistencia obligatoria).
- (3) Si las medidas eran *idóneas o adecuadas* para alcanzar dicha finalidad (algo que la Corte Suprema no aborda explícitamente).

²¹⁴ “*Inquiry into the legislative purposes of the Pennsylvania and Rhode Island statutes affords no basis for a conclusion that the legislative intent was to advance religion. On the contrary, the statutes themselves clearly state that they are intended to enhance the quality of the secular education in all schools covered by the compulsory attendance law*”.

²¹⁵ “*We need not decide whether these legislative precautions restrict the principal or primary effect of the programs to the point where they do not offend the Religion Clauses, for we conclude that the cumulative impact of the entire relationship arising under the statutes in each State involves excessive entanglement between government and religion*”.

²¹⁶ No han sido pocas las voces de la doctrina que han criticado este test. Adside (2020, 535-356), por ejemplo, alega que las cortes estadounidenses han tenido que crear otros seis tests diferentes para “compensar” la falta de adecuación del *Lemon test*. Por eso, alega que el test debe ser abandonado y sustituido por otro test *ad hoc*, que él denomina de “coerción directa”, según el cual la violación a la cláusula de establecimiento ocurre cuando el gobierno: (i) requiera un comportamiento religioso ortodoxo o (ii) establezca la obligación de apoyo financiero bajo la amenaza de una sanción. No me interesa entrar aquí a los méritos y problemas del *Lemon test*, sino enfatizar simplemente la importancia y vigencia de los tests *ad hoc* en la doctrina y la jurisprudencia estadounidense.

- (4) Si las medidas eran *necesarias*, esto es, si no existían en cada estado medidas igualmente idóneas para alcanzar el fin de mejorar la educación, pero que fueran menos restrictivas del principio de no establecimiento.
- (5) Si las medidas eran *proporcionales en sentido estricto*, esto es, si las ganancias en términos del fin legítimo eran mayores que los costos en términos de la afectación al principio de no establecimiento.

Como puede verse, la argumentación empleada por la Corte Suprema no permite señalar de manera conclusiva si las medidas legislativas hubiesen pasado o no el test de proporcionalidad. Tampoco me interesa, en este espacio, hacer un ejercicio argumentativo para responder a esta pregunta. Baste lo anteriormente expuesto para mostrar, de nuevo, que los test *ad hoc* (como el *Lemon test*) en efecto se trata de una metodología de adjudicación alternativa al test de proporcionalidad.

4.3 Reflexiones sobre los tests *ad hoc*

En términos generales, ¿qué puede decirse de los tests *ad hoc* que se han analizado en este apartado? Lo primero que habría que decir es que este tipo de test sí son una alternativa metodológica al test de proporcionalidad alexiano. Como se ha visto, tanto el test de la malicia efectiva (o *real malice*) como el *Lemon test* fueron creados por la Corte Suprema estadounidense mediante argumentaciones que no necesariamente se pronuncian sobre los elementos del test alexiano: la finalidad que persiguen las medidas, su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. Estamos, para decirlo pronto, frente a argumentaciones que no siguen la lógica del análisis costo-beneficio que está en el corazón del test alexiano.

Lo segundo que habría que decir es que se trata de metodologías mucho más flexibles (o menos estructuradas) tanto en su proceso como en sus resultados y, al mismo tiempo, de alcances más limitados (en tanto buscan establecer estándares para un número limitado de casos). Como se ha visto, las argumentaciones empleadas por la Corte Suprema no están guiadas por la justificación de parámetros mucho más claros y estables como los del test de proporcionalidad. Asimismo, el resultado de dichos tests también es mucho más variado. Las reglas que se derivan de la argumentación de la Corte hacen referencia a elementos tan variados como la veracidad o falsedad de ciertas afirmaciones, el conocimiento de hechos por parte de ciertos sujetos o la prudencia con que se condujeron, el tipo (y no la importancia) de los propósitos que persigue una ley, los tipos de efectos (primarios) que generan las normas y el tipo de acciones que demanda por parte de los agentes estatales y su relación con cierto tipo de organizaciones.

Ahora bien, lo anterior no significa que el tipo de razonamiento, los elementos que emplea o la reglas que se derivan sean totalmente incompatibles con el test alexiano

o con otras metodologías. El caso del *New York Times v. Sullivan* es un extraordinario ejemplo de ello. Como se vio en el apartado pasado, Moreso utiliza esta sentencia como uno de sus casos paradigmáticos –esto es, como una fuente de casos de resolución evidente– y, como se ha mostrado, los elementos que conforman la parte del test de malicia efectiva teóricamente podrían incorporarse al test alexiano como las circunstancias relevantes que hacen que, en un caso concreto, un principio tenga prevalencia sobre otra. Esto se debe, en buena medida, a que una y otra aproximación tienen énfasis diferentes. Mientras que Alexy centra su atención en el pesaje de los principios en pugna y da pocas pistas sobre cómo han de seleccionarse y delimitarse las circunstancias especiales que eventualmente serán seleccionadas como supuestos de hecho, en los tests *ad hoc* el énfasis está, precisamente, en la generación de reglas y estándares que puedan servir para resolver casos futuros.

Lo anterior sirve para hacer un punto más general. Quizá una de las notas más definitorias que tienen los tests *ad hoc* es su vocación de permanencia, lo cual contrasta con el casuismo que, para bien y para mal, suele asociarse con la ponderación alexiana. Como se ha mostrado, Alexy es enfático al señalar que su modelo nunca genera respuestas definitivas. En ese sentido, aunque el resultado de la aplicación del test de proporcionalidad sea la generación de una regla clara, lo cierto es que en un caso futuro puede concurrir un factor nuevo que genere un cambio en el balance de los principios y, en consecuencia, que derive en una regla con un resultado opuesto. Las diferencias en los resultados que genera una y otra metodología seguramente también están relacionadas con la fuerza que tienen los precedentes en el sistema estadounidense,²¹⁷ pero ciertamente sería un error ignorar las diferencias de fondo que subyacen entre uno y otro modelo. La permanencia y vigencia de un estándar como el fijado en el caso *New York Times v. Sullivan* contrastan con el casuismo que, en la teoría y la práctica, suele asociarse con el test de proporcionalidad alexiano.

²¹⁷ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Magaloni Kerpel (2001) y de Garner y coautores (2016).

5 Los niveles de escrutinio estadounidenses

5.1 Una breve introducción

Los niveles de escrutinio estadounidenses son quizá las metodologías alternativas que se mencionan con mayor frecuencia en la literatura y que se emplea con mayor consistencia en la jurisprudencia comparada. Es cierto que, no pocas veces, la doctrina trata como sinónimos o equivalentes a los niveles de escrutinio, la ponderación simple (o *balancing*) e incluso el test de proporcionalidad alexiano. Pero, como mostraré en este capítulo, los niveles de escrutinio son genuinas alterativas al test de proporcionalidad. Aunque comparten algunos elementos comunes, lo cierto es que los niveles de escrutinio suelen incorporar exámenes con una estructura significativamente diferente al test alexiano (y a la ponderación simple y al test de maximalidad, en los términos explicados en el capítulo primero de este trabajo).

Es importante precisar desde este momento, que los tres niveles de escrutinio—el escrutinio ordinario, el intermedio y el estricto— no son metodologías con un alcance generalizado en la jurisprudencia estadounidense. Aunque teóricamente podrían ser utilizados para analizar la justificación de cualquier intervención a los derechos contemplados en la Constitución estadounidense, lo cierto es que la jurisprudencia ha delimitado su alcance a ciertas materias específicas.

En particular, las cortes estadounidenses han utilizado los niveles de escrutinio para analizar interferencias en ciertos derechos fundamentales—la libertad de expresión, la libertad religiosa, los derechos protegidos por el debido proceso sustantivo (*substantive due process*),²¹⁸ etc.— así como las violaciones al principio de igualdad, que en el ámbito estadounidense tiene su fundamento en la cláusula de protección igualitaria (*equal protection clause*).²¹⁹ Hay, sin embargo, otros derechos contemplados en la Constitución que son protegidos mediante otras metodologías de adjudicación constitucional que no será analizadas en este apartado.²²⁰

²¹⁸ Véase, en particular, el trabajo de Fleming y McClain (2013).

²¹⁹ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Fallon (2006) y Fallon (2019).

²²⁰ Esto, por supuesto, ha generado un caudal de críticas en la doctrina. Como apunta Aleinikoff (1987, 1002), “la Corte no ha explicado por qué la ponderación está permitida (o es obligatoria) en algunas áreas del derecho constitucional pero no en otras. Por ejemplo, nadie alega que el derecho conferido por la Quinta Enmienda a no testificar en contra de uno mismo puede ser ‘superado’ en el caso de un crimen particularmente grave. [...] ¿Qué distingue a la Quinta Enmienda de la Primera Enmienda? La Corte nunca ha dado una respuesta”. En la jurisprudencia estadounidense, cada derecho o cláusula constitucional puede generar una metodología de adjudicación diferenciada. Por ejemplo, las violaciones al derecho de privacidad, tal como está contemplado en la cuarta enmienda de la Constitución estadounidense (la cual establece que “[e]l derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable”) suelen ser analizadas bajo un esquema de reglas categóricas, que pueden ser representadas mediante árboles de decisión (Kastellec 2010). Asimismo, las violaciones al principio de separación de las iglesias y el Estado, como se mostrará en un apartado subsecuente, se analizan a partir de tests *ad hoc*, que igualmente se separa de la estructura de los niveles de escrutinio.

No es mi intención hacer aquí un recuento exhaustivo o completo de todas las aplicaciones y variantes de los niveles de escrutinio, pues ello sería imposible y excedería con creces los objetivos de este capítulo.²²¹ Tampoco haré un recuento de forma en que tribunales – por lo general, con poco tino – han generado auténticas mezclas entre los niveles de escrutinio y el test de proporcionalidad.²²²

Lo que aquí pretendo hacer simplemente es una reconstrucción conceptual y una formalización de los niveles de escrutinio, que permita identificar su estructura y compararlo con el test de proporcionalidad alexiano. Para ello, analizaré inicialmente tres casos relacionados con la protección a la libertad de expresión. Me concentro en estos casos por tres razones: (i) porque la libertad de expresión fue una de las primeras áreas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que comenzó a seguir la lógica de los escrutinios;²²³ (ii) porque los tres niveles de escrutinio han sido empleados, en diferentes momentos históricos, para analizar infracciones a este derecho fundamental; y (iii) porque los casos específicos que estudio son un buen ejemplo de los distintos tipos de exámenes que se suelen incorporar en los niveles de escrutinio.

5.2 Escrutinio estricto

La Corte Suprema estadounidense ha sostenido de manera reiterada que las restricciones basadas en contenido (*content-based*) a la libertad de expresión ameritan la aplicación de escrutinio estricto. La distinción básica que ha trazado la jurisprudencia estadounidense se da entre restricciones neutrales al contenido (*content neutral*), que ameritan empleo de un escrutinio intermedio, y restricciones basadas en contenido (*content based*), que se analizan a partir de un escrutinio estricto. De acuerdo con esta línea, una restricción puede calificarse como neutral al contenido cuando: (i) es neutral al punto de vista (*viewpoint neutral*) y (b) es neutral a la materia (*subject matter neutral*).²²⁴

Finalmente, tampoco me detengo en aquellos casos en los que, a pesar de que parecería que la Corte debía emplear los niveles de escrutinio (como en las categorías sospechosas), se terminó optando por otra metodología (Koppelman 2014). Aquí vale recordar la precisión antes referida: no pretendo, ni de lejos, presentar un análisis exhaustivo sobre la aplicación de los niveles de escrutinio, ni mucho menos todas las metodologías de adjudicación que coexisten en el derecho constitucional estadounidense. Simplemente tomo algunos ejemplos que me sirven para identificar y formalizar los elementos de esta metodología de adjudicación.

²²¹ Baste con decir que hay obras completas que se han dedicado a analizar, exclusivamente, solamente uno de los niveles de escrutinio. Quizá el mejor ejemplo de lo anterior sea el trabajo de Fallon (2019), que concentra su análisis en el escrutinio estricto.

²²² Véanse, en particular, los trabajos de Conesa Labastida (2009) e Ibarra Olguín (2019).

²²³ Bomhoff (2013, 188) ha apuntado, por ejemplo, que durante su surgimiento “en Estados Unidos la ponderación [entendida en sentido amplio] fue principalmente una característica del derecho de Primera Enmienda”.

²²⁴ Se trata de una distinción que ha generado no pocos debates y críticas, en buena medida porque la determinación del tipo de regulación (natural o de contenido) depende del nivel de escrutinio a

Un buen ejemplo de la aplicación del escrutinio estricto a las restricciones basadas en contenido es el caso *Republican Party of Minnesota v. White*.²²⁵ En este asunto, la Corte Suprema estadounidense estudió la constitucionalidad de la “cláusula de anuncio”, un canon de conducta judicial que prohibía que los candidatos a puestos judiciales “den a conocer sus puntos de vista en cuestiones legales o políticas polémicas”.²²⁶

La Corte Suprema de estadounidense señaló que la restricción contenida en la cláusula de anuncio “prohíbe tanto el discurso sobre la base de su contenido” (el “discurso sobre temas legales o políticos”) amén de que generaba una carga en una categoría se encuentra “en el núcleo” de la primera enmienda: “el discurso sobre las calificaciones de los candidatos para cargos públicos”.²²⁷

En consecuencia, la Corte Suprema procedió a aplicar un escrutinio estricto para analizar la constitucionalidad de la cláusula de anuncio. Bajo este test, sigue la Corte, existe la carga de probar que la medida bajo análisis (la cláusula de anuncio) cumple con dos condiciones:²²⁸

- (1) Busca cumplir un *interés estatal apremiante*.
- (2) Está *confeccionada estrechamente* para cumplir con dicho interés apremiante. Más específicamente, señaló que para cumplir con el requisito de confección estrecha era necesario que se demostrara que “no

emplear y, por ello, también la probabilidad de que una restricción sea considerada como (in)constitucional. Véanse, por ejemplo los trabajos de Wright (2006, 335) (en donde argumenta que las cortes deberían enfocarse en valorar, de manera realista, el “potencial represivo” de las restricciones a la libertad de expresión, y no tanto en si se trata de restricciones neutrales o basadas en contenido, una distinción que, según el autor, está plagada de complicaciones y ambigüedades) y Wright (2015) (quien alega que las tendencias jurisprudenciales recientes “han trastocado cualquier jerarquía inequívoca de rigor entre los escrutinios judiciales [para las restricciones] basadas en contenido y neutrales al contenido”, así como “cualquier claridad, coherencia y valor práctico público” de la distinción).

²²⁵ 536 U.S. 765 (2002). El juez Scalia escribió la opinión mayoritaria.

²²⁶ El canon 5(A)(3)(d)(i) del Código de Conducta Judicial de Minnesota, específicamente, el cual establecía que un candidato a una oficina judicial no deberá “dar a conocer sus puntos de vista sobre cuestiones legales o políticas en disputa” (“*announce his or her views on disputed legal or political issues*”).

²²⁷ “*As the Court of Appeals recognized, the announce clause both prohibits speech on the basis of its content and burdens a category of speech that is ‘at the core of our First Amendment freedoms’ – speech about the qualifications of candidates for public office*”.

²²⁸ “*The Court of Appeals concluded that the proper test to be applied to determine the constitutionality of such a restriction is what our cases have called strict scrutiny [...]; the parties do not dispute that this is correct. Under the strict-scrutiny test, respondents have the burden to prove that the announce clause is (1) narrowly tailored, to serve (2) a compelling state interest*”.

circunscribe innecesariamente expresiones [constitucionalmente] protegidas”.²²⁹

La corte razonó que en las instancias previas se había alegado que la restricción de la cláusula perseguía dos finalidades: (i) “preservar la imparcialidad de la judicatura estatal” y (ii) “preservar la apariencia de imparcialidad de la judicatura estatal”. Asimismo, se alegó que dichos intereses eran apremiantes puesto que el primero “protege los derechos de debido proceso de los litigantes”, mientras que el segundo “preserva la confianza pública en la judicatura”.²³⁰

Ahora bien, para evaluar si la medida bajo análisis (la cláusula de anuncio) se ajustaba a las exigencias del escrutinio estricto, la Corte razonó que era necesario definir el significado de “imparcialidad”. Para ello, utilizó tres posibles entendimientos del concepto. Aquí sólo me concentro en lo que la mayoría denominó el entendimiento “tradicional” y acorde con el “contexto judicial”, pues es precisamente a partir de este entendimiento que la Corte hizo el estudio más extenso sobre la aplicación del test de escrutinio estricto.

En el contexto judicial y tradicional –de acuerdo con la Corte– la imparcialidad “es la ausencia de sesgos a favor o en contra de cualquiera de las partes en un procedimiento”. En este sentido, la imparcialidad “garantiza a una parte que el juez que escucha su caso aplicará la ley de la misma manera en que la aplica a cualquier otra parte”.²³¹

A partir de esta definición, la Corte concluyó que la restricción no se encontraba estrechamente confeccionada para cumplir ninguno de los dos objetivos. De hecho, razonó que “la cláusula apenas está confeccionada para cumplir con ese interés, en la medida en que no restringe el discurso a favor o en contra de *partes* en lo particular, sino más bien discurso a favor o en contra de *temas* en lo particular”.²³²

²²⁹ “In order for respondents to show that the announce clause is narrowly tailored, they must demonstrate that it does not ‘unnecessarily circumscrib[e] protected expression’”.

²³⁰ “The Court of Appeals concluded that respondents had established two interests as sufficiently compelling to justify the announce clause: preserving the impartiality of the state judiciary and preserving the appearance of the impartiality of the state judiciary. [...] Respondents reassert these two interests before us, arguing that the first is compelling because it protects the due process rights of litigants, and that the second is compelling because it preserves public confidence in the judiciary”.

²³¹ “One meaning of ‘impartiality’ in the judicial context-and of course its root meaning-is the lack of bias for or against either party to the proceeding. Impartiality in this sense assures equal application of the law. That is, it guarantees a party that the judge who hears his case will apply the law to him in the same way he applies it to any other party”.

²³² “We think it plain that the announce clause is not narrowly tailored to serve impartiality (or the appearance of impartiality) in this sense. Indeed, the clause is barely tailored to serve that interest at all, in as much as it does not restrict speech for or against particular parties, but rather speech for or against particular issues”.

En consecuencia, al no pasar la segunda etapa del escrutinio estricto, la Corte concluyó que la medida violaba la primera enmienda de la Constitución estadounidense.

Aquí me interesa destacar dos cosas sobre la estructura de los exámenes que se suelen emplear en el escrutinio estricto. Por un lado, en el primer paso del test de escrutinio estricto opera en el nivel de la *importancia* o del *peso* del interés que persigue la medida. Más específicamente, se establece que la medida debe perseguir finalidad con un peso o importancia especialmente alta, esto es, que dicha finalidad sea apremiante. Y se trata, como puede verse, de una importancia o de un peso de tipo *abstracto* (y no concreto), que no depende de las particularidades del caso concreto. En la sentencia bajo análisis, por ejemplo, la Corte estimó que había dos finalidades apremiantes (preservar la imparcialidad y la apariencia de imparcialidad de la judicatura), sin que en su razonamiento se haga ningún tipo de referencia a la importancia o peso que en el caso concreto tienen.

Por otra parte, el segundo paso de esta versión del test de escrutinio estricto ya no opera en la dimensión de la *importancia* o del *peso*, sino en la de la *confección* o *ajuste*. Aquí lo que la Corte hace es ver si la medida bajo análisis tiene problemas de sobreinclusión (o subinclusión). Dicho de otro modo, la Corte se pregunta si, a la luz de la finalidad, la medida cubre más casos de los que (sobreinclusión), o bien, o si cubre menos casos de los que debería (subinclusión).²³³ En este caso, la medida es sobreinclusiva. La Corte razona que si la finalidad es preservar la imparcialidad y la apariencia de imparcialidad –entendiendo a ésta como la ausencia de sesgos a favor

²³³ Schauer (2009, 28) utiliza un ejemplo por demás ilustrativo y que más adelante retomo: las normas que buscan “prohibir cierto tipo de razas de perros – los *pit bulls*, más frecuentemente – sobre la base de que algunas razas tienden a ser más agresivas o peligrosas que otras razas”. Este sería un tipo de medida que es, al mismo tiempo, sobreinclusiva y subinclusiva. En palabras de propio Schauer, “[y]a que la mayoría de los *pitbulls* no son peligrosos, sin embargo, la prohibición sería sobreinclusiva, y dado que los perros de otras razas pueden ser peligrosos, la prohibición también sería subinclusiva”. Y, como explica el propio Schauer (2003, 123), diferentes medidas pueden ser más o menos sobreinclusivas (o subinclusivas), por lo que estamos frente a “diferencias de grado y no de especie. Una noción análoga es la de *overbreadth* (que quizá se podría traducir como “exceso de amplitud” o “amplitud excesiva”) y que sugiere que “aunque una medida puede ser eficaz para satisfacer ciertos intereses estatales, también va demasiado lejos al dañar los derechos protegidos. [...] La ley restringe demasiadas actividades legítimas y no está adecuadamente confeccionada”. (Gunn 2006, 495). Se trata, para decirlo coloquialmente, de “emplear una maza para cascar una nuez”, de “matar moscas a cañonazos” o “realizar una amputación con machete”. Eso no quiere decir que el mazo no sirva (o sea efectivo) para cascar la nuez, ni que un cañón no pueda ser útil para matar a una mosca, ni que no se pueda hacer una amputación con un machete. Significa, sobre todo, que la medida abarca más que lo que debería. De la misma forma, el test de exceso de amplitud tiene cierto parecido al examen de necesidad (entendido como la inexistencia de una medida igualmente efectiva y menos restrictiva), pero no son lo mismo. Gunn (2006, 495) alega, por ejemplo, que el análisis de la medida menos restrictiva “puede ser vista como una subclase del problema de exceso de amplitud”. Pero es importante tener en cuenta que las diferencias: el examen de exceso de amplitud *no* implica necesariamente la comparación con una medida alternativa, mientras que el examen de necesidad sí lo hace.

o en contra de las *partes*— entonces la medida restringe mucho más de lo que debería, pues no regula la posibilidad de hablar a favor o en contra de las *partes*, sino que establece una prohibición más amplia, que impide hablar de *temas* en general.

Los dos puntos señalados serán desarrollados con mayor detalle más adelante, pero desde este momento es importante señalar que estamos frente a un test que difiere notablemente del test alexiano por tres razones. En primer lugar, el test alexiano demanda sólo que la medida persiga un interés legítimo, pero el test de escrutinio estricto demanda que el interés tenga una importancia o peso alto (no sólo debe ser legítimo, sino apremiante).

En segundo lugar, desde el primer paso del test existe una suerte de ponderación implícita y abstracta. Me explico: como se estiman que las interferencias basadas en contenido a la libertad de expresión son particularmente importantes, entonces la interferencia sólo se justificará si persigue una finalidad igualmente importante (o apremiante). El uso de diferentes niveles de escrutinio, por tanto, asigna implícitamente un peso o importancia a los derechos afectados. Ahora bien, nótese cómo esta asignación de pesos (al derecho afectado y a la finalidad que persigue la medida) es abstracta en tanto no depende de las circunstancias del caso: eso implica que siempre que haya una restricción de contenido se utilizará el escrutinio estricto, y siempre que una medida busque preservar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la judicatura estatal se estará frente a finalidades imperiosas. Ahora bien, nótese cómo esta estructura difiere notablemente respecto del modelo alexiano, en el que ciertamente se asignan pesos abstractos a los derechos o principios en colisión, pero esto se hace hasta la última etapa del test, esto es, en la proporcionalidad en sentido estricto.

En tercer lugar, conviene enfatizar que la segunda parte del test de escrutinio estricto —en este caso, la confección estrecha— no se corresponde con ninguno de los exámenes del test alexiano. Esto es así, como ya se ha dicho, porque todos los tests del modelo alexiano operan en la dimensión del *peso* o de la *eficacia*, mientras que el segundo paso del escrutinio estricto opera en la dimensión del *ajuste* o de la *confección*. Esto, como se verá más adelante, es una de las diferencias estructurales más importantes entre estas dos metodologías de adjudicación.

5.3 Escrutinio intermedio

Un buen ejemplo de casos en los que la Corte Suprema estadounidense ha empleado el escrutinio intermedio para analizar posibles violaciones a un derecho constitucional son los casos de libertad de expresión en materia comercial.²³⁴ El caso

²³⁴ Como se ha apuntado anteriormente, la Corte Suprema estadounidense también aplica el escrutinio intermedio para analizar restricciones neutrales al contenido. Un ejemplo de ello es el caso *Turner Broadcasting System v. Federal Communications Commission*, 512 U.S. 622 (1994), en el cual la Corte utilizó un escrutinio intermedio para analizar la constitucionalidad de un requisito consistente

más emblemático es *Central Hudson Gas v. Public Service Commission*.²³⁵ En este caso, la Corte analizó si “una regulación de la Comisión de Servicios Públicos del Estado de Nueva York violaba las enmiendas primera y decimocuarta [de la Constitución estadounidense] ya que prohíbe completo la publicidad promocional de una empresa de servicios eléctricos”.

Lo primero que determinó la Corte en este caso es que el discurso comercial sí estaba protegido por la primera enmienda –la cual resulta aplicable a los estados a través de la decimocuarta enmienda–.²³⁶ No obstante, también reconoció que “la Constitución otorga una protección menor al discurso comercial que a otras expresiones garantizadas constitucionalmente”.²³⁷

Señalado lo anterior, la Corte continuó con su análisis al establecer que no todo discurso comercial goza de la protección de la primera enmienda. Dado que la protección constitucional del comercial “está basada en la función informativa de la publicidad”, la Corte razonó que “no puede haber objeción constitucional a la supresión de los mensajes comerciales que no informan con precisión al público sobre una actividad legal”. En consecuencia, “el gobierno puede prohibir las formas

en que las cadenas de televisión deben dedicar algunos canales para estaciones locales. Ahora bien, en el ámbito de la igualdad, la Corte Suprema estadounidense utiliza el escrutinio intermedio para distinciones basadas en sexo o género, aunque esto no sea siempre el caso a nivel local. Como apunta Jones (2019, 77), en el caso de Massachusetts, la Corte Suprema de dicho estado ha interpretado como cláusula de igualdad de la declaración de derechos local en el sentido en que a las clasificaciones basadas en sexo se les debe aplicar un escrutinio estricto: “In 1977, the SJC wrote, ‘in adopting art. 106, the people of Massachusetts have expressed their intention that the strict scrutiny required by the United States Constitution in discrimination cases involving other fundamental First Amendment rights should now be applied to distinctions based on sex’”. El artículo I de la Declaración de los Derechos de los Habitantes del Estado de Massachusetts (*Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts*) señalaba originalmente lo siguiente: “All men are born free and equal, and have certain natural, essential, and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing, and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness”. Esta disposición fue anulada por la enmienda 106 (CVI), a partir de la cual el artículo 1 de la declaración estatal establece lo siguiente: “All people are born free and equal and have certain natural, essential and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness. Equality under the law shall not be denied or abridged because of sex, race, color, creed or national origin”. Como se ve, la cláusula de igualdad de la declaración local hace que las distinciones basadas en sexo sean una categoría sospechosa y que, por tanto, el escrutinio estricto es aplicable; situación que, como se ha visto, no sucede a nivel federal. Ahora bien, en cierto sector de la doctrina se afirma que el escrutinio intermedio también se utiliza para casos en los que se discrimina a la comunidad LGBT: “it is clear that the Supreme Court has been utilizing a form of scrutiny more exacting than rational basis – i.e., heightened (or intermediate) scrutiny – when analyzing equal protection claims brought by members of the LGBT community” (Varrige 2019, 620).

²³⁵ 447 U.S. 557 (1980). El juez Powell escribió la opinión mayoritaria

²³⁶ En palabras de la propia sentencia: “The First Amendment, as applied to the States through the Fourteenth Amendment, protects commercial speech from unwarranted governmental regulation”. Sobre la incorporación de la primera enmienda véase, por ejemplo, el trabajo de Stern (2020).

²³⁷ “Constitution therefore accords a lesser protection to commercial speech than to other constitutionally guaranteed expression”.

de comunicación con mayor probabilidad de engañar al público que de informarle”.²³⁸

Ahora bien, si se determina que el discurso comercial “no es ni engañoso ni está relacionado con una actividad ilegal”, entonces se procede a hacer un escrutinio intermedio. En palabras de la sentencia:

“El Estado debe hacer valer un *interés sustancial* que se alcanzará mediante las restricciones al discurso comercial. Además, la regulación debe tener proporción con ese interés. La limitación de la expresión debe *diseñarse cuidadosamente* para lograr el objetivo estatal. El cumplimiento de este requisito puede medirse por dos criterios. Primero, la restricción debe *avanzar directamente el interés* estatal involucrado; la regulación no puede sostenerse si proporciona solo un apoyo *ineficaz* o remoto para el propósito gubernamental. En segundo lugar, si el interés gubernamental puede *ser alcanzado igualmente mediante una restricción más limitada* del discurso comercial, las restricciones excesivas no pueden perdurar”.²³⁹

Como puede verse, se trata de un test con dos (o tres) partes, según el cual las restricciones al discurso comercial deben:

- (1) La regulación debe perseguir in “*interés sustancial*”.
- (2) La regulación debe estar “*diseñada cuidadosamente*” para alcanzar ese interés. Ello implica que (i) la regulación debe “*promover directamente*” el interés estatal (ii) no debe existir una regulación alternativa que sea *igualmente efectiva pero menos restrictiva* que la regulación bajo análisis.

¿En qué se diferencia este escrutinio intermedio de la versión del escrutinio estricto que se analizó en el apartado anterior? Destaca, en primer lugar, que en vez de exigirse un “interés apremiante” (*compelling interest*), el escrutinio intermedio únicamente demanda un “interés sustancial”. De nueva cuenta, aquí vemos de nuevo que estamos frente a una ponderación implícita y abstracta. Me explico. Por un lado, el peso que se le da a la libertad de expresión, cuando se trata de discursos

²³⁸ “The First Amendment's concern for commercial speech is based on the informational function of advertising. [...] Consequently, there can be no constitutional objection to the suppression of commercial messages that do not accurately inform the public about lawful activity. The government may ban forms of communication more likely to deceive the public than to inform it”.

²³⁹ Énfasis añadido. “The State must assert a substantial interest to be achieved by restrictions on commercial speech. Moreover, the regulatory technique must be in proportion to that interest. The limitation on expression must be designed carefully to achieve the State's goal. Compliance with this requirement may be measured by two criteria. First, the restriction must directly advance the state interest involved; the regulation may not be sustained if it provides only ineffective or remote support for the government's purpose. Second, if the governmental interest could be served as well by a more limited restriction on commercial speech, the excessive restrictions cannot survive”.

comerciales, es menor que la que le da a dicho derecho cuando se hacen restricciones al discurso político. Y, dada esta menor importancia, para justificar una afectación al discurso comercial basta que la medida bajo análisis persiga un interés “sustancial”, esto es, menos importante que un interés “apremiante” (como sucede en el escrutinio estricto). Dicho de otro modo: intereses menos importantes justifican la restricción porque el peso que se le da al discurso comercial es menor que el del discurso político.

En segundo lugar, el escrutinio intermedio no exige una “confección estrecha” (*narrow tailoring*) de la regulación, sino un “diseño cuidadoso” (*careful design*). Ahora bien, si vemos los dos componentes de este diseño, veremos que hay dos diferencias importantes

La diferencia estriba en que en el escrutinio intermedio —al menos como fue configurado en este caso— no exige que la regulación no sea sobreinclusiva (*overinclusive*) o subinclusiva (*underinclusive*), esto es, los requisitos de confección estrecha, sino que basta con que la regulación “promueve directamente” el fin. Aquí, como puede verse, ya no estamos en un examen que opere en la dimensión de la *confección* o del *ajuste*, sino en la de la *eficacia* o del *peso*. Lo que se tiene que demostrar es que la medida es medianamente efectiva para alcanzar la finalidad. Y esto, como se ha visto, no es sino la idea alexiana de idoneidad o adecuación. La diferencia estriba en que aquí se exige cierto nivel de idoneidad, y no cualquier nivel de eficacia (como en el test alexiano).

La segunda diferencia este escrutinio intermedio demanda que no exista una medida o regulación que permita alcanzar el objetivo de igual forma, pero que sea menos restrictiva. De nueva cuenta, en esta versión del escrutinio intermedio, el segundo peso no opera en la dimensión de la confección, esto es, no es un análisis de sobreinclusión y subinclusión. Lo que tenemos, en realidad, es un examen que es prácticamente idéntico al subprincipio de necesidad del test alexiano.

5.4 Escrutinio ordinario

Aunque se trata de un esquema hoy superado por los precedentes, a principios del siglo XX la Suprema Corte estadounidense usó, “una aproximación que hoy en día sería descrita como una revisión de escrutinio ordinario” (*rational basis review*).²⁴⁰ Por ejemplo, el caso *Whitney v. California*,²⁴¹ la Corte analizó diversas disposiciones de la Ley de Sindicalismo. En este sentido, la mayoría razonó que dichas disposiciones podrían ser declaradas como inconstitucionales “a menos que [la ley] sea un intento

²⁴⁰ Chemerinsky (2015, 1044).

²⁴¹ 274 U.S. 357 (1927). El juez Sanford escribió la opinión de la mayoría.

arbitrario e irrazonable de ejercicio de la autoridad que, por interés público, se le ha conferido al Estado”.²⁴² Y en ese sentido, la Corte concluyó lo siguiente:

“No podemos sostener que, como se aplica aquí, la Ley [de Sindicalismo] es un ejercicio irrazonable o arbitrario del poder de policía del Estado, que infringe injustificadamente cualquier derecho de libertad de expresión, de reunión o de asociación, o que aquellas personas quienes abusan de tales derechos al unirse y promover una organización que amenaza la paz y el bienestar del Estado están protegidas del castigo por la cláusula del debido proceso”.²⁴³

Se trata, como se ha dicho, de un esquema relativamente viejo, pero que ilustra un punto central de los niveles de escrutinio: sus variantes niveles de exigencia. En el escrutinio ordinario, como se ha visto, es el menos exigente de todos ellos.

Ahora bien, es importante notar que con el paso del tiempo los campos de aplicación del escrutinio ordinario se han definido con mayor precisión. El escrutinio ordinario ya no se emplea para analizar violaciones a la libertad de expresión, sino para analizar regulaciones de tipo económico o cuando el poder legislativo actúa dentro de sus facultades expresas.²⁴⁴ Asimismo, hoy se entiende que el escrutinio ordinario demanda lo siguiente:²⁴⁵

- (1) La medida debe perseguir un *“interés legítimo”*.
- (2) La medida debe estar *“racionalmente conectada”*.

Como puede verse, de nueva cuenta tenemos aquí una ponderación implícita y abstracta. Dado que las afectaciones en materia de regulación económica son poco importantes, basta un interés que sea poco importante (esto es, un interés meramente *“legítimo”* para justificar la afectación). Y, por otra parte, vemos que el segundo paso no es otra cosa que un examen de idoneidad (con una barra baja): que la medida sea eficaz para alcanzar la finalidad. Como puede verse, el escrutinio ordinario se parece mucho a los primeros pasos del test alexiano: la existencia de una finalidad legítima y que la medida sea idónea. La diferencia, por supuesto, es que el escrutinio no demanda ni los exámenes de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto (del test alexiano), ni tampoco ningún tipo de análisis de confección.

²⁴² “Every presumption is to be indulged in favor of the validity of the statute, [...] and it may not be declared unconstitutional unless it is an arbitrary or unreasonable attempt to exercise the authority vested in the State in the public interest”.

²⁴³ “We cannot hold that, as here applied, the Act is an unreasonable or arbitrary exercise of the police power of the State, unwarrantably infringing any right of free speech, assembly or association, or that those persons are protected from punishment by the due process clause who abuse such rights by joining and furthering an organization thus menacing the peace and welfare of the State”.

²⁴⁴ Klein (1984, 321).

²⁴⁵ Véanse, por mencionar algunos ejemplos recuents, los trabajos de Fleming y McClain (2013, 238) y de Fallon (2019, 2).

5.5 Formalización de los niveles de escrutinio

Los casos que se han desarrollado permiten apreciar algunas de las principales características de los elementos que conforman los niveles de escrutinio. Ahora bien, en este apartado presento una visión esquemática de los niveles de escrutinio, así como una formalización que echa mano, sobre todo, de las gráficas que he empleado en el primer capítulo.

Como se verá, los niveles de escrutinio implican hasta cuatro exámenes diferentes: (i) un examen de importancia, (ii) un examen de idoneidad (o de nivel de conexión), (iii) un examen de necesidad (o de afectación mínima) y (iv) un examen de confección estrecha. En términos generales, la tabla 2.1 sintetiza los diferentes pasos y estructuras de los niveles de escrutinio.²⁴⁶

Tabla 2.1
Estructura y elementos de los escrutinios ordinario, intermedio y estricto

Nivel de escrutinio	Paso uno	Paso dos		
	Importancia del interés (i)	Nivel de idoneidad (ii)	Medidas alternativas (iii)	Nivel de confección (iv)
Ordinario	Legítimo	Relación racional		
Intermedio	Sustancial	Relación sustancial	Alternativa menos restrictiva (necesidad)	Confección estrecha
Estricto	Apremiante	Relación directa	Alternativa menos restrictiva (necesidad)	Confección estrecha

Fuente: elaboración propia

²⁴⁶ Para la construcción de esta gráfica echo mano de diversos trabajos, pero principalmente de Gardbaum (2008), Fleming y McClain (2013), Kelso (2013), Marks (2015), Spence y Yokum (2015), Fallon (2019). En todo caso, debo enfatizar que presento aquí una síntesis esquemática de los elementos más relevantes, pues en los hechos los tests pueden tener aún más variantes si se introducen, por ejemplo, variables como las diferentes cargas argumentativas y probatorias. Asimismo, es importante notar que, como se ve en ejemplos, los escrutinios intermedio y estricto pueden tener diferentes combinaciones de exámenes.

5.5.1 Primer paso: el examen de importancia (o la determinación del nivel de escrutinio y de la importancia del interés que persigue la medida)

Como se ha visto, en los niveles de escrutinio hay una suerte de paso cero: la determinación del nivel de escrutinio que se aplicará. En apartados precedentes se dieron ejemplos concretos: la protección del discurso político por restricciones a contenido dispara el escrutinio estricto; la protección del discurso comercial no engañoso, el escrutinio intermedio; y, las regulaciones en materia económica, el ordinario. Si usamos una escala triádica, podríamos decir que, implícitamente, la Corte asigna un peso diferenciado a la protección de diferentes derechos: la libertad de expresión en materia política tiene una importancia alta, la libertad de expresión en materia comercial una importancia media y las libertades económicas una importancia baja.

Ahora bien, cada nivel de escrutinio demanda un tipo de interés diferente y creciente. En el escrutinio ordinario, basta con que la medida persiga un fin legítimo. En el intermedio, la barra se eleva: la medida debe perseguir una finalidad sustancial, o de lo contrario la medida será inválida. En el escrutinio estricto, por último, se exige que la medida persiga una finalidad imperiosa.

¿Qué significa lo anterior? Que, como se ha visto, los niveles de escrutinio implican una suerte de ponderación implícita y abstracta, que compara la importancia del derecho afectado por la medida y la importancia del interés perseguido por la medida. Así, una interferencia en un derecho o libertad con importancia baja (como la libertad económica) demandará, cuando menos, la consecución de un interés de importancia baja (un interés legítimo). Un derecho o libertad de importancia media (como la expresión comercial) exigirá, por lo menos, la consecución de un interés de importancia media (un interés sustancial). Y, finalmente, un derecho o libertad de importancia alta (como la expresión política) exigirá, al menos, la consecución de un interés de importancia alta (un interés apremiante).

La gráfica 2.1 permite advertir, visualmente, cómo opera el examen de necesidad de los niveles de escrutinio estadounidenses.

Gráfica 2.1
El examen de importancia

Nivel de escrutinio	Estricto (Derechos de importancia alta)	No cumple con el examen de importancia	No cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia
	Intermedio (Derechos de importancia media)	No cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia
	Ordinario (Derechos de importancia baja)	Cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia	Cumple con el examen de importancia
		Legítimo	Importante o sustancial	Apremiante

**Importancia del interés
perseguido por la medida (I)**

Fuente: elaboración propia.

Aquí la estructura ponderativa del examen de importancia es todavía más clara. En un extremo, si estamos frente a una afectación a un derecho de importancia baja, es necesario aplicar un escrutinio ordinario. Eso implica que, para ser válida, basta que el fin perseguido sea legítimo para pasar el examen de importancia. Pero, por supuesto, este examen también será pasado si la medida persigue un fin de mayor importancia (esto es, si el fin es importante o apremiante).

En otro extremo, si la medida genera una afectación en un derecho de importancia alta, entonces es necesario aplicar un escrutinio estricto. En este caso, para que la medida pase el examen de necesidad se requiere que la medida persiga un interés de importancia alta, esto es, un interés apremiante. De lo contrario, la medida será inválida. Si, por ejemplo, el interés tiene una importancia menor (sea un interés importante o, peor aún, meramente legítimo), entonces no se pasará el examen de importancia y la medida será inválida.

La lógica, como puede verse, es clara: la afectación de derechos de poca importancia demanda al menos la consecución de fines de poca importancia; la de derechos de importancia media, fines de importancia media; y, la de derechos de importancia alta, fines de importancia alta.

Ahora bien, conviene apuntar algunas características importantes del examen de importancia. La primera es que este examen implica una ponderación implícita, pues los tribunales no suelen hacer patente esta lógica. Al determinar el nivel de escrutinio a aplicar, implícitamente hacen dos cosas: (i) asignarle una importancia al derecho afectado y (ii) establecer la importancia de interés que debe perseguir la medida para alcanzar la finalidad. En segundo lugar, esta ponderación es abstracta ya que, como se ha visto en los ejemplos, la importancia del derecho afectado y la importancia del fin perseguido no dependen de las circunstancias del caso concreto. En tercer lugar, el examen de importancia muestra que aquí sí estamos frente a un test genuinamente escalonado: sólo si se pasa el examen de importancia se continúa con el paso (o los pasos) subsecuentes; de lo contrario, la medida se estima inválida.

Desde aquí es posible advertir importancias notables con el modelo alexiano. Como se ha mostrado, en el capítulo anterior, en el test de proporcionalidad no hay ninguna ponderación abstracta, y mucho menos como primer paso de un test genuinamente escalonado. Quizá lo más cercano es el paso abstracto que se le asigna a los derechos en colisión en el último paso — la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación —, pero lo cierto es que en el test alexiano una diferencia en el peso abstracto siempre puede ser compensada por las otras dos variables de la fórmula del peso (el peso concreto de los principios o la seguridad de las premisas empíricas). En cambio, en los niveles de escrutinio, la ponderación (implícita) entre la importancia del derecho y el interés es un primer paso que no puede ser compensado nunca.

En ese sentido, es justo decir que, en este aspecto, los niveles de escrutinio son más exigentes que el test alexiano, sobre todo cuando se está frente a derechos de la mayor importancia. Esto es así ya que, en el modelo alexiano, la restricción a un derecho de importancia alta (en abstracto) puede ser justificado por la consecución de un fin de importancia media o baja (en abstracto), siempre y cuando dicha diferencia sea compensada por un mayor peso concreto del fin perseguido o por una mayor seguridad de las premisas empíricas respecto a dicho fin. En cambio, en los niveles de escrutinio estadounidenses esto no es posible: un interés de importancia media (en abstracto) jamás justificará la afectación a un derecho de importancia alta (en abstracto).

5.5.2 Segundo paso: el examen del nivel de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de confección estrecha

Aunque se suele decir que los niveles de escrutinio implican sólo dos tipos de exámenes, lo cierto es que los trabajos más recientes han reconocido plenamente que esto no es así. En realidad, los niveles de escrutinio intermedio y estricto pueden incorporar más de un examen en el segundo paso del test. Esto ha generado confusión en la literatura especializada que es entendible si consideramos que — como ha apuntado Fallon en el más completo estudio del escrutinio estricto — el

segundo paso de los niveles de escrutinio “ha generado escasas investigaciones sistemáticas”.²⁴⁷

Echando mano de trabajos relativamente recientes, en este apartado realizo una distinción conceptual entre los tres exámenes que pueden incluirse en el segundo paso de los niveles de escrutinio: (i) el examen de nivel de idoneidad (o nivel de conexión), (ii) el examen de necesidad y (iii) el examen de confección estrecha.²⁴⁸ Lo que pretendo, de nueva cuenta, es brindar claridad al debate, y presentar una formalización que permita comprender mejor la estructura de los niveles de escrutinio y compararlo con el modelo alexiano.

(1) El examen de idoneidad (o nivel de conexión) en los niveles de escrutinio

El primer tipo de examen que se puede encontrar en todos los niveles de escrutinio es lo que podríamos denominar un examen de idoneidad o de nivel de conexión. Este examen opera en la dimensión de la eficacia o de la idoneidad: se busca determinar, por tanto, en qué grado la medida contribuye a la consecución del interés. La lógica es, de nuevo, sencilla: dependiendo de la importancia del derecho o libertad afectada, se pedirá que la medida sea más o menos eficaz para alcanzar el interés perseguido por la medida. La gráfica 2.2 muestra cómo opera este examen.

²⁴⁷ Fallon (2019, 60).

²⁴⁸ Gardam (2008, 429) señala, por una parte, que los derechos que tiene un escrutinio más elevado (sea escrutinio intermedio o escrutinio estricto) incorporan más de dos exámenes en el segundo paso: “para esos derechos se usa una versión de la afectación mínima (medida menos restrictiva, necesidad, confección estrecha y relación sustancial), tanto en el escrutinio estricto como en el escrutinio intermedio”. En sentido similar, Spence and Yokum (2015, 306) señalan que en el segundo paso se pueden incluir los siguientes exámenes: (i) escrutinio de sobreinclusión y subinclusión, (ii) escrutinio de avance sustantivo de la finalidad o (iii) escrutinio de necesidad. Que estos exámenes son distintos quedará claro, entre otras cosas, por el hecho de que la doctrina suele discutir sobre qué tipo de examen debe aplicarse en casos distintos. Por ejemplo, Seidman (2015) alega que en el caso *Burwell v. Hobby Lobby*, la Corte estableció un test de necesidad (o de alternativa menos restrictiva), pero que dicho examen debería ser sustituido por uno de confección estrecha.

Gráfica 2.2
El examen de idoneidad (o de nivel de conexión)

Nivel de escrutinio	Estricto (Derechos de importancia alta)	No cumple con examen de idoneidad	No cumple con examen de idoneidad	Cumple con el primer examen
	Intermedio (Derechos de importancia media)	No cumple con examen de idoneidad	Cumple con examen de idoneidad	Cumple con examen de idoneidad
	Ordinario (Derechos de importancia baja)	Cumple con examen de idoneidad	Cumple con examen de idoneidad	Cumple con examen de idoneidad
		Racional	Sustancial	Estrecha
		Nivel de idoneidad o de conexión		
		(C)		

Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, si se trata de un derecho de importancia baja, se aplica el escrutinio ordinario y, en consecuencia, este examen demanda que haya, al menos, un nivel de idoneidad igualmente bajo: basta con que exista una conexión racional entre la medida y el interés que se persigue. En el siguiente nivel, cuando se afecta un derecho de importancia media, se aplica un escrutinio intermedio, que exige que haya un nivel de eficacia o de idoneidad mayor. En este caso, debe existir al menos una conexión “sustancial” entre la medida y el interés perseguido. Finalmente, en el tercer nivel, frente a afectaciones a derechos de importancia alta disparan el escrutinio estricto, que demanda un nivel alto de idoneidad o de conexión, esto es, una conexión estrecha.

A primera vista, se trata de un examen que se parece mucho al examen de idoneidad del test alexiano, en la medida en que opera en el nivel de la eficacia. Sin embargo, es claro que se trata de un examen mucho más exigente. En el test alexiano, basta con que la medida contribuya, en cualquier grado, a la consecución de la finalidad (diríamos, por tanto, que basta con que el grado de idoneidad sea mayor a cero). Y, sin embargo, en los niveles de escrutinio, dependiendo de la importancia del derecho afectado se demandará un determinado nivel de idoneidad.

Un ejemplo sirve para ilustrar el contraste entre el test alexiano y los niveles de escrutinio. En caso de que se afecte un derecho de importancia alta (el discurso en

materia política por una restricción de contenido), en Estados Unidos habría que aplicar un escrutinio estricto. En este nivel de escrutinio, no basta con que haya un nivel de idoneidad baja (conexión racional) o media (conexión sustancial) entre la medida y la finalidad. En estos dos supuestos, la medida no pasaría el examen de idoneidad y, por tanto, sería inválida. Pero esto no sucedería si aplicamos el test alexiano. En este caso, aunque la medida afecte un derecho tan importante como la libertad de expresión basta que la medida contribuya en cualquier grado para alcanzar el fin perseguido. En consecuencia, incluso si el nivel de idoneidad es bajo (conexión racional) o medio (conexión sustancial), la medida pasaría el examen de idoneidad. En pocas palabras: en estos dos supuestos, la medida pasa el test alexiano, pero no el escrutinio estricto.

Como puede verse, en este segundo examen también queda claro que los niveles de escrutinio estricto son más exigentes que el test alexiano. Y, de nuevo, esto es consecuencia de la relevancia que los niveles de escrutinio dan al peso abstracto de los derechos y de las libertades. Así, entre mayor sea el peso abstracto, mayor será el nivel de idoneidad o de conexión que se exige, lo cual no sucede con el test alexiano.

(2) El examen de necesidad (o de alternativa menos restrictiva) en los niveles de escrutinio

Otro tipo de examen que es posible encontrar en el escrutinio intermedio y en el escrutinio estricto (pero no así en el escrutinio ordinario) es lo que suele denominarse examen de necesidad (*necessity*) o de alternativa menos restrictiva (*less restrictive means*). Aunque sea obvio, es importante notar que en los niveles de escrutinio sí existe una relación de escalonamiento entre el examen de idoneidad y el examen de necesidad. Dicho de otro modo: si la medida no pasa el examen de idoneidad, entonces ya no es posible hacer el examen de necesidad. Este punto quedará claro a lo largo de la exposición.

Ahora bien, ¿qué implica el examen de necesidad? Aquí lo que se determina es si existe una medida igualmente idónea o eficaz para alcanzar el interés, pero que sea menos restrictiva en términos del derecho afectado.²⁴⁹ Se trata, como puede verse, de un examen que coincide con el examen de necesidad del modelo alexiano. Y, al igual que en el modelo alexiano, el examen de necesidad implica la determinación de una variable clave: el nivel de afectación que genera la medida (alta, media o baja).

²⁴⁹ Como explica Marks (2015, 21), la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido el examen de medida menos restrictiva (*least restrictive means test*) que implica que la medida alternativa debe ser: (i) igual o más efectiva que la media impugnada y (ii) menos restrictiva que la medida impugnada. Asimismo, existen dos requisitos que operan en plano de lo fácticamente posible: que la medida alternativa sea jurídica y fiscalmente posible.

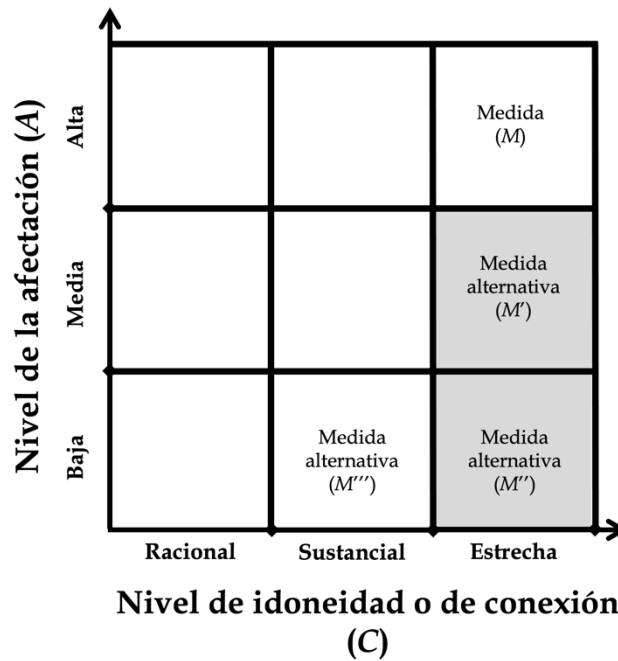
Veamos, primero, cómo opera el examen de necesidad en los niveles de escrutinio. Recordemos que, si estamos en esta etapa del test, eso implica varias cosas: (i) que existe una medida que incide en un derecho fundamental de importancia alta que dispara el escrutinio estricto, (ii) que la medida sí persigue un interés apremiante (y que por ello pasó el examen de importancia) y (iii) que la medida tiene un alto nivel de idoneidad (o una conexión estrecha) con la finalidad (razón por la cual pasó el examen de idoneidad).

Pues bien, para hacer el examen de necesidad es necesario, como se ha visto, determinar el nivel de afectación que genera la medida. Analicemos un primer caso: cuando la afectación es alta. La gráfica 2.3 muestra cómo opera el examen de necesidad en el escrutinio estricto en este caso. Por un lado, la medida M se encuentra ubicada en dicha posición ya que: su nivel de idoneidad o de conexión es alto (esto lo sabemos porque la medida ya pasó el examen de idoneidad) y su nivel de afectación es también alto. Asimismo, tenemos tres medidas alternativas: M' , M'' y M''' .

Ahora bien, ¿cuáles son las medidas alternativas que hacen que la medida M no supere el test de necesidad? La gráfica da la respuesta: aquellas que están sombreadas. Como puede verse, la existencia tanto de la medida alternativa M' como de la medida alternativa M'' permiten invalidar a la medida M . Esto es así ya que ambas medidas son igual de idóneas que M (esto es, tienen un nivel alto de idoneidad o una conexión estrecha) y, al mismo tiempo, son menos restrictivas que M . Específicamente, M' genera una afectación media, mientras que M'' genera una afectación leve. La lógica de este examen, como puede verse, es exactamente a la del examen de necesidad alexiano: optar por M' o por M'' garantiza el mismo nivel de beneficios (en términos del fin perseguido) y genera menos costos (en términos del derecho afectado).

Gráfica 2.3

Examen de necesidad en escrutinio estricto cuando la medida genera una afectación alta



Fuente: elaboración propia.

La medida alternativa M'' , por el contrario, no permite invalidar a la medida M . Esto es así ya que esta medida alternativa no cumple con la doble regla del examen de necesidad: es cierto que M' es menos restrictiva que M , pero al mismo tiempo es menos idónea. O, para decirlo de otra manera: optar por la medida M'' genera menores costos, pero también genera menos beneficios.

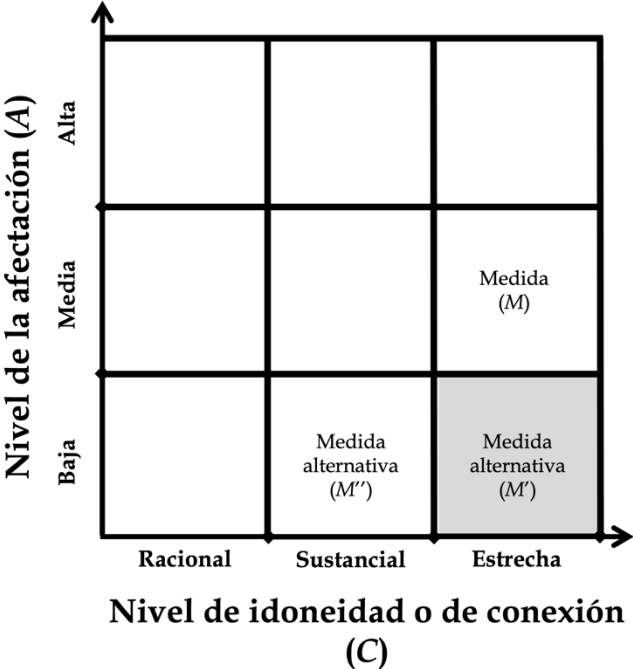
Explicada la lógica del examen de necesidad en el escrutinio estricto mediante este ejemplo, creo que no tiene caso detenerme mucho más en las otras combinaciones. Sólo para ilustrar de mejor forma el punto, las siguientes gráficas representan el análisis de necesidad en: (i) el escrutinio estricto cuando la afectación es media (gráfica 2.4), (ii) el escrutinio estricto cuando la afectación es baja (gráfica 2.5) y (iii) el escrutinio intermedio cuando la medida tiene un nivel de idoneidad medio (conexión sustancial) y genera una afectación alta (gráfica 2.6).²⁵⁰ En todos los casos, la representación gráfica es la misma: las medidas alternativas (M' , M'' , ...) que

²⁵⁰ No ahonda mucho en el tema, pero nótese cómo el examen de necesidad en los niveles de escrutinio también tiene un problema de optimización. En particular, véase la gráfica 2.6. Ahí, la medida alternativa M' no permite invalidar a la medida M . Esto es así porque M' , aunque es más idónea, no es menos restrictiva que M (ambas son igual de restrictivas). Por tanto, si solo existiera la medida alternativa M' , entonces M no sería invalidada. Pero desde un punto de vista de optimización (o de un examen de optimalidad como el que he propuesto en este trabajo), por supuesto que habría que optar por M' , pues se trataría de una medida que generaría mayores beneficios netos.

invalidan a la medida bajo análisis se encuentran en el área gris, mientras que las medidas alternativas que están en el área en blanco.

Gráfica 2.4

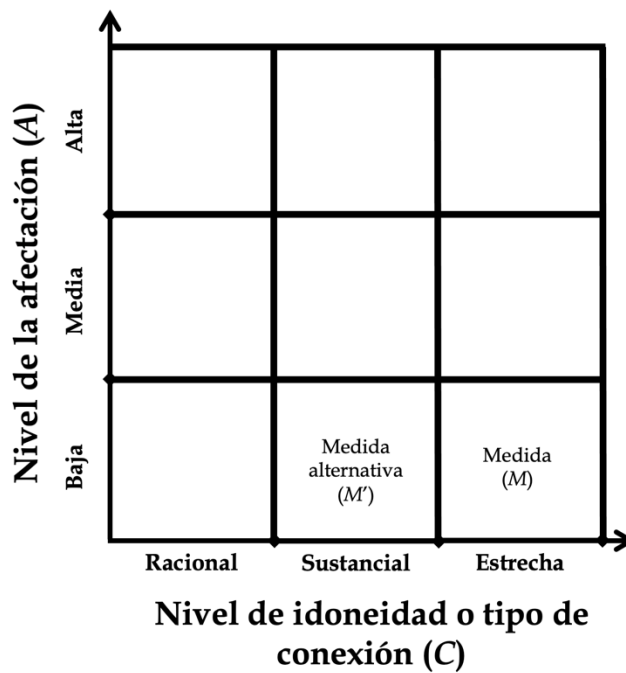
Examen de necesidad en escrutinio estricto cuando la medida genera una afectación media



Fuente: elaboración propia.

Gráfica 2.5

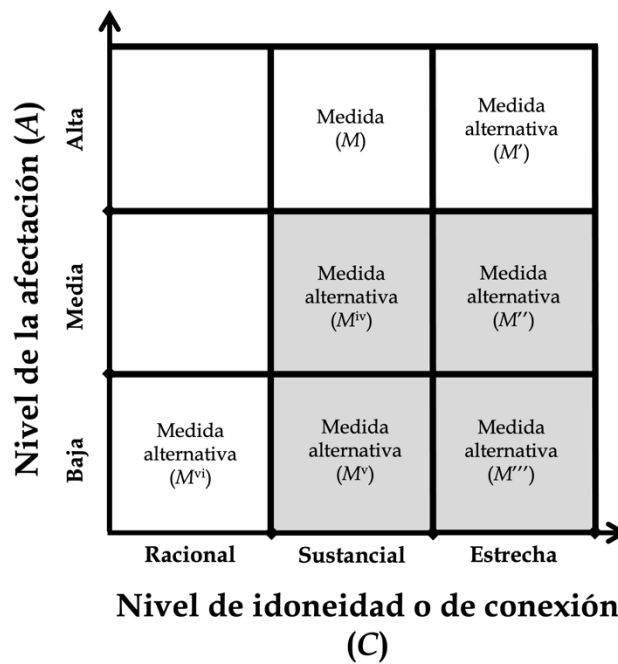
Examen de necesidad en escrutinio estricto cuando la medida genera una afectación leve



Fuente: elaboración propia.

Gráfica 2.6

Examen de necesidad en escrutinio intermedio cuando la medida tiene un nivel de idoneidad medio (conexión sustancial) y genera una afectación alta



Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, el examen de necesidad (o de medida menos restrictiva) es el único elemento de los niveles de escrutinio estadounidenses que tiene exactamente la misma lógica que el examen de necesidad en el test alexiano. Lo que se busca es que no haya medidas alternativas que, al mismo tiempo, sean igual o más idóneas, pero menos restrictivas.

(3) El examen de confección estrecha en los niveles de escrutinio

Finalmente, en el segundo paso de los niveles de escrutinio intermedio y escrutinio estricto es posible encontrar el examen de confección estrecha. Como se verá, a diferencia de los pasos previos, este es un examen independiente y que opera en una dimensión distinta. Es independiente ya que puede ser aplicado en solitario o en conjunto con los exámenes de idoneidad y de necesidad. No tiene, por tanto, una estructura escalonada respecto a estos dos exámenes. Y opera en una dimensión distinta: la del ajuste o confección, a diferencia de los exámenes de necesidad e idoneidad, que operan en la dimensión de la eficacia o del peso.

¿Qué es la confección estrecha? Como se trata de un examen que opera en una dimensión diferente al peso o la eficacia, conviene detenerse con detalle. En términos generales, habría que decir que el examen de confección estrecha busca determinar si la medida bajo análisis tiene problemas de sobreinclusión y de subinclusión.

Schauer utiliza un ejemplo por demás ilustrativo para explicar ambos conceptos: las normas que buscan prohibir a los perros de la raza pitbull sobre la base de que son muy agresivos o peligrosos.²⁵¹ Este sería un tipo de medida que es, al mismo tiempo, sobreinclusiva y subinclusiva. En palabras de propio Schauer, “[y]a que la mayoría de los pitbulls no son peligrosos [...] la prohibición sería sobreinclusiva, y dado que los perros de otras razas pueden ser peligrosos, la prohibición también sería subinclusiva”. Y, como explica el propio Schauer, diferentes medidas pueden ser más o menos sobreinclusivas (o subinclusivas), por lo que estamos frente a “diferencias de grado y no de especie”.²⁵²

Gráficamente, la subinclusión y la sobreinclusión pueden ser representadas mediante un diagrama de Venn.²⁵³ En la gráfica 2.7, el círculo **D** contiene los casos que *debería* cubrir la medida a la luz de la finalidad o interés que se persigue. Por otra parte, el círculo **E** representa los casos que, *en los hechos*, son cubiertos por la medida. Además, la gráfica tiene nueve casos (C_1, C_2, \dots, C_9).

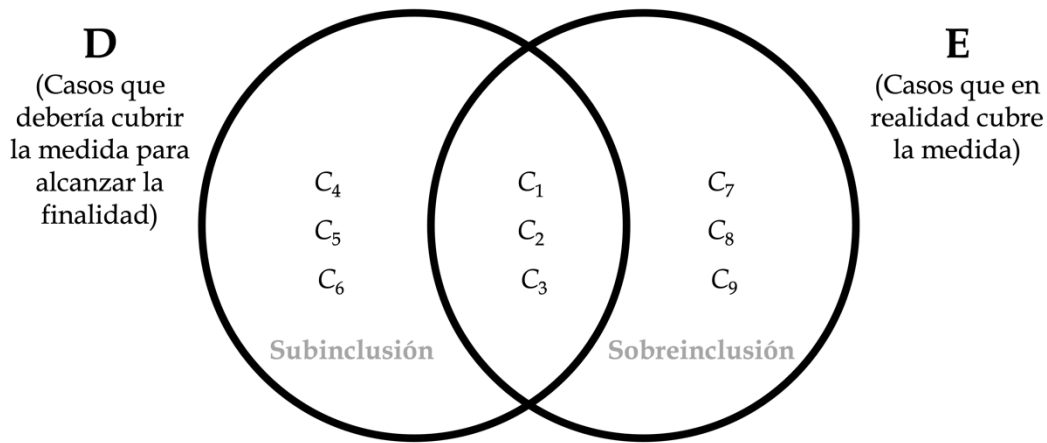
²⁵¹ Schauer (2009, 28).

²⁵² Schauer (2003, 123).

²⁵³ Por su notable difusión, uso aquí la representación gráfica que emplean Copi, Cohen y McMahon (2014).

Gráfica 2.7

Diagrama de Venn que representa las relaciones de confección (subinclusión y sobreinclusión)



Fuente: elaboración propia.

Podemos utilizar el ejemplo de Schauer para explicar las relaciones de sobreinclusión y de subinclusión. Supongamos que se está realizando un examen de confección estrecha de una medida que prohíbe la entrada de pitbulls a los parques públicos. La medida busca, entre otras cosas, proteger la seguridad, integridad y hasta la vida de las personas que transitan en el parque, sobre el argumento de que los pitbulls son muy agresivos. Pues bien, el círculo **D**, en este caso, contendría el conjunto de perros peligrosos, esto es, los casos que la medida debería cubrir a la luz de su finalidad (proteger la seguridad, integridad y vida de los asistentes al parque). Por su parte, el círculo **E** contendría el conjunto de todos los pitbulls, es decir, los casos que en realidad cubre la medida.

Ahora bien, como puede verse, los casos C₁, C₂ y C₃ se encuentran ubicados en la intersección de los círculos **D** y **E**. Estos son los casos que, por tanto, (i) deberían ser cubiertos por la medida a la luz de su finalidad y, al mismo tiempo, (ii) están cubiertos por la medida. C₁, C₂ y C₃ son, por tanto, tanto perros peligrosos (**D**) como perros de la raza pitbull (**E**). En estos casos no tenemos ningún problema de sobreinclusión o de subinclusión.

Pero una cosa diferente sucede con los casos C₄, C₅ y C₆. Estos son casos de perros peligrosos que deberían estar cubiertos por la medida (por eso forman parte de **D**), pero que en los hechos no están cubiertos por la medida (por eso están fuera de la intersección con **E**). Estos tres casos podrían corresponder, por ejemplo, a otras razas peligrosas tales como los rottweiler y los pastores alemanes.²⁵⁴ Son casos que deberían ser incluidos (por ser razas peligrosas) pero que en los hechos no cubre la medida (pues no son pitbulls). Este sería, por tanto, un problema de subinclusión.

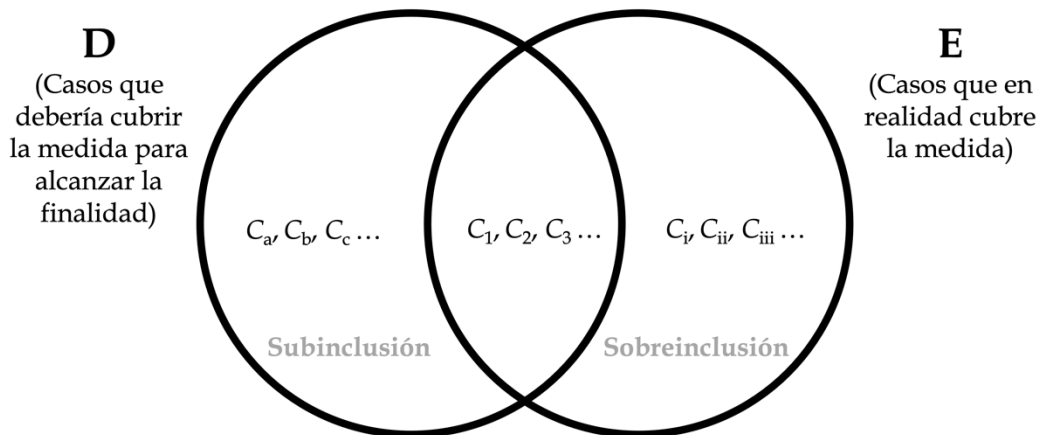
²⁵⁴ Véase, sólo a manera de ejemplo, el trabajo de Sacks y otros (2000).

Lo opuesto sucede con los casos C_7 , C_8 y C_9 . Estos casos que sí cubre la medida (por eso están en **E**) pero que no deberían estar cubiertos (por eso no están en **D**). Dicho de otro modo: son perros pitbull que no son peligrosos. Este, por tanto, sería un problema de sobreinclusión.

Más allá de este ejemplo concreto, las siguientes gráficas generalizan el análisis, y presentan ejemplos de medidas que: (i) tienen tanto problemas de sobreinclusión como de subinclusión (gráfica 2.8); (ii) sólo tienen problemas de sobreinclusión (gráfica 2.9); (iii) sólo tienen problemas de subinclusión (gráfica 2.10); y (iv) no tienen problemas ni de sobreinclusión ni de subinclusión, esto es, que tienen una confección perfecta (gráfica 2.11).

Gráfica 2.8

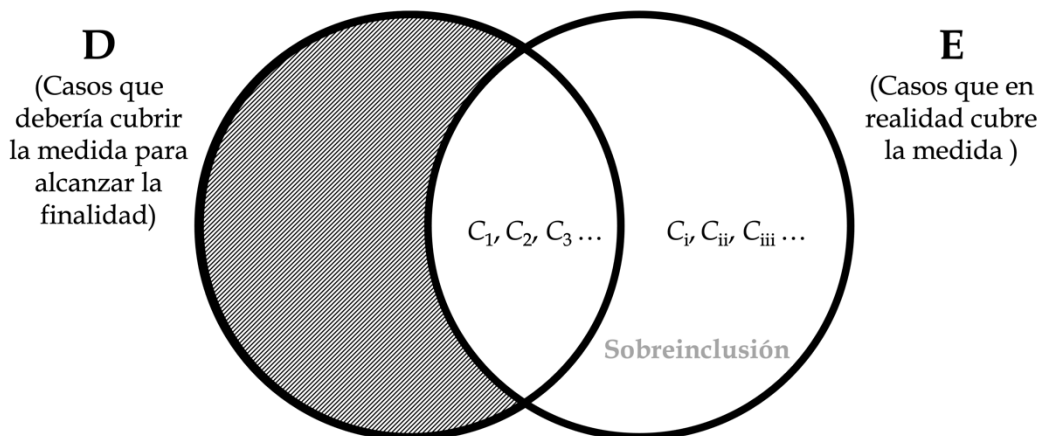
Medida con problemas de sobreinclusión y de subinclusión



Fuente: elaboración propia.

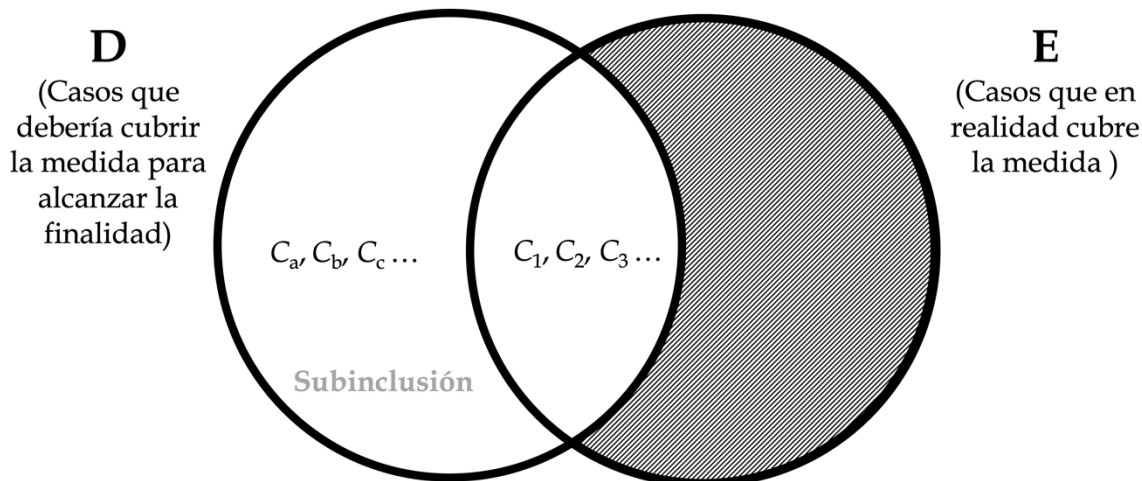
Gráfica 2.9

Medida con problemas de sobreinclusión



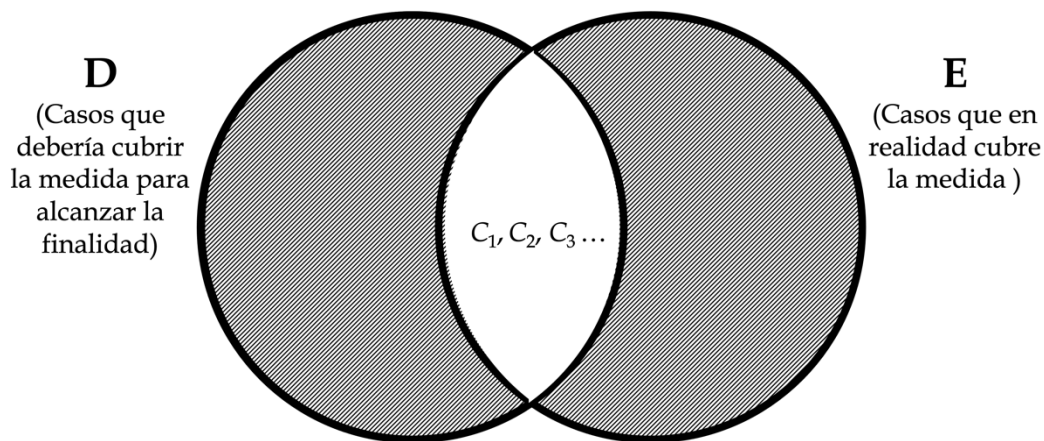
Fuente: elaboración propia.

Gráfica 2.10
Medida con problemas de subinclusión



Fuente: elaboración propia.

Gráfica 2.10
Medida perfectamente confeccionada (sin problemas de sobreinclusión o subinclusión)



Fuente: elaboración propia.

Como puede verse, la gráfica 2.10 presenta un caso donde la medida no tiene ningún problema de subinclusión ni de sobreinclusión. Es en ese sentido, una medida *perfectamente confeccionada*: la medida, en los hechos, cubre todos los casos que debería cubrir (nada más y nada menos).

Por supuesto, el examen de confección estrecha no exige que las medidas bajo análisis estén perfectamente confeccionadas, pues esto es prácticamente imposible. Como se ha visto la sobreinclusión y la subinclusión son siempre un problema de grado. La Corte Suprema estadounidense así lo ha reconocido, aunque ciertamente nunca ha definido qué nivel de sobreinclusión y sobreinclusión es tolerable.²⁵⁵ Esto, por supuesto, es por demás problemático y abre enormes márgenes de discrecionalidad, como se verá en un ejemplo posterior.

Pero antes de ilustrar este punto con un caso concreto, me interesa enfatizar, desde ahora, que el examen de confección estrecha opera con una lógica distinta a la del test alexiano. Aquí no se analiza la importancia de un derecho o interés, ni tampoco se busca determinar en qué grado la medida es eficaz para alcanzar una finalidad. Como se ha dicho, este examen opera en la dimensión del ajuste o de la confección y es, en esa medida, estructuralmente distinta a los exámenes del test alexiano (y al examen de optimalidad).

Asimismo, se trata de un examen independiente que puede ser particularmente exigente: dado que rara vez existe una medida perfectamente confeccionada, cuando las cortes adoptan un nivel muy alto de exigencia se vuelve casi imposible pasar este examen. En este sentido, los niveles de escrutinio que incorporan este examen (es decir, el escrutinio intermedio y, sobre todo, el estricto) son más exigentes que el test alexiano por dos razones: por establecer un examen adicional, no contemplado por el test alexiano, y que por tanto abre más oportunidades para invalidar una medida; y por el hecho de que, si las cortes establecen un nivel muy alto de confección, prácticamente cualquier medida podría ser invalidada.

Ahora bien, utilizo simplemente otro ejemplo para enfatizar cuán discrecional puede ser la aplicación del examen de confección estrecha.²⁵⁶ Se trata del caso *Williams-Yulee v. Florida Bar*,²⁵⁷ en la cual la Corte Suprema estadounidense analizó la constitucionalidad del canon 7C (1) del Código de Conducta Judicial del estado de Florida, el cual establecía, en lo que interesa, que las personas aspirantes a cargos judiciales no podían solicitar personalmente donativos para sus campañas.

Los antecedentes del caso son los siguientes. En septiembre de 2009, Lanell Williams-Yulee, una abogada residente en Florida, decidió competir en las elecciones primarias por un lugar en la Corte del Condado de Hillsborough. Como parte de su campaña, Yulee publicó en internet y envió a los votantes del condado una carta en la que describió su experiencia y su deseo de “llevar ideas frescas y soluciones positivas al poder judicial”. Asimismo, en la carta señaló que “una contribución temprana de \$25, \$50, \$100, \$250 o \$500 [dólares] [...] ayudará a reunir

²⁵⁵ Fallon (2019, 63).

²⁵⁶ Para esta exposición, reproduzco el análisis que realicé en Martín Reyes (2015).

²⁵⁷ 575 US _ (2015).

los fondos necesarios para el lanzamiento de la campaña y para hacer escuchar nuestro mensaje”.

Yulee perdió la elección primaria. A pesar de ello, la barra de abogados de Florida presentó una queja en su contra por violar la prohibición consistente en no solicitar contribuciones de manera personal. La Corte Suprema de Justicia de Florida decidió amonestar públicamente a Yulee y la condenó a pagar los costos del proceso. Para llegar a esta conclusión, la corte estatal concluyó, por una parte, que el canon 7C(1) claramente afectaba la libertad de expresión de los candidatos judiciales, pero que, por la otra, dicha medida cumplía con los parámetros del escrutinio estricto.

La decisión de la corte estatal fue impugnada. La Corte Suprema decidió analizar el caso y, en una votación 5 vs. 4, la mayoría estimó que el canon 7C(1) era constitucional. En primer lugar, la mayoría estimó que el canon imponía una restricción a la libertad de expresión con base en su contenido y que, por ende, procedía realizar un escrutinio estricto.

En segundo lugar, la mayoría de la Corte estimó que la medida sí pasaba lo que aquí he denominado el examen de importancia. En particular, señaló que la restricción del canon 7C(1) buscaba proteger dos intereses estatales apremiantes: mantener la integridad de los jueces y la confianza de la ciudadanía en una judicatura imparcial. En ese sentido, razonó que los jueces se encuentran obligados a actuar con estricta neutralidad e independencia, por lo que “no pueden suplicar a los donadores sin que esto suponga una disminución de la confianza del público en la integridad judicial”. Después de recordar que la mayoría de las donaciones a las campañas judiciales provienen de litigantes, la mayoría de la Corte enfatizó que la solicitud directa de dinero por parte de los jueces “inevitablemente pone a los individuos a quienes se les solicita dinero en la posición de temer una represalia si es que no apoyan financieramente al candidato”.

En tercer lugar, la mayoría de la Corte Suprema concluyó que la restricción también pasaba el examen de confección estrecha, es decir, concluyó que la medida no era ni subinclusiva (*underinclusive*) ni sobreinclusiva (*overinclusive*). Conviene detenerse en los detalles de la argumentación.

En ese sentido, lo primero que habría que decir es que Yulee argumentó que la restricción era subinclusiva ya que no se restringían otros tipos de actividades que eran igualmente dañinas para la integridad de la Corte: (i) la solicitud indirecta de dinero, esto es, a través de los comités de apoyo a los candidatos y (ii) el envío de cartas de agradecimiento por parte de los candidatos a sus contribuyentes. Sobre lo primero, la mayoría de la Corte razonó que la solicitud directa de dinero por parte del candidato creaba “un riesgo categóricamente diferente y más severo”, pues con ellos se generaba la apariencia de que los jueces sabrían quiénes los apoyaron y quiénes no. Sobre lo segundo, la mayoría reconoció que – como planteaba Yulee –

el envío de cartas de agradecimiento les permitía a los candidatos saber quiénes habían donado dinero a sus campañas. Sin embargo, rechazaron este planteamiento al señalar simplemente que los intereses del estado de Florida “se encontraban implicados más directamente mediante las solicitudes personales”.

Ahora bien, para sostener que el canon no era sobreinclusivo, la mayoría razonó que la prohibición sólo restringía una “pequeña porción” del discurso de los candidatos judiciales y se les dejaban abiertas amplias alternativas para hacer campaña. En palabras de la mayoría: “Los candidatos pueden escribir cartas, dar discursos y poner anuncios publicitarios. Pueden contactar a posibles simpatizantes en persona, por teléfono o por medios electrónicos. Pueden promover sus campañas en radio, televisión u otros medios. No pueden decir ‘por favor, dame dinero.’ Pero pueden, sin embargo, ordenar a sus comités para que lo hagan.”

En cuarto lugar, la mayoría también realizó un examen de necesidad, pero no me detengo en los detalles.²⁵⁸ Lo que me interesa destacar son las críticas que hizo la minoría al examen de confección estrecha de la mayoría. En ese sentido, los disidentes concluyeron que la medida sí era sobreinclusiva, pues el canon 7C(1) prohibía que los jueces soliciten dinero a *cualquier* persona – no solo a litigantes o individuos que podrían ser parte en un juicio –. Asimismo, alegaron que la medida también era subinclusiva: si la restricción busca evitar la impresión de que los jueces recordarán quiénes fueron (o no) sus contribuyentes, parecería que también debería prohibirse el envío de cartas de agradecimiento a los contribuyentes.

Sirva el anterior ejemplo sólo para ilustrar con mayor detalle cómo opera el examen de confección estrecha en la Corte Suprema estadounidense. Como se puede ver, se trata de un examen que opera en un nivel distinto (esto es, en la confección o ajuste); que tiene un carácter independiente de los otros exámenes que se emplean en los niveles de escrutinio; y que abre importantes márgenes para la discrecionalidad, en la medida en que la Corte Suprema jamás ha definido cuáles son los niveles de sobreinclusión y sobreinclusión son tolerables.

²⁵⁸ La mayoría rechazó que hubiera medidas igualmente idóneas y menos restrictivas. En particular, rechazaron el argumento consistente en que las reglas de recusación y los límites a las aportaciones de dinero constituían medidas menos restrictivas a la libertad de expresión de los candidatos judiciales. Al respecto, la mayoría argumentó que el funcionamiento de los tribunales se entorpecería si los jueces y las juezas tuvieran que excusarse de todos los asuntos que involucraran a alguno de sus contribuyentes, amén de una oleada de solicitudes de recusación que terminaría por erosionar la integridad de la judicatura. Y, sobre los límites a las contribuciones, la Corte apuntó que la apariencia de corrupción generada por la solicitud de dinero generaba un problema por sí mismo, independientemente del monto de las contribuciones.

5.6 Alguna lecciones e implicaciones de la formalización de los niveles de escrutinio

Son varias las lecciones que deja la formalización que he hecho de los niveles de escrutinio. A continuación, las sintetizo y señalo además algunas implicaciones.

5.6.1 Aunque comparten algunos elementos, los niveles de escrutinio son estructuralmente diferentes al test alexiano

Como se ha visto, los niveles de escrutinio pueden contemplar hasta cuatro exámenes: (i) examen de importancia, (ii) examen de nivel de idoneidad o de conexión (iii) examen de necesidad o de medida menos restrictiva y (iv) examen de confección estrecha. Para poder estimar estos tests, es necesario determinar los siguientes factores: (i) los pesos abstractos del derecho y del interés, (ii) los niveles de idoneidad de la medida y de las medidas alternativas, (iii) los niveles de afectación de la medida y de las medidas alternativas, (iv) el nivel de sobreinclusión de la medida y (v) el nivel de subinclusión de la medida.

Desde aquí es posible advertir ya una diferencia: aunque los tres primeros factores también deben ser calculados para el test alexiano, no es el caso para los últimos dos. Asimismo, lo que distingue a los niveles de escrutinio del test alexiano no es tanto los factores que incorpora, sino las exigencias que establece para cada factor y la manera en que se articulan. Como se enfatizará a continuación, sólo el examen de necesidad que se aplica en los escrutinios intermedio y estrecho es estructuralmente equivalente al examen de necesidad del test alexiano. Todos los demás presentan diferencias estructurales, como se mostrará más adelante.

5.6.2 El examen de importancia es una ponderación implícita y abstracta

El primer examen de los niveles de escrutinio es una suerte de ponderación implícita y abstracta. Es implícita pues los tribunales no suelen hacer patente esta lógica. Al determinar el nivel de escrutinio a aplicar, implícitamente hacen dos cosas: (i) asignarle una importancia al derecho afectado y (ii) establecer la importancia mínima del interés que debe perseguir la medida para alcanzar la finalidad.

En segundo lugar, esta ponderación es abstracta ya que la importancia del derecho afectado y la importancia del fin perseguido no dependen de las circunstancias del caso concreto. Así, una interferencia en un derecho o libertad de importancia baja demandará, cuando menos, la consecución de un interés de importancia baja (un interés legítimo). Un derecho o libertad de importancia media exigirá, por lo menos, la consecución de un interés de importancia media (un interés sustancial). Y, finalmente, un derecho o libertad de importancia alta (como la expresión política)

exigirá, al menos, la consecución de un interés de importancia alta (un interés apremiante).

En el test de proporcionalidad no hay ninguna ponderación abstracta. Quizá lo más cercano es el peso abstracto que se le asigna a los derechos en colisión es la proporcionalidad en sentido estricto, pero lo cierto es que en el test alexiano una diferencia en el peso abstracto siempre puede ser compensada por las otras dos variables de la fórmula del peso (el peso concreto de los principios o la seguridad de las premisas empíricas). En cambio, en los niveles de escrutinio, la ponderación (implícita) entre la importancia del derecho y el interés es un primer paso que no puede ser compensado nunca.

Este hallazgo permite profundizar algunas de las conclusiones a las que ha llegado la literatura. Se ha dicho, por ejemplo, que el escrutinio estricto implica la realización de una ponderación de facto.²⁵⁹ Mi análisis muestra que, en realidad, no sólo hay una ponderación en el escrutinio estricto, sino en todos los niveles de escrutinio. Pero es una ponderación específica: abstracta, que no depende de los hechos del caso concreto, pues estos son considerados hasta la segunda fase. Se trata, por tanto, de una diferencia fundamental entre uno y otro instrumento.

5.6.3 El examen de importancia hace que los niveles de escrutinio puedan ser más exigentes que el test alexiano

Los niveles de escrutinio son más exigentes que el test alexiano por diversas razones. En primer lugar, el examen de importancia brinda una mayor protección a aquellos derechos y libertades de la mayor importancia. En el modelo alexiano, la restricción a un derecho de importancia alta (en abstracto) puede ser justificado por la consecución de un fin de importancia media o baja (en abstracto), siempre y cuando dicha diferencia sea compensada por un mayor peso concreto del fin perseguido o una mayor seguridad de las premisas empíricas respecto a dicho fin. En cambio, en los niveles de escrutinio estadounidenses esto no es posible: un interés de importancia media (en abstracto) jamás justificará la afectación a un derecho de importancia alta (en abstracto).

5.6.4 El examen del nivel de idoneidad o conexión también hace que los niveles de escrutinio puedan ser más exigentes que el test alexiano

El examen del nivel de idoneidad (o de conexión) de los niveles de escrutinio es mucho más exigente que el examen de idoneidad alexiano. En el test alexiano, basta con que la medida contribuya, en cualquier grado, a la consecución de la finalidad. Y, sin embargo, en los niveles de escrutinio, dependiendo de la importancia del derecho afectado, se demandará un determinado nivel de idoneidad. Así, una

²⁵⁹ Mathews y Stone Sweet (2011)

medida con idoneidad baja podría pasar perfectamente el test alexiano, pero no pasará, por ejemplo, ni el escrutinio intermedio ni el escrutinio estricto. De nuevo, esto es consecuencia de la relevancia que los niveles de escrutinio dan al peso abstracto de los derechos y de las libertades. Así, entre mayor sea el peso abstracto, mayor será el nivel de idoneidad o de conexión que se exige, lo cual no sucede con el test alexiano.

5.6.5 El examen de confección es un examen independiente que opera en una dimensión distinta y que igualmente puede hacer más exigentes a los niveles de escrutinio

El examen de confección estrecha es independiente en la medida en que puede ser aplicado en solitario o en conjunto con los exámenes de idoneidad y de necesidad de escrutinio. No tiene, por tanto, una estructura escalonada respecto a estos dos exámenes. Y opera en una dimensión distinta: la del ajuste o confección, a diferencia de los exámenes de necesidad e idoneidad, que operan en la dimensión de la eficacia o del peso. En el examen de confección no se analiza la importancia de un derecho o interés, ni tampoco se busca determinar en qué grado la medida es eficaz para alcanzar una finalidad. Este examen se pregunta en qué grado una medida cubre más casos que los que debería (sobreinclusión) o menos casos de los que debería (subinclusión).

Asimismo, se trata de un examen independiente que puede ser particularmente exigente: dado que rara vez existe una medida perfectamente confeccionada, cuando las cortes adoptan un nivel muy alto de exigencia se vuelve casi imposible pasar este examen. En este sentido, los niveles de escrutinio que incorporan este examen (es decir, el escrutinio intermedio y, sobre todo, el estricto) son más exigentes que el test alexiano por dos razones: por establecer un examen adicional, no contemplado por el test alexiano, y que por tanto abre más oportunidades para invalidar una medida; y por el hecho de que, si las cortes establecen un nivel muy alto de confección, prácticamente cualquier medida podría ser invalidada.

Por ello, no es casualidad que en la literatura se suela decir que los niveles de escrutinio son particularmente exigentes, especialmente el escrutinio estricto. Se ha dicho que el escrutinio estricto es “estricto en teoría y fatal en los hechos”.²⁶⁰ Y aunque la evidencia empírica ha matizado esta conclusión,²⁶¹ lo cierto es que, estructuralmente, el escrutinio estricto sí es más exigente que el test alexiano.

²⁶⁰ Gunther (1972, 8).

²⁶¹ En realidad, como ha mostrado empíricamente Winkler (2006, 871), el “escrutinio estricto puede ser pasado en la práctica y no es fatal en los hechos”.

5.6.6 Los niveles de escrutinio sí tienen una estructura escalonada

También habría que mencionar que la formalización que presento muestra que los niveles de escrutinio tienen una estructura claramente escalonada. De entrada, todos los niveles de escrutinio contemplan el examen de importancia. Si no se pasa el examen, entonces el análisis termina y no es necesario correr el resto de los exámenes. Por otra parte, hay claramente una relación de dependencia entre el examen del nivel de idoneidad (o conexión) y el examen de necesidad. Si un test contempla ambos exámenes (como podría suceder en el escrutinio intermedio y en el estricto) entonces primero se debe correr el examen de idoneidad y, solo si se pasa, el de necesidad. El único examen del segundo paso que no tiene una estructura escalonada es el de confección estrecha, que se puede aplicar con independencia de los otros.

5.6.7 Los niveles de escrutinio comparten buena parte de los problemas de cálculo que supone el test alexiano

Como ha quedado claro, tanto los niveles de escrutinio —especialmente, el intermedio y el estricto— como el test alexiano demandan el cálculo de las siguientes variables: (i) el peso abstracto del derecho y del interés, (ii) el nivel de idoneidad de la medida y de las medidas alternativas, (iii) el nivel de afectación de la medida y de las medidas alternativas. Eso implica, entre otras cosas, que todos los problemas que se han mencionado en el capítulo primero asociados con el cálculo de estas variables están presentes también en los niveles de escrutinio.

5.6.8 La formalización también permite ver que hay al menos dos tests de igualdad estructuralmente distintos

Como se dijo al inicio de este apartado, los niveles de escrutinio son empleados en la jurisprudencia estadounidense para analizar afectaciones a derechos fundamentales, pero también en el ámbito de la igualdad. Por tanto, prácticamente todo lo expuesto sirve, también, para entender la lógica de un primer test de igualdad, esto es, el modelo estadounidense.

De la misma forma, el test alexiano, con ciertas modificaciones puede ser aplicado para analizar violaciones al principio de igualdad.²⁶² En este caso, lo que se tiene es

²⁶² En particular, Criado-Castilla (2016) ha mostrado que el modelo alexiano puede ser utilizado para analizar afectaciones al principio de igualdad. A continuación, explico este modelo siguiendo fundamentalmente la reconstrucción de este autor, aunque homologando la notación. Además, aquí es importante hacer la advertencia de siempre: una cosa es el modelo teórico y otra la práctica de los tribunales. Aquí me interesa el modelo más que la práctica, que se puede distanciar. Para un panorama de la forma en el Tribunal Federal Constitucional alemán ha aplicado varias versiones del test de proporcionalidad en casos de igualdad —en las cuales los pasos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto pueden ser modificados—, véase el trabajo de Baer (1999).

una colisión entre el principio de igualdad (P_1) y otro principio P_2 , que no es otra cosa que la finalidad que persigue el trato diferenciado.²⁶³

En la primera etapa del test lo que se determina es si frente a dos situaciones iguales, se han establecido consecuencias jurídicas distintas. Esta etapa sería equivalente, entonces, a la del test de proporcionalidad en la que se determina si hay o no hay una medida M que incida en un derecho fundamental o principio. Pero, en el caso del test de igualdad, la medida M no sería otra cosa que el trato diferenciado, eso es, una medida que incide en el principio de igualdad P_1 (o, dicho de otra manera, que haya una afectación al principio de igualdad).

¿Cuándo hay un trato diferenciado? Cuando existen dos situaciones S_1 y S_2 que son iguales respecto de las propiedades o características C_1, C_2, \dots, C_n , que suelen denominarse “término de comparación” (*tertium comparationis*), y a las que el ordenamiento otorga consecuencias jurídicas (una más benéfica que la otra). Sólo si existe un trato diferenciado se pasa a la siguiente etapa del test.

En la segunda etapa se evalúa si el trato diferenciado pasa los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Hay, igual que en el test de proporcionalidad alexiano, una condición previa, consistente en que el trato diferenciado (M) persiga una finalidad legítima (P_2). En el examen de idoneidad se determina, por tanto, si el trato diferenciado (M) es adecuado o eficaz para alcanzar la finalidad P_2 . En el examen de necesidad se aplica la doble regla alexiana, esto es, se verifica que no exista una medida alternativa (M') que sea: (i) igual o más idónea para alcanzar la finalidad (P_2) y (ii) que sea menos restrictiva del principio de igualdad (P_2). Finalmente, en el examen de proporcionalidad en sentido estricto se realiza una ponderación entre el principio de igualdad (P_1) y la finalidad que persigue el trato diferenciado (P_2).

Hay, por tanto, dos modelos claramente diferenciados del test de igualdad: uno basado en los niveles de escrutinio y otro en el juicio de igualdad. Y aunque el modelo estadounidense y el modelo alexiano comparten algunos elementos comunes, lo cierto es que son estructuralmente distintos. Por esta razón, en principio, no hace mucho sentido combinarlos, como sucede en Colombia y en algunas sentencias mexicanas que se analizarán más adelante. En particular, en estos tests mixtos o híbridos se da una combinación del test de igualdad estadounidense, que se realiza primero, y el juicio de proporcionalidad, que se aplica posteriormente.²⁶⁴

²⁶³ Esta conceptualización, por supuesto, no está exenta de problemas. Para ser compatible con el modelo alexiano y para que genuinamente haya una colisión entre P_1 y P_2 , debe existir una norma, derivada de P_1 , que prohíba *prima facie* el trato diferenciado, mientras que el principio P_2 (la finalidad del trato diferenciado) concretizarse en una norma que autorice o permita al trato diferenciado. Como apunta Criado-Castilla (2016, 364): “Mientras P_1 prohíbe *prima facie* la diferenciación legal, P_2 , por el contrario, la autoriza o permite”.

²⁶⁴Insignares-Cera y Molinares-Hassan (2012, 103).

No me detengo mucho en los detalles, pero es claro que esta mezcla tiene poco sentido, por la sencilla razón de que combinar tests que tienen factores comunes, pero en diferentes etapas, y con una estructura diferente, puede hacer que el test sea simple y sencillamente redundante o incoherente.

6 La ponderación simple (o *balancing*)

Otra forma de resolver conflictos de derechos –quizá la más cercana al test alexiano– es la aplicación de ponderaciones simples. Como se verá, es posible resolver colisiones entre dos derechos (o principios o intereses) mediante la determinación de cuál es el que tiene el mayor “peso”, “importancia” y otra variable relevante. Como se ha dicho, en términos formales, la proporcionalidad en sentido estricto es compatible con diferentes “fórmulas del peso”, y lo mismo es aplicable a la ponderación simple.

En su versión más simple, la ponderación no es otra cosa que lo que Alexy entendería por el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Y es, como se ha mostrado, un examen independiente al examen de necesidad (y al de optimalidad). Por tanto, la ponderación simple (o la proporcionalidad en sentido estricto) puede ser aplicada, en solitario, para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Proceder así tendría la “ventaja” de que no es necesario considerar medidas alternativas –ni determinar sus correspondientes grados de afectación y de idoneidad–, aunque ello supone un costo no menor: renunciar a la posibilidad de realizar de mejor manera los derechos fundamentales mediante la optimización que buscan tanto el examen de necesidad como el de optimalidad.

No son pocos los tribunales y materias en las que es posible encontrar la aplicación de esta metodología. Ofrezco a continuación sólo un ejemplo ilustrativo del ámbito estadounidense: la resolución de conflicto entre los derechos laborales de los trabajadores y los intereses de los patrones.

6.1 Un ejemplo del ámbito estadounidense: el caso Boeing

Un buen ejemplo de cómo el *balancing* (o ponderación simple) se utiliza en el ámbito estadounidense es la metodología fijada por la Junta Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board* o NLRB)²⁶⁵ para determinar si la política establecida por un patrón o empleador es contraria a los derechos laborales de sus trabajadores.

²⁶⁵ La NLRB es una agencia independiente del gobierno federal de Estados Unidos, creada en 1935, siguiendo el prototipo de la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*, ICC); estas agencias se caracterizan, entre otras cosas, por tener funciones y poderes de creación normativa (*rulemaking*), de ejecución (*enforcement*) y de adjudicación (*adjudication*) (Breger y Edles 2000, 1138). Para efectos de este trabajo, lo que interesa es la función y diseño de la NLRB como órgano de adjudicación. De acuerdo con la sección 3 (§ 158) de la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act* o *NLRA*), mediante la cual se creó esta agencia, la junta estará integrada por cinco miembros, designados mediante un procedimiento similar al de los jueces federales estadounidenses (designación del presidente con el consejo y consentimiento del Senado), pero por un periodo de cinco años y con la posibilidad de ser nombrados para un periodo subsecuente. Asimismo, la persona que preside la junta será designada por el jefe del Ejecutivo. Finalmente, existe la garantía consistente en que los miembros sólo podrán ser removidos por el presidente, previa notificación y audiencia, en casos de negligencia (“*neglect of duty or malfeasance in office*”).

El caso más emblemático es la resolución dictada en el caso *Boeing*.²⁶⁶ Conviene detenerse en los detalles del litigio, pues este caso también ilustra otros puntos relevantes que se han desarrollado con anterioridad sobre el test de proporcionalidad y sus alternativas metodológicas, como la ponderación simple.

Son dos las principales bases normativas a partir de las cuales se adjudican los casos relacionados con posibles prácticas laborales desleales por parte de los empleadores o patrones. Por una parte, la Ley Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Act* o NLRA)²⁶⁷ establece, en su sección 7 (§ 157), el siguiente catálogo de derechos laborales a los trabajadores:

“Los empleados tendrán el derecho a la autoorganización, a formar, unirse o asistir a las organizaciones laborales, a negociar colectivamente mediante representantes de su propia elección, y a involucrarse en otras actividades concertadas con el propósito de la negociación colectiva u otras ayudas o protección mutuas, y también tendrán el derecho de abstenerse de cualquiera o de todas estas actividades, excepto en la medida en que dicho derecho pueda verse afectado por un acuerdo que requiera la membresía en una organización laboral como condición de empleo, como se autoriza en la sección 8(a)(c)”.²⁶⁸

Por la otra, la sección 8(a)(1) (§ 158) de la misma ley señala que será considerada como una práctica laboral desleal por parte del empleador el “interferir, restringir o coaccionar a los empleados en el ejercicio de los derechos garantizados en la sección 7” de dicha ley.²⁶⁹

En el caso *Boeing*, un sindicato²⁷⁰ denunció precisamente que la empresa *The Boeing Company* incurrió en diversas prácticas desleales. Entre otras cosas, se alegó que la compañía violó la sección 8(a)(1) de la NLRA al promulgar y mantener una política (identificada como el procedimiento interno “PRO-2783”) relacionada con el uso de cámaras.²⁷¹

²⁶⁶ *The Boeing Company and Society of Professional Engineering Employees in Aerospace*, IFPTE Local 2001, casos 19-CA-090932, 19-CA-090948 y 19-CA-095926, 14 de diciembre de 2017.

²⁶⁷ 29 U.S.C. §§ 151-169.

²⁶⁸ “Sec. 7. [§ 157.] *Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3) [section 158(a)(3) of this title]*”.

²⁶⁹ “Sec. 8. [§ 158.] (a) [Unfair labor practices by employer] *It shall be an unfair labor practice for an employer – (1) to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 7 [section 157 of this title]*”.

²⁷⁰ La Sociedad de Empleados Profesionales de Ingeniería en el Sector Aeroespacial (*The Society of Professional Engineering Employees in Aerospace* o SPEEA).

²⁷¹ Además de la ilegalidad de la política que prohibía, por regla general, el uso de cámaras, en la denuncia se alegó que la empresa también incurrió en prácticas laborales desleales por la realización

En términos generales, dicha política permitía la *posesión* de dispositivos con cámaras en las propiedades e instalaciones de la compañía (salvo algunas excepciones), pero prohibía el *uso* de dichos dispositivos con el objetivo de capturar fotografías o videos, salvo que existiera una razón de negocios válida y un permiso de uso de cámaras revisado y aprobado por el personal de seguridad.²⁷²

Pues bien, dicha política fue controvertida bajo el argumento de que constituía una violación a la sección 8(a)(1) de la NLRA. Específicamente, se alegó que desde noviembre de 2011 la compañía “promulgó y desde entonces ha mantenido su regla PRO 2783 para disuadir a sus empleados de formar, unirse y/o asistir al sindicato y/o participar en otras actividades protegidas [por la sección 7], en violación a la sección 8(a)(1) de la Ley”.²⁷³

6.2 La resolución del caso en primera instancia: la aplicación de una regla categórica

En la primera instancia un juez administrativo concluyó que la política de Boeing en efecto constituía una práctica laboral desleal y una violación a la sección 8(a)(1) de

de otro tipo de conductas. Específicamente, se argumentó que Boeing violó la ley “cuando en cuatro fechas distintas vigiló o creó la impresión de vigilar, así como fotografió, a empleados del Sindicato de Ingenieros durante una marcha sindical o mientras participaban en actividades concertadas protegidas en las instalaciones [de Boeing] en Everet y Renton, Washington, y Portland, Oregon” (“*The complaint alleges that Respondent, The Boeing Company (Respondent/Employer), violated Section 8(a)(1) of the National Labor Relations Act (NLRA/the Act) when on four separate dates it engaged in surveillance or created an impression of surveillance and photographed Engineers’ Union employees during a union march or while participating in protected concerted activities at Respondent’s facilities in Everett and Renton, Washington, and Portland, Oregon*”). El juez administrativo tuvo por probada la vigilancia en cuatro fechas, así como la realización de actividades que crearon la impresión de vigilancia en otra más; y concluyó que estas *conductas* constituían, por sí mismas, prácticas laborales desleales. No abundo más en los detalles de este planteamiento, pues lo que me interesa enfatizar únicamente es el argumento relativo a la ilegalidad del procedimiento interno “PRO-2783”, pues fue precisamente en este punto en el que la NLRB echó mano de la ponderación simple (o *balancing*) para resolver el conflicto entre los derechos de los trabajadores y los legítimos intereses de la empresa.

²⁷² De acuerdo con la sentencia de la NLRB, la política de Boeing (actualizada el 7 de noviembre de 2011) estaba contenida en el procedimiento interno PRO-2783, la cual señala lo siguiente: “*Possession of the following camera-enabled devices is permitted on all company property and locations, except as restricted by government regulation, contract requirements or by increased local security requirements. [] However, use of these devices to capture images or video is prohibited without a valid business need and an approved Camera Permit that has been reviewed and approved by Security: 1. Personal Digital Assistants (PDAs).[.] 2. Cellular telephones and Blackberrys and iPod/MP3 devices[.] 3. Laptop or personal computers with web cameras for desktop video conferencing, including external webcams. 4. Bar code scanners and bar code readers, or such devices for manufacturing, inventory, or other work, if those devices are capable of capturing images*”.

²⁷³ “*The General Counsel alleges [...] that, on November 11, 2011, Respondent promulgated and since then has maintained its rule PRO 2783 to discourage its employees from forming, joining, and/or assisting the Union and/or engaging in other protected concerted activities in violation of Section 8(a)(1) of the Act*”.

la Ley".²⁷⁴ Más importante aún, para llegar a esta conclusión el juez aplicó el test establecido previamente por la NLRB en el caso *Lutheran Heritage*.²⁷⁵

De acuerdo con dicho test, una política resultaba violatoria de la sección 8(a)(1) en cualquiera de los siguientes casos:²⁷⁶

- (1) La política es ilegal si explícitamente restringe las actividades protegidas por la sección 7 de la NLRA.
- (2) La política es ilegal aun cuando no restrinjan explícitamente las actividades protegidas por la sección 7 de la NLRA, siempre y cuando se demuestre alguno de estos tres supuestos:
 - a. Los empleados razonablemente interpretarían que el lenguaje de la política prohíbe actividades protegidas por la sección 7.
 - b. La política fue promulgada como una respuesta a actividades sindicales.
 - c. La política ha sido aplicada para restringir el ejercicio de los derechos garantizados en la sección 7.

Se trata, como puede verse, de un test construido a partir de una regla. Para acreditar una violación a los derechos laborales no es necesario ponderar absolutamente nada; basta con que los hechos del caso puedan ser subsumidos en alguno de los cuatro supuestos señalados anteriormente.

La resolución del juez administrativo por supuesto no lo hace, pero este test puede ser formalizado si denominamos *E* a cualquier política restringe explícitamente una actividad protegida por la sección 7 de la NLRA; *I* a cualquier política que pueda ser interpretada razonablemente por empleados en el sentido de que prohíbe las actividades protegidas por dicha sección; *R*, a cualquier política que sea promulgada como respuesta a actividades sindicales; *A* a cualquier política que ha sido aplicada para restringir el ejercicio de las actividades protegidas en la sección; y *Q* a la consecuencia jurídica consistente en la prohibición legal de la política en cuestión.

²⁷⁴ El juez administrativo Etchingham dictó su resolución el 15 de mayo de 2014.

²⁷⁵ 343 NLRB 646 (2004). *Martin Luther Memorial Home, Inc. d/b/a Lutheran Heritage Village-Livonia and Vivian A. Foreman*. Caso 7-CA-44877. 19 de noviembre de 2004.

²⁷⁶ En términos de la propia sentencia del caso *Lutheran Heritage*: “[O]ur inquiry into whether the maintenance of a challenged rule is unlawful begins with the issue of whether the rule explicitly restricts activities protected by Section 7. If it does, we will find the rule unlawful.[] If the rule does not explicitly restrict activity protected by Section 7, the violation is dependent upon a showing of one of the following: (1) employees would reasonably construe the language to prohibit Section 7 activity; (2) the rule was promulgated in response to union activity; or (3) the rule has been applied to restrict the exercise of Section 7 rights”.

De esta forma, la regla establecida por la NLRB en el caso *Lutheran Heritage* puede ser formalizada de la siguiente forma:

$$(3) \quad (E \vee I \vee R \vee A) \rightarrow Q$$

Y esta fue la regla que precisamente aplicó el juez administrativo para resolver sobre la validez de la política de cámaras de Boeing. En ese sentido, el juez encontró que la existencia de la regla PRO 2783 podía subsumirse en la segunda de las hipótesis (I), esto es, que aunque la regla no restringía explícitamente las actividades protegidas por la sección 7, lo cierto es que si era posible que los empleados “razonablemente interpretaran” que su lenguaje sí prohibía dichas actividades protegidas.

Conviene citar, *in extenso*, la parte más relevante del razonamiento del juez administrativo:

“En este caso, concluyo que los empleados [de Boeing] interpretarían razonablemente que la regla [PRO 2783] como prohibitiva de toda fotografía en las instalaciones de fábrica [de Boeing], incluidas las fotografías realizadas de concierto con las marchas de solidaridad del sindicato de ingenieros durante las negociaciones de convenios colectivos, o de otras actividades protegidas. Como tal, concluyo además que la facialmente sobreinclusiva y ambigua regla PRO 2783 tenderá razonablemente a inhibir a los empleados en el ejercicio de sus derechos garantizados por la sección 7, y que un empleado interpretará razonablemente su lenguaje como prohibitivo de actividades protegidas por la sección 7. Consecuentemente, la regla PRO 2783 viola la sección 8(a)(1) de la Ley”.²⁷⁷

En términos formales, el razonamiento del juez podría representarse con el siguiente silogismo, de la forma *modus ponens*:

Premisa mayor: $(E \vee I \vee R \vee A) \rightarrow Q$
Premisa menor: I
Conclusión: $\therefore Q$

²⁷⁷ “I find that Respondent’s employees would reasonably construe the rule as prohibiting all photography in Respondent’s factory facilities including photography performed in concert of Engineers’ union solidarity marches during successor CBA negotiations or of other protected concerted activities. As such, I further find that Respondent’s facially overly broad and ambiguous rule PRO 2783 would reasonably tend to chill employees in the exercise of their Section 7 rights and that an employee would reasonably construe the language to prohibit Section 7 activity. Consequently, I find that rule PRO 2783 violates Section 8(a)(1) of the Act”.

6.3 La resolución del caso en segunda instancia: la ponderación simple

La determinación del juez de distrito fue controvertida ante la NLRB. Y fue precisamente al resolver esta impugnación que la mayoría de los integrantes de la NLRB en el caso *Boeing* decidió abandonar²⁷⁸ la regla contenida en el segundo supuesto del test establecido *Lutheran Heritage (I)* y sustituirla por una nueva metodología de adjudicación: lo que típicamente se entendería como una ponderación simple o *balancing*.

Aunque la NLRB dio varias razones para abandonar el precedente, conviene enfatizar la primera. De acuerdo con la mayoría de los integrantes de la NLRB, el test *Lutheran Heritage* sólo permitía considerar los derechos de los trabajadores, pero dejaba de lado los legítimos intereses de los empleadores. En palabras de la resolución, el supuesto de “interpretación razonable” era problemático en la medida en que “no permite *ninguna* consideración de las justificaciones legítimas que subyacen a muchas políticas, reglas y disposiciones contenidas en los manuales” de las empresas.²⁷⁹

En consecuencia, la NLRB articuló un nuevo test para aquellos casos en los que se estuviera frente a una política que, razonablemente interpretada pudiese interferir con los derechos garantizados en la sección 7 de la ley. Específicamente, señaló que en estos casos la NLRB debía evaluar dos cosas: (i) la naturaleza y el alcance del impacto potencial de la política en los derechos laborales y (ii) las legítimas justificaciones asociadas con los requerimientos de la política.

De esta forma, de acuerdo con la sentencia, la NLRB podía cumplir con su “deber de lograr un balance entre [...] las justificaciones comerciales alegadas y la invasión de los derechos de los empleados”.²⁸⁰ Se trata, como puede verse, de una simple ponderación. Por un lado, se tiene a los derechos de los trabajadores; por el otro, los legítimos intereses de los empleadores. Y, a final, son los operadores jurídicos —en este caso, los jueces administrativos y la NLRB— quienes deben determinar cuáles han de prevalecer.

²⁷⁸ En palabras de la propia resolución: “we have decided to overrule the *Lutheran Heritage* ‘reasonably construe’ standard. The Board will no longer find unlawful the mere maintenance of facially neutral employment policies, work rules and handbook provisions based on a single inquiry, which made legality turn on whether an employee ‘would reasonably construe’ a rule to prohibit some type of potential Section 7 activity that might (or might not) occur in the future”.

²⁷⁹ “[T]he *Lutheran Heritage* ‘reasonably construe’ standard is contrary to Supreme Court precedent because it does not permit any consideration of the legitimate justifications that underlie many policies, rules and handbook provisions”.

²⁸⁰ “In cases in which one or more facially neutral policies, rules, or handbook provisions are at issue that, when reasonably interpreted, would potentially interfere with Section 7 rights, the Board will evaluate two things: (i) the nature and extent of the potential impact on NLRA rights, and (ii) legitimate justifications associated with the requirement(s). Again, we emphasize that the Board will conduct this evaluation, consistent with the Board’s ‘duty to strike the proper balance between... asserted business justifications and the invasion of employee rights in light of the Act and its policy’”.

La implicación concreta de este cambio es clara. Al reemplazar una regla categórica por una ponderación, la NLRB abrió la posibilidad de validar políticas patronales que prohibieran o interfirieran con los derechos laborales contemplados en la sección 7 de la Ley, siempre y cuando “el potencial impacto adverso en los derechos protegidos sean superados en peso por las justificaciones asociadas con la regla”.²⁸¹

Ahora bien, al aplicar este nuevo estándar al caso concreto (la política de uso de cámaras), llegó a la conclusión de debían prevalecer los legítimos intereses de la empresa por encima de los derechos laborales de sus trabajadores. En palabras de la propia resolución, “las justificaciones [...] para las restricciones en el uso de dispositivos con cámaras en las propiedades de Boeing superan en peso al más limitado efecto de la regla en el ejercicio de los derechos protegidos por la sección 7”.²⁸²

Conviene detenerse en los detalles de la argumentación, para constatar que se trata de una ponderación simple²⁸³ y en gran medida traducible a los conceptos y etapas del modelo alexiano:

- (1) Incidencia de la medida en un derecho. La NLRB reconoció que la política de cámaras de Boeing, “en ciertas circunstancias”, sí podía afectar el ejercicio de los derechos laborales reconocidos en la sección 7 de la Ley. O, para decirlo de otra forma, que la medida sí podía generar costos (en términos del derecho afectado).
- (2) Finalidades que persigue la medida. A partir de lo alegado por Boeing,²⁸⁴ la NLRB estableció que la política de cámaras perseguía cinco finalidades

²⁸¹ “[T]he potential adverse impact on protected rights is outweighed by justifications associated with the rule”.

²⁸² “[W]e find below that the Respondent’s justifications for Boeing’s restrictions on the use of camera-enabled devices on Boeing property outweigh the rule’s more limited adverse effect on the exercise of Section 7 rights. We therefore reverse the judge’s finding that Boeing’s maintenance of its no-camera rule violates Section 8(a)(1) of the Act”.

²⁸³ “Based on our review of the record and our evaluation of the considerations described above, we find that the no-camera rule in some circumstances may potentially affect the exercise of Section 7 rights, but this adverse impact is comparatively slight. We also find that the adverse impact is outweighed by substantial and important justifications associated with Boeing’s maintenance of the no-camera rule. Accordingly, we find that Boeing’s maintenance of its no-camera rule does not constitute unlawful interference with protected rights in violation of Section 8(a)(1) of the Act”.

²⁸⁴ Estas cinco justificaciones, de acuerdo con la sentencia fueron derivadas del testimonio (no controvertido) de un funcionario de Boeing: James Harris, Gerente Senior de Seguridad (“Boeing Senior Security Manager James Harris furnished undisputed testimony concerning Boeing’s justifications for maintaining its no-camera rule”). Que estas finalidades no hayan sido (escasamente) controvertidas por la contraparte no es sorprendente, pues bajo el test establecido en *Lutheran Heritage*, la ilegalidad de una política no dependía —al menos fundamentalmente— del peso de los intereses alegados por Boeing, sino de la interpretación que de las disposiciones en cuestión “razonablemente” haría un empleado. Aquí tenemos, por tanto, uno de los problemas derivados de un cambio en el estándar de adjudicación a lo largo de una misma cadena impugnativa.

legítimas: (i) cumplir con la obligación de proteger información confidencial y, en esta medida, mantener la acreditación de Boeing como contratista del gobierno federal estadounidense,²⁸⁵ (ii) cumplir con la obligación federal consistente en prevenir la divulgación de información o materiales controlados para la exportación, como medida de protección del interés nacional y de los objetivos de política exterior, (iii) prevenir la divulgación de información que es propiedad exclusiva de Boeing, tal como sus métodos y procesos de producción, (iv) limitar el riesgo de que se divulgue información personal de los empleados y (v) limitar la posibilidad de que Boeing se convierta en el blanco de un ataque terrorista.

- (3) Grado de afectación de la medida en el derecho. La resolución establece que el impacto en los derechos laborales de la política era “comparativamente leve”. En ese sentido, señaló que la “vasta mayoría de las imágenes y videos bloqueados por la política no implican ningún derecho garantizado por la Ley”. Asimismo, señaló que en aquellos casos en los que la política sí podía incidir en derechos laborales (por ejemplo, tomar fotos de una protesta colectiva en el marco de una disputa laboral), la regla sólo prohibía la posibilidad de tomar fotos, pero no el participar en la protesta. En otras palabras: en el pesaje, la NLRB encontró que los costos (en términos del derecho afectado) eran relativamente bajos o leves.
- (4) Importancia de los intereses perseguidos con la medida. La mayoría de la NLRB determinó que los cinco intereses alegados por Boeing constituían justificaciones “sustanciales”, “importantes” y “apremiantes”.²⁸⁶ O, para

²⁸⁵ En ese sentido se señaló que la regla que prohibía el uso de cámaras era una de las “capas” que conformaban los protocolos de seguridad que le permitían a Boeing mantener dicha acreditación. Específicamente, se alegó que la prohibición del uso de cámaras permitía que, en caso de que las otras capas fallaran (como las barreras físicas), “la información confidencial no sea divulgada”.

²⁸⁶ Aquí valen dos observaciones. La primera es que la calificación de la relevancia o importancia de los intereses es poco homogénea y va cambiando a lo largo de la resolución: primero se dice que éstas son “sustanciales e importantes” (“*substantial and important*”); posteriormente, que son “especialmente apremiantes” (“*especially compelling*”); luego, que son “legítimas y apremiantes” (“*legitimate and compelling*”); y, finalmente, que son “sustanciales e importantes” (“*substantial and important*”). La segunda es que, en este apartado, la argumentación de la resolución es particularmente escueta. La resolución no se detiene a explicar por qué los cinco intereses alegados por Boeing en efecto podían calificarse como “sustanciales”, “importantes” o “apremiantes”. De hecho, lo dicho por la resolución inmediatamente después de esta calificación fue mucho más retórico que argumentativo: “muchas de las razones por las cuales Boeing restringe el uso de dispositivos con cámara en sus propiedades brindan un recordatorio aleccionador de que vivimos en un mundo peligroso, uno en el que muchos individuos —extranjeros y connacionales— pueden infligir un gran daño a los Estados Unidos y a sus ciudadanos” (“*Indeed, many of the reasons why Boeing restricts the use of camera-enabled devices on its property provide a sobering reminder that we live in a dangerous world, one in which many individuals—foreign and domestic—may inflict great harm on the United States and its citizens*”).

decirlo en otras palabras, la NLRB concluyó que el peso de los beneficios (en términos del fin perseguido) eran relativamente altos.

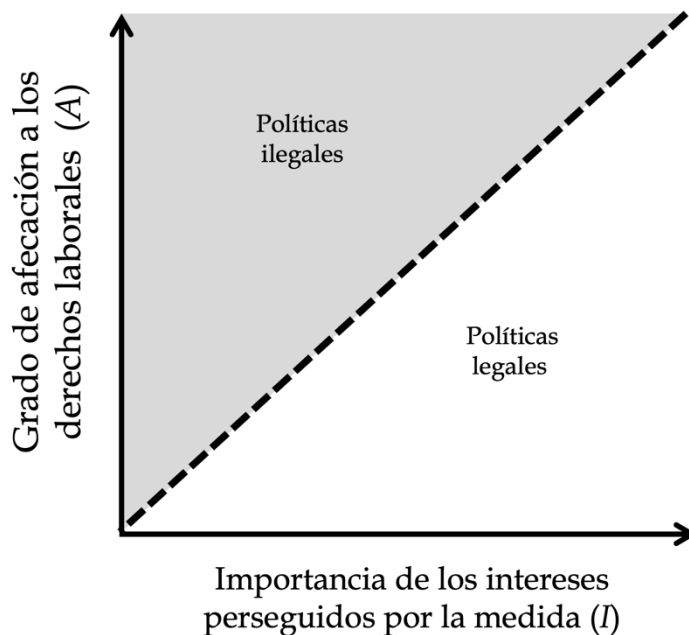
- (5) Ponderación. Al hacer el balance entre la afectación en los derechos y la importancia de los intereses que busca la política, la mayoría concluyó que debían prevalecer estos segundos. En términos de la resolución, “cualquier impacto adverso de la regla de Boeing sobre el uso de cámaras en el ejercicio de los derechos garantizados por la sección 7 es comparativamente leve y superado en peso por las justificaciones sustanciales e importantes asociadas con el mantenimiento de la regla”.²⁸⁷ Finalmente, concluye que la política de Boeing “no constituye una interferencia ilegal” en los derechos laborales garantizados en la sección 7, ni una violación a la sección 8(a)(1) de la ley. En términos de un análisis costo-beneficio, podría decirse que la NLRB concluyó que los beneficios perseguidos por la medida eran más altos que los costos y que, por tanto, la medida debía subsistir.

6.4 La formalización de la ponderación simple

Ahora bien, ¿cómo se podría formalizar esta ponderación? La siguiente gráfica sirve para ejemplificar la lógica detrás de la ponderación utilizada por NLRB: si existe una política (P) que incide en los derechos contemplados en la sección 8(a)(1) de la NLRB, dicha política será legal si la importancia de los intereses perseguidos por la política de las empresas (I) es superior al grado de afectación de los derechos laborales (A) la política será legal. Dicho de otra manera, la política no violará la sección 8(a)(1) de la NLRA si: $I_P > A_P$. Esta es, precisamente, el área debajo de la línea punteada, donde se ubicarían todas las políticas legales. En cambio, en área ubicada por encima de la línea se ubican las políticas ilegales, esto es, aquellas en las que el grado de afectación a los intereses laborales es mayor que la importancia de los intereses perseguidos por la medida, es decir, cuando $I_P < A_P$.

²⁸⁷ “We find that any adverse impact of Boeing’s no-camera rule on the exercise of Section 7 rights is comparatively slight and is outweighed by substantial and important justifications associated with the no-camera rule’s maintenance”.

Gráfica 2.11
Ponderación de intereses empresariales y derechos laborales en la NLRB



Fuente: elaboración propia.

Como puede verse se trata de una representación gráfica fundamentalmente idéntica a la que se tiene el último paso del test alexiano, aunque aquí evidentemente no se cuenta con un desarrollo tan sofisticado de la fórmula del peso. En todo caso, lo relevante es que la ponderación simple tiene una estructura fundamentalmente idéntica a la proporcionalidad en sentido estricto: un análisis costo-beneficio

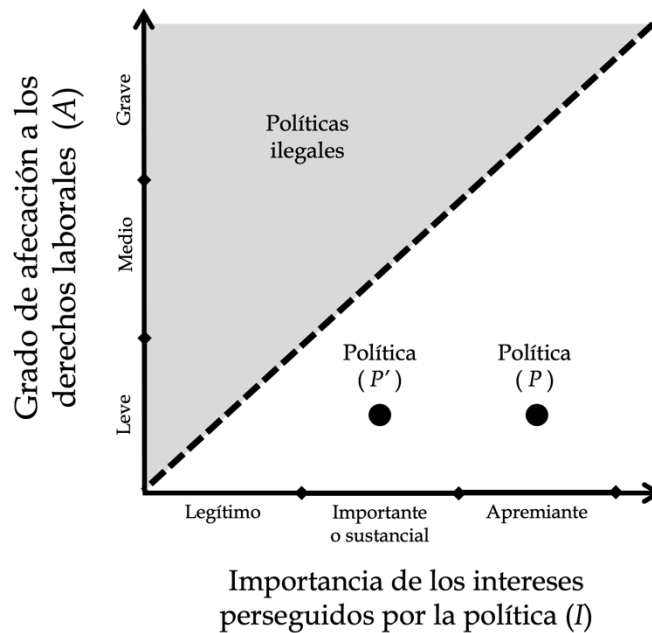
Ahora bien, ¿dónde se ubicaría la política de Boeing contenida en el procedimiento interno PRO-2783? Como se ha referido, la resolución de la NLRN señala que las afectaciones a los derechos laborales son leves, mientras que, en términos de importancia, los intereses que Boeing persigue con la política son “sustanciales”, “importantes” e incluso “apremiantes”. Si empleamos una escala tríadica, similar a la que usan las cortes estadounidenses en los niveles de escrutinio —que se explicarán con mayor detalle en un apartado subsecuente—, podríamos clasificar las afectaciones laborales en (i) leves, (ii) medias y (iii) graves, y la importancia de los intereses perseguidos por la política en (i) legítimos, (ii) importantes o sustanciales y (iii) apremiantes.

De esta forma, a política PRO-2783 podría quedar ubicada en cualquiera de los dos puntos señalados en la gráfica 2.12, dependiendo de si el interés perseguido por la política se estima importante o sustancial (P'), o bien, apremiante (P).²⁸⁸

²⁸⁸ En esta gráfica, trato como si fueran continuas tanto a la variable I (esto es, la importancia de los intereses perseguidos con la política) como a la variable A (el grado de afectación a los derechos

Gráfica 2.12

Ponderación de intereses empresariales y derechos laborales relacionados con la política PRO-2783 de Boeing



(Fuente: Elaboración propia)

6.5 Las lecciones de la formalización de la ponderación simple

¿Qué lecciones deja el análisis argumentativo, así como la formalización que he presentado? Conviene destacar varias cosas sobre la metodología empleada por el NLRB en el caso *Boeing*.

La primera es que estamos frente a una metodología muy parecida al test alexiano, pero que prescinde del subprincipio o grado de necesidad. En términos alexianos, podríamos decir que contamos básicamente con todos los elementos del test:

- (1) Una medida (la política PRO-2783) que incide en el ámbito de protección de un derecho (en este caso, los derechos laborales reconocidos en la sección 7 de la NLRA).
- (2) La existencia de una finalidad legítima (en este caso, la NLRB señaló que la política PRO-2783 perseguía cinco razones legítimas).
- (3) Idoneidad. Aunque no se hace un análisis explícito, es claro que la NLRB considera, al menos implícitamente, que la política PRO-2783

laborales). Sin embargo, ambas variables podrían estimarse como variables ordinales y el resultado sería prácticamente idéntico, aunque en este caso lo que tendríamos es una cuadrícula de 3 por 3.

efectivamente servía para cumplir con las cinco finalidades alegadas por Boeing.

- (4) Proporcionalidad en sentido estricto. La NLRB expresamente señala que los beneficios obtenidos con la política (la protección de los cinco intereses legítimos de Boeing, que se califican como “sustanciales”, “importantes” y “apremiantes”) son mayores que los costos (el impacto en los derechos laborales, que se califica como “comparativamente leve”).

El test, como puede verse, prescinde de la grada o subprincipio de necesidad. En ninguna parte de la resolución se considera la posible existencia de medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas de los derechos laborales de los trabajadores.²⁸⁹ Pero más allá de las implicaciones que tiene incorporar (o no) esta grada, el caso muestra con claridad que – como se demostró en el primer capítulo – la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son gradas independientes, y que en consecuencia las metodologías de adjudicación pueden o no echar mano de ellas.

En segundo lugar, el caso también es relevante pues muestra que la ponderación no es una metodología que sólo sirva para resolver conflictos entre derechos constitucionales, en sede jurisdiccional, frente a actuaciones estatales. En este caso, es claro que estamos frente a un caso de “legalidad”, en la medida en que se trata de un caso de posible afectación a derechos laborales establecidos en una ley federal (no en la Constitución estadounidense), que es resuelto por integrantes de una agencia con funciones de adjudicación (pero que no es propiamente un tribunal, y mucho menos uno con control de constitucionalidad), y que resuelve un conflicto entre “privados”, en la medida en que la medida bajo análisis es la política establecida por una empresa de aviación (y no por un ente estatal) y sus empleados.

En tercer lugar, conviene enfatizar que se trata de una ponderación mucho menos estructurada que la propuesta por la teoría alexiana. Tenemos, de entrada, una comparación no entre dos principios (típicamente un derecho fundamental y una finalidad legítima), sino entre cinco finalidades legítimas y un número indeterminado de derechos laborales. Y digo indeterminado pues en la resolución nunca se precisa si la afectación a los derechos se da en uno, varios o todos los derechos contemplados en la sección 7 de la NLRA.

Vemos, además, el uso de una suerte de escalas ordinarias para calificar el impacto de la medida en los derechos laborales, así como la importancia de las justificaciones

²⁸⁹ De igual forma, el análisis de la NLRB tampoco se centra en que la política se deriva de su carácter sobreinclusivo o subinclusivo. De hecho, en uno de los disensos, a la mayoría se le reprocha precisamente que el test establecido en *Boeing* no incorpora el requisito de confección estrecha. Sobre la estructura, que opera ya no en la dimensión del peso, sino en la dimensión del ajuste, abundaré en apartados subsecuentes.

de la medida, pero su uso es inconsistente. El impacto en el derecho afectado se califica como “comparativamente leve”, mientras que las finalidades se califican, indistintamente, como “sustanciales”, “importantes” o “apremiantes”. Asimismo, en la resolución de la NLRB no se especifica cómo es que la existencia de múltiples finalidades se articula en la ponderación, lo que queda de manifiesto en la gráfica 2.12., en la que no queda la política pues puede ubicarse cualquiera de las dos posiciones (P y P'), dependiendo de en dónde se ubique a la política.²⁹⁰

En cuarto lugar, este caso también ilustra que la ponderación puede realizarse en impugnaciones faciales (*facial challenges*) y no sólo en impugnaciones de aplicación particular (*as-applied challenges*). En este caso, la NLRB no procedía a hacer un análisis de la *aplicación* de la regla PRO-2783 en el caso concreto, sino que procedió a hacer una comparación general (o en “abstracto”, si se quiere) entre el impacto negativo que *potencialmente* podría generar la política en los derechos laborales, por una parte, y la importancia general que tenían los intereses perseguidos por *Boeing*. Este es un ejemplo de cómo la ponderación puede realizarse, pacíficamente, en impugnaciones faciales; cuestión sobre la que discutiré más adelante.²⁹¹

En quinto lugar, quizá también sea importante señalar que este es un buen ejemplo de cómo la ponderación puede utilizarse con el objetivo de debilitar la protección de los derechos. Más específicamente, el caso *Boeing* ilustra cómo el paso de un sistema de reglas categóricas (que se subsumen) a un sistema de ponderación, puede tener como consecuencia el debilitamiento de la protección a los grupos vulnerables (los trabajadores, en este caso) y un fortalecimiento de actores más poderosos (una empresa transnacional como *Boeing*). Por supuesto, la ponderación puede utilizarse para fortalecer o debilitar todo tipo de intereses: derechos fundamentales, intereses gubernamentales, bienes colectivos, etc.²⁹²

En sexto lugar, este es un buen ejemplo de cómo los sistemas de reglas categóricas y la ponderación simple —u otro tipo de tests— en efecto pueden funcionar como sustitutos. El ejemplo que se ha expuesto muestra cómo un mismo caso fue resuelto por el juez administrativo (la primera instancia) mediante un sistema de reglas categóricas, mientras la NLRB (la instancia de apelación) lo decidió a partir de una ponderación simple. Técnicamente, nada impide que se pase de las reglas a la ponderación (y viceversa) cuando lo que está en juego es la tensión o colisión entre diferentes intereses.

²⁹⁰ Y a esto habría que añadir, además, de que la resolución no es clara respecto de qué hacer en los casos de “empate”, esto es, cuando: (i) el interés es legítimo y la afectación es leve, (ii) el interés es importante o sustancial y la afectación es media y (iii) el interés es apremiante y la afectación es grave.

²⁹¹ No debe quedar la menor duda de que se trata de una impugnación “facial” o “general”. Así lo reconoce expresamente el voto particular de McFerran, integrante de la Junta: “*This case involves a facial challenge to a single employer policy restricting the use of camera-enabled devices on Boeing’s property*”.

²⁹² Como apunta Aleinikoff (1987, 1004) “las sentencias que usan la ponderación pueden inclinar la balanza a un lado u otro”.

Otro ejemplo del ámbito estadounidense ilustra la transición contraria: el paso de un sistema de ponderación a un sistema de reglas. Hasta el 2021, el Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés) había establecido una política para regular i) las citaciones a miembros de los medios de comunicación, ii) los emplazamientos para obtener los registros de llamadas telefónicas de los miembros de los medios de comunicación, así como iii) los interrogatorios, acusaciones o arrestos de los miembros de los medios de comunicación.²⁹³ En el centro de esta política estaba un test de ponderación (*balancing test*), según el cual “la aproximación en todo caso debe ser alcanzar un balance adecuado entre el interés público en la libre difusión de ideas e información y el interés público en la aplicación efectiva de la ley y la imparcial administración de justicia”.²⁹⁴

No obstante, en 2021 Fiscal General de los Estados Unidos emitió un memorándum en el que anunció un cambio en la política del DOJ.²⁹⁵ Aunque reconoció que durante mucho tiempo el DOJ había empleado un test de ponderación (*balancing test*) para restringir el uso de procedimientos obligatorios para obtener información o registros de miembros de los medios de comunicación, el fiscal argumentó que “en este contexto existen deficiencias en cualquier test de ponderación”.²⁹⁶ La solución a estas

²⁹³ Véase la “*Policy with regard to the issuance of subpoenas to members of the news media, subpoenas for telephone toll records of members of the news media, and the interrogation, indictment, or arrest of, members of the news media*”. Order No. 916-80, 45 FR 76436, Nov. 19, 1980.

²⁹⁴ Este test, además, contiene muchos de los elementos que se asemejan al test de escrutinio estricto. Por ejemplo, en la política del DOJ se establecía que, dentro de un procedimiento penal, en toda citación de un miembro de los medios de comunicación debía asegurarse que: i) la información solicitada fuese “esencial para el éxito de la investigación”, particularmente para establecer directamente la culpabilidad o la inocencia (finalidad imperiosa e idoneidad), ii) el gobierno “intentado, sin éxito, obtener la información de fuentes alternativas a los medios de comunicación” (medidas menos restrictivas), iii) la citación “esté dirigida a un tema limitado”, cubra “periodo de tiempo necesariamente limitado”, y evite la producción de un gran volumen de material no publicado” (confección estrecha). No en balde, en una resolución de la Corte de Distrito para el Distrito de Columbia del 20 de julio de 2005, el juez presidente Thomas F. Hogan concluyó que en dicha política se establecía “el test de ponderación más estricto” (*the most stringent balancing test*). En ese caso, el citatorio estuvo dirigido a los periodistas Matthew Cooper y Tim Russert, en el curso de una investigación sobre la posible revelación de la identidad Valerie Palm como agente de la CIA. Al emplear los parámetros de dicha política para analizar el citatorio en cuestión el juez Hogan utilizó un lenguaje que claramente hace eco del test de escrutinio estricto: “La información solicitada al señor Cooper y al señor Russert es muy limitada, todas las medidas alternativas para obtener la información se han agotado, el testimonio que se busca es necesario para completar la investigación y el testimonio se espera que constituya evidencia directa de la inocencia o culpabilidad”. In *Re Special Counsel Investigation*, 332 F. Supp. 2d 26 (D.D.C. 2004).

²⁹⁵ Véase el memorándum del 19 de julio de 2021, emitido por la Oficina del Fiscal General: “*Use of compulsory process to obtain information from, or records of, members of the news media*”.

²⁹⁶ Específicamente, argumentó que existía “un importante interés nacional de proteger la información de seguridad nacional y evitar su indebida revelación”. Pero al mismo tiempo, señaló que un test así podría “no ponderar adecuadamente el peso del importante interés nacional de proteger a los periodistas de la divulgación obligada de información que revelaría sus fuentes; fuentes que necesitan para informar al pueblo estadounidense sobre el funcionamiento de su gobierno”.

deficiencias, de acuerdo con el fiscal, pasaba por un política basada en reglas y excepciones. Específicamente, señaló que el DOJ tendría prohibido usar procedimientos legales obligatorios para obtener este tipo de información, salvo en circunstancias detalladas en el propio memorándum.

¿Qué balance puede hacerse, en última instancia sobre la ponderación simple (o *balancing*)? En términos generales, estamos frente a una metodología que estructuralmente coincide con uno de los dos exámenes independientes que, como se ha demostrado en el capítulo pasado, forman parte del test de proporcionalidad alexiano. Y, en consecuencia, son trasladables a la ponderación buena parte de las virtudes y defectos de la proporcionalidad en sentido estricto. Quizá lo único que habría que enfatizar es que, al prescindir del examen de necesidad (y del de optimalidad), la ponderación simple es más sencilla en la medida en que no se requiere de la consideración de medidas alternativas, con las consecuentes determinaciones (el número de medidas existentes, el nivel de idoneidad y de afectación que cada una de ellas genera, etc.). Pero esta ausencia tiene sus consecuencias. En particular, prescindir de la grada de necesidad (y de optimalidad) implica un potencial sacrificio en el grado de realización de los principios o intereses en colisión.

7 Para concluir: de todo hay en las metodologías de adjudicación

Este capítulo muestra que tanto en la literatura especializada como en la jurisprudencia comparada sí existen metodologías de adjudicación que constituyen alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano. Quizá la principal lección de este capítulo es que existe una enorme diversidad de alternativas, desde metodologías que parten de supuestos radicalmente opuestos a la teoría alexiana, como la teoría absoluta de García Amado, hasta otras que perfectamente podrían considerarse como parte del test alexiano, como la ponderación simple, pasando por soluciones intermedias como la teoría de los casos paradigmáticos, los tests *ad hoc* y los niveles de escrutinio estadounidenses.

Por supuesto, cada una de estas metodologías presenta alcances y límites diferentes dimensiones. Mi propósito no ha sido, por tanto, plantear que el test alexiano deba ser sustituido por alguna alternativa. Ciertamente, como he mostrado en el primer capítulo, el modelo alexiano tiene severos problemas estructurales, al grado que debería ser reemplazado por un test de maximalidad si es que pretende cumplir con su finalidad última: realizar los derechos en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas. Sirva lo expuesto para mostrar que la diversidad —y la coexistencia— parece ser la regla y no la excepción cuando hablamos sobre las metodologías de adjudicación.

A manera de ilustración, finalmente presento una breve caracterización de cada una de estas metodologías.

7.1 Las tijeras y no la báscula: la teoría absoluta de García Amado

La teoría absoluta del contenido esencial que recientemente ha presentado García Amado²⁹⁷ es quizá uno de los intentos más ambiciosos que la doctrina ha articulado para ofrecer una alternativa radical a la teoría alexiana. Se trata de una propuesta que parte de una concepción alternativa a los derechos fundamentales, en la que algunos son absolutos (derechos-E, derechos-A y derechos-O) y otros residuales (derechos-R), y que apuesta por la delimitación del alcance de los derechos como vía para evitar sus conflictos. Así, los operadores jurídicos pueden evitar las complejas operaciones argumentativas que implica la aritmética ponderativa. En esta visión, las herramientas más tradicionales del método jurídico, como la interpretación y la subsunción, retoman el papel protagónico.

Podríamos decir, por tanto, que García Amado apuesta por la tijera como herramienta para evitar la báscula. Si los derechos, atendiendo a su naturaleza, se delimitan con propiedad, se evitan las colisiones y, con ello, la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad o cualquier otra metodología ponderativa. De lo que se trata, en definitiva, es de recortar para no tener que ponderar.

²⁹⁷ García Amado (2016).

Sucede, sin embargo, que la teoría de García Amado tiene problemas nada despreciables. Al menos en su estado actual, se trata de una aproximación que parece no contar con una explicación convincente de cómo resolver posibles conflictos entre derechos que, bajo esta teoría, tendrían un carácter absoluto. Asimismo, parece que esta teoría abre la puerta a una limitación excesiva de los denominados derechos-R y que incluyen nada más y nada menos que las libertades de pensamiento, de opinión, de expresión y de movimiento. Y, finalmente, parece que esta teoría tampoco parece del todo adecuada para lidiar con las tensiones entre diferentes de un mismo derecho que, de acuerdo con la tipología propuesta, podrían tener una distinta naturaleza.

Pese a estas dificultades, la postura de García Amado es un buen recordatorio de la importancia que tiene la delimitación de los derechos fundamentales. Alexy defiende la idea de que siempre debe hacerse una interpretación amplia del alcance de los derechos fundamentales,²⁹⁸ y esto tiene como consecuencia inevitable que se multiplique el número de potenciales colisiones entre derechos o principios. En este sentido, no es necesario aceptar la concepción de García Amado sobre los derechos fundamentales para advertir que una delimitación razonable de los alcances de los derechos puede ayudar a evitar conflictos innecesarios entre derechos fundamentales.

7.2 Entre el libro de cocina y el extraordinario cocinero: la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso

La de Moreso es una teoría que aspira al punto medio. Como el mismo dice, lo que busca es proporcionar una alternativa frente al “especificacionismo”, la estrategia que delimita los derechos para así evitar conflictos, y el “particularismo”, la postura que acepta las colisiones y las resuelve ponderando las circunstancias del caso. Si retomamos la metáfora del propio Moreso, diríamos que esta teoría defiende la idea de que hay una opción intermedia entre seguir a rajatabla las recetas de un extraordinario recetario y la confianza ciega en un extraordinario cocinero.

¿Qué hacer, entonces, si no se quiere depender ni del libro ni del cocinero? Moreso nos dice que debemos acudir a los platillos ejemplares. Hay que acudir a las creaciones culinarias indiscutiblemente bien ejecutadas. Hay que aprender de los grandes platillos, pues de ahí podremos derivar tanto los ingredientes como los procedimientos que nos servirán para preparar las nuevas recetas, para crear (paulatinamente) recetarios.

Sucede, sin embargo, que este proceder tiene sus complicaciones. No hay nada en el método que nos diga cómo debemos seleccionar los ingredientes para los nuevos

²⁹⁸ Alexy (2002a, 210).

platillos. Moreso confía, además, que siempre habrá platillos ejemplares que podremos emular, o que al menos podemos imaginarlos. Asimismo, Moreso olvida que incluso en los más famosos platillos hay desacuerdos razonables sobre el éxito de su confección. Y, finalmente, ante la falta de recetarios impuestos, parece que lo único que queda es la intuición del cocinero. Tenemos, en suma, una aproximación que se presenta como intermedia pero que termina más cerca de la apuesta por el extraordinario.

Metáforas y problemas aparte parece que la teoría de los casos paradigmáticos tiene una enorme virtud: parece ser una aproximación más realista a la forma en la que, en los hechos, se realiza la adjudicación judicial. A estas alturas, es difícil pensar seriamente que en los casos difíciles los tribunales aplican mecánicamente un conjunto de normas exhaustivo y externamente impuesto. Y quizá es igualmente improbable que las y los jueces constitucionales resuelvan los conflictos entre derechos mediante el cálculo de las variables de la fórmula alexiana: el peso abstracto de los derechos, el peso concreto y la seguridad de las premisas empíricas.

Parece justo reconocer que la judicatura toma decisiones siempre a partir de un conjunto de decisiones previas, algunas de ellas genuinamente paradigmáticas, que terminan siendo relevantes para la resolución de casos futuros. Pero una cosa es ello y otra pensar que la adjudicación constitucional puede depender más de la intuición educada que del método sistemático o que de las cualidades de las personas juzgadoras.

7.3 La unitalla como alternativa a los trajes a la medida: los tests *ad hoc*

Los tests *ad hoc* también se encuentran, en cierto sentido, en una posición intermedia respecto del test de proporcionalidad y las teorías absolutas. El test busca confeccionar trajes a la medida: tomar en cuenta todas las circunstancias de un asunto para determinar la solución correcta para un caso específico. Las teorías absolutas siguen la lógica de la unitalla: un tratamiento idéntico para todos los casos que caigan en el supuesto de hecho, al margen de las circunstancias particulares del caso.

Los tests *ad hoc* están en una posición intermedia: las tallas estandarizadas. Son más flexibles que la unitalla pero menos precisos que la sastrería. Su limitada diversidad y su relativa rigidez son virtudes y defectos al mismo tiempo. Así como no todas las marcas siguen los mismos diseños y modelos, ni los mismos parámetros para definir sus tallas, las cortes han confeccionados tests *ad hoc* con los más variados argumentos y resultados. Bajo esta categoría se agrupa un número amplio pero limitado de reglas y estándares. Hay margen para escoger, pero no mucho. Quizá en la mayoría de los casos haya un ajuste adecuado, pero nada lo garantiza. Lo cierto es que tienen vocación de permanencia. Para bien y para mal, no cambian de un día a otro.

7.4 La báscula y la cinta métrica: los niveles de escrutinio estadounidenses

Si quisiéramos emplear un símil, diríamos que el test de proporcionalidad es una metodología de adjudicación que recurre a la báscula: se mide el peso abstracto y el peso concreto de los principios en colisión a fin de determinar si una medida genera beneficios más altos que sus costos, y a fin de determinar si no existen medidas alternativas que pueden disminuir los costos (examen de necesidad) o generar un beneficio neto mayor (examen de optimalidad).

Los niveles de escrutinio también utilizan la balanza, pero con otros propósitos y, más importante aún, echando mano también de la cinta métrica. Así, la báscula se emplea, primero, para medir el peso abstracto del derecho afectado y del interés perseguido (en el examen de importancia), y posteriormente se emplea para medir el peso concreto de la idoneidad y de las afectaciones que generan la medida y medidas alternas. Pero, en el examen de confección estrecha, los niveles de escrutinio intermedio y estricto ya no usan la báscula, sino la cinta métrica, a fin de determinar si la medida tiene problemas de sobreinclusión y de subinclusión.

7.5 Traje sin chaleco: la ponderación simple (o *balancing*)

Si el test alexiano es un traje completo, entonces la ponderación simple es un traje sin chaleco. Si lo que se busca es maximizar la formalidad, seguramente habrá que optar por el traje completo. Pero el traje sin chaleco seguramente garantiza el mínimo de formalidad.

Lo mismo pasa con la teoría alexiana. Si se busca optimizar la realización de derechos fundamentales, entonces habrá que optar por un test completo, que combina el examen de proporcionalidad en sentido estricto y el examen de necesidad (o, mejor aún, el examen de optimalidad). Pero el examen de proporcionalidad garantiza el mínimo: que los costos de una intervención sean menores a los beneficios que genera.

**Capítulo III. En gustos se rompen
métodos: el test de proporcionalidad en
las jurisprudencias y tesis aisladas de la
Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

1 Introducción

Como se ha mostrado en los anteriores capítulos de esta tesis, el test de proporcionalidad es hoy una de las principales metodologías para analizar la validez de las medidas que inciden en derechos fundamentales. Su uso se ha expandido de una manera notable en las judicaturas nacionales y supranacionales, mientras que la doctrina se ha encargado de analizar los más variados aspectos del test.

En el ámbito nacional, no han sido pocos los casos en los que los tribunales – comenzando por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) – han echado mano del test de proporcionalidad para resolver casos de diversas materias. Y ciertamente la doctrina ha comenzado a analizar diversas aplicaciones del test de proporcionalidad en México.²⁹⁹

Sucede, sin embargo, que la mayor parte de los estudios disponibles presentan una versión relativamente fragmentada. Salvo algunas excepciones, la mayor parte de la literatura especializada se ha concentrado en casos específicos o en un número reducido de ellos, o bien, ha abordado su aplicación en áreas temáticas o sustantivas específicas.

Entre otras ausencias, actualmente no contamos con un estudio que aborde, de manera sistemática, la forma en que el test de proporcionalidad ha sido empleado en la jurisprudencia de la SCJN. Este trabajo busca contribuir, dentro de los límites posibles, a colmar ese vacío. Lo que aquí presento es una revisión de todas las tesis aisladas y tesis de jurisprudencia en las que la SCJN expresamente ha utilizado el concepto de “test de proporcionalidad”. Se trata, para decirlo pronto, de un estudio sobre la aparición y evolución del test en uno de los sistemas de jurisprudencia de la SCJN.

²⁹⁹ Véanse, en particular, los trabajos de Sánchez Gil (2007), Ríos Granados (2008), Conesa Labastida (2009), Sánchez Gil (2009), Villaseñor Goyzueta (2011), Díez Gargari (2012), Ferrer MacGregor y Sánchez Gil (2012), Sánchez Gil (2012), González Galindo (2013), Zavala Arredondo (2013), Cárdenas Gracia (2014), Medina Mora, Salazar Ugarte y Vázquez (2015), López Sánchez (2016), Vázquez (2016a), Vázquez (2016b), Upegi Mejía (2018), Ibarra Olguín (2019), Martín Reyes (2020a), Martín Reyes (2020b), Ríos Granados y Sánchez Gil (2020), García Amado (2021), González Zuppa (2021), Latapie Aldana (2021), Martín Reyes (2021), Pou Giménez (2021), Ríos Granados (2021) y Sánchez Gil (2021a) y Sánchez Gil (2021b).

Me centro en lo que podríamos denominar el “sistema tradicional” de jurisprudencia,³⁰⁰ en contraposición con el “sistema de precedentes”.³⁰¹ Conviene concentrarse –al menos en esta primera reconstrucción histórica– en los criterios contenidos en amparos –esto es, en una vía con control concreto de constitucionalidad– pues buena parte de la doctrina entiende que el test de proporcionalidad tiene una marcada vocación casuística.

Ciertamente el test podría aplicarse (y se ha aplicado) en el control abstracto de constitucionalidad, que en nuestro sistema se realiza mediante las acciones de inconstitucionalidad. No obstante, un importante sector de la literatura especializada ha sostenido la postura consistente en que la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una medida debe estudiarse, al menos principalmente, a partir de las particularidades del caso concreto.³⁰² El amparo es,

³⁰⁰ Hasta antes de la reforma judicial de 2021 la jurisprudencia obligatoria del “sistema tradicional” se fijaba por (i) reiteración de criterios, (ii) contradicción de tesis y (iii) sustitución, de conformidad con los artículos 215 a 230 entonces vigentes de la Ley de Amparo. No obstante, fue práctica común la publicación de “criterios relevantes” contenidos en sentencias aisladas, al amparo del artículo 218 de la misma ley. Dado que el presente trabajo analiza los casos decididos hasta enero 2019, no profundizo en los importantes cambios que introdujo al sistema de jurisprudencia la reforma constitucional del 13 de marzo de 2021 y legal del 7 de junio de 2021. Pero sí es importante que actualmente el artículo 94 constitucional ha modificado radicalmente el sistema de jurisprudencia de la Suprema Corte, al establecer que “[l]as razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas”. En concordancia con lo anterior, los artículos 215 y 216 vigentes al momento de realizar la última revisión de este trabajo establecen que la jurisprudencia se establece (i) por precedentes obligatorios del Pleno o las salas de la SCJN (ii) por reiteración de los tribunales colegiados de circuito y (iii) por contradicción, ya por el Pleno o las salas de la SCJN, o bien, por los plenos regionales.

³⁰¹ De nueva cuenta, vale la pena hacer una precisión. Hasta antes de la reforma de 2021, el sistema de precedentes estaba limitado a la jurisprudencia contenida en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que resulta obligatoria de conformidad con los artículos 59 y 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dichas disposiciones establecían literalmente lo siguiente: “Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por lo menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales” (art. 59). “En las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán en todo aquello que no se encuentre previsto en este Título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el Título II” (art. 43).

³⁰² Grimm (2007, 394), ha sido enfático al señalar que la ponderación a realizar en el examen de proporcionalidad en sentido estricto “no es abstracta” y que “[l]a ponderación, por tanto, debe ser concreta”. En sentido similar, Petersen (2017, 39) alega que “el test de ponderación no comparará a los dos valores en colisión en lo abstracto”, sino que “considera las circunstancias de cada caso individual en cuenta”. Yap (2020, 16), por su parte, sostiene que “la proporcionalidad no trata de que las cortes decidan entre la protección de un derecho constitucional y el avance de objetivos estatales legítimos en lo abstracto; en cambio, la ponderación es una comparación y consideración de los *trade-offs* en situaciones concretas, de tal forma que sea posible hacer elecciones racionales entre posibles alternativas”.

por tanto, quizá el lugar más adecuado para comenzar a explorar sistemáticamente la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la SCJN.

También conviene recalcar que mi objeto de estudio son los criterios de la SCJN que hasta mayo de 2019 fueron publicados a partir de lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Amparo entonces vigente, esto es, los criterios que explícitamente fueron considerados “relevantes” por parte de la SCJN y que fueron incorporados en lo que la práctica mexicana identifica como “tesis”.³⁰³

Tanto el sistema de elaboración de tesis como la práctica de acudir a ellas y no a las sentencias han sido duramente criticadas, y con justa razón.³⁰⁴ Entre otras cuestiones, la lectura aislada de los criterios impide ver cómo es que éstos se relacionan con los hechos que dieron lugar a la controversia, los planteamientos de las partes y, consecuentemente, las cuestiones jurídicas a resolver.

Quizá lo ideal sería, por tanto, no sólo analizar las tesis, sino también las sentencias que les dieron origen. No obstante, no procedo de esta forma, por dos razones. En primer lugar, conviene aproximarse al tema tal como todavía suelen entenderlo la mayoría de los operadores jurídicos. Para bien y para mal, el uso directo –y casi exclusivo– del texto de las tesis aisladas y de jurisprudencias es práctica corriente de personas postulantes, juzgadoras y académicas.

En segundo lugar, me interesa analizar los criterios que la propia SCJN estima más relevantes. La publicación de toda tesis, sea de jurisprudencia o de un criterio

³⁰³ Dicho artículo señalaba lo siguiente: “Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Plenos de Circuito o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante, se elaborará la tesis respectiva, la cual deberá contener: I. El título que identifique el tema que se trata; II. El subtítulo que señale sintéticamente el criterio que se sustenta; III. Las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdiccional haya establecido el criterio; IV. Cuando el criterio se refiera a la interpretación de una norma, la identificación de ésta; y V. Los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la dictó y las votaciones emitidas al aprobar el asunto y, en su caso, en relación con el criterio sustentado en la tesis. [...]”. Después de la reforma legal del 7 de junio de 2021, la nueva redacción del artículo es la siguiente: “Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos regionales o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante, se elaborará la tesis respectiva en la que se recojan las razones de la decisión, esto es, los hechos relevantes, el criterio jurídico que resuelve el problema abordado en la sentencia y una síntesis de la justificación expuesta por el tribunal para adoptar ese criterio. De esta manera la tesis deberá contener los siguientes apartados: I. Rubro: mediante el cual se identificará el tema abordado en la tesis; II. Narración de los hechos: en este apartado se describirán de manera muy breve los hechos relevantes que dieron lugar al criterio adoptado por el tribunal para resolver el caso; III. Criterio jurídico: en el que se reflejará la respuesta jurídica adoptada para resolver el problema jurídico que se le planteaba al órgano jurisdiccional; IV. Justificación: se expondrán de manera sucinta los argumentos expuestos por el órgano jurisdiccional en la sentencia para sostener el criterio jurídico adoptado en la resolución, y V. Datos de identificación del asunto: comprenderán el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la dictó y las votaciones emitidas al aprobar el asunto y, en su caso, en relación con el criterio sustentado en la tesis”.

³⁰⁴ Véanse, por ejemplo, el trabajo de Magaloni (2011).

aislado, implica una decisión previa, consistente en que se está frente a un “criterio relevante”. De esta forma, analizar las tesis de la SCJN permite conocer los criterios que a juicio de los propios órganos jurisdiccionales tienen mayor peso y trascendencia.

En tercer lugar, procedo de esta forma por cuestiones de alcance y espacio. Como el lector podrá ver, estas páginas apenas son suficientes para analizar, con detalle, la totalidad de tesis aisladas y de jurisprudencia en las que la SCJN hace referencia expresa al test de proporcionalidad. Dejo para trabajos subsecuentes, más específicos y de mayor alcance, un análisis detallado de las sentencias.

Lo que a continuación presento, entonces, es el primer paso de un esfuerzo más amplio, que busca describir y sistematizar la forma en que la SCJN ha echado mano del test de proporcionalidad en sus tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias.³⁰⁵ Sigo un orden fundamentalmente cronológico –considerando la fecha en que fue dictada la primera sentencia que originó cada tesis– pues me interesa ver la forma en que su uso ha evolucionado a lo largo del tiempo.

A partir del análisis realizado en los siguientes apartados, ofrezco al final de este capítulo una reflexión desde el punto de vista argumentativo e institucional sobre la forma en que las tesis aisladas y de jurisprudencia han utilizado y conceptualizado el test de proporcionalidad. Los principales hallazgos del capítulo son los siguientes:

- (1) El test de proporcionalidad tuvo una lenta incorporación al sistema tradicional de jurisprudencia de la Corte. La sentencia que originó la primera tesis aislada que empleó expresamente el concepto de test de proporcionalidad fue dictada en abril de 2011, esto es, a finales de la 9ª época de la SCJN. Aunque ciertamente el test de proporcionalidad fue aplicado previamente en sentencias de la Corte, parece que no fue sino hasta después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 que comenzaron a publicarse tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias en las que expresamente se hizo referencia al test de proporcionalidad.
- (2) El test de proporcionalidad es una metodología empleada, sobre todo, en las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias de Primera Sala, por ministros que no provienen de la carrera judicial y por un puñado de secretarías y secretarios de estudio y cuenta. La asimetría entre los órganos de la Corte es marcadísima: el 76% de los criterios publicados correspondieron a la Primera Sala. La mayoría de las tesis que echan mano del test pertenecen a la ponencia de ministro Zaldívar (41% del total), seguidas por las ponencias de Laynez,

³⁰⁵ Para identificar las tesis y jurisprudencias se consultó la versión electrónica del Semanario Judicial de la Federación (http://bit.ly/IUS_E) para todas las épocas (5ª a 10ª, así como informes) y todas las salas de la SCJN. El término que se empleó para realizar la búsqueda fue “test de proporcionalidad” (http://bit.ly/IUS_Test_Proporcionalidad). La última fecha de búsqueda fue el 17 de mayo de 2019.

Cossío y Gutiérrez. Todos estos ministros comparten la característica de no provenir de la carrera judicial. De la misma forma, la inmensa mayoría de las tesis aisladas y de jurisprudencia en las que se refiere al test de proporcionalidad provienen de un puñado de secretarías y secretarios de estudio y cuenta: Arturo Bárcena Zubieta, Ana María Ibarra Olguín y Jorge Jiménez Jiménez, principalmente.

- (3) El test de proporcionalidad no sólo se ha empleado para analizar intervenciones en derechos fundamentales, sino también la proporcionalidad de las penas, la proporcionalidad y equidad de los tributos y la proporcionalidad la violación a garantías institucionales. En este sentido, es sorprendente que la Corte haya optado por usar el test para analizar dos tipos de proporcionalidad que, como se ha mostrado en el primer capítulo, tienen una estructura distinta a las colisiones entre derechos fundamentales: (i) la proporcionalidad de las penas, establecida en el artículo 22 constitucional, así como (ii) la proporcionalidad y equidad de las contribuciones en materia tributaria. Parece, por tanto, que la SCJN comenzó a utilizar el test ahí donde la constitución empleaba expresamente la palabra “proporcionalidad” y “proporcional”, quizá sin reparar que se trata de un concepto claramente ambiguo o, para decirlo de otra forma, hay de proporcionalidades a proporcionalidades.
- (4) La Corte ha empleado diversas variantes del test de proporcionalidad, que muchas veces se mezclan con elementos provenientes de otras metodologías no del todo compatibles con el test. La Corte ha empleado una enorme gama de variantes del test de proporcionalidad: desde concepciones claramente alemanas o alemanas, hasta tests inspirados en los juicios de igualdad provenientes de la jurisprudencia española, pasando por otros que contienen elementos de los niveles de escrutinio estadounidenses y por tests híbridos cuya estructura y componentes en ocasiones son verdaderamente enigmáticos. Por supuesto, la diversidad de metodologías no es por sí misma problemática. Pero sí lo es el hecho de que la Corte lo haya aplicado a materias para las que no es adecuado; que haya ideado tests híbridos con componentes que no terminan de articularse; y que incluso en las formulaciones más ortodoxas del test haya mostrado una notable variación en la forma en que concibe sus distintos elementos. Tenemos, para decirlo pronto, una variedad y falta de coherencia que ha impedido la consolidación del test como metodología de adjudicación constitucional.
- (5) La aplicación del test (o de los tests) ha mostrado no pocos problemas argumentativos. Incluso en aquellos casos en los que el test se usa para analizar intervenciones en derechos fundamentales, su aplicación suele ser más un instrumento retórico que una metodología de adjudicación que dote de cierta racionalidad a la solución de conflictos entre principios. En muchas

tesis existe una evidente falta de definición en las cosas más elementales del test. ¿Cómo se entiende y prueba la idoneidad? ¿Qué implica la necesidad? ¿Es un examen de intervención mínima, o un examen de la doble regla alexiana (que busca un óptimo de Pareto) o un examen de confección (de sobreinclusión)? ¿Cómo debe realizarse el examen de proporcionalidad en sentido estricto? ¿Es posible hacer ponderaciones entre dos o más derechos afectados o dos o más finalidades? Como ha quedado de manifiesto, las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias que se han analizado están lejos de brindar respuestas claras.

- (6) El test se ha utilizado más para realizar análisis en abstracto (*facial challenges*) que análisis en concreto o aplicados (*as-applied challenges*). Es notable cómo la mayoría de las tesis se aplican para analizar la inconstitucionalidad de normas o medidas sin hacer referencia alguna a las circunstancias particulares del caso. De hecho, salvo en un caso, parece que la Corte realiza análisis que en la doctrina se entenderían como impugnaciones generales o faciales (*facial*) y no de aplicación (*as applied*). Lo anterior contrasta notablemente con aquellas posiciones de la doctrina que insisten en que el test de proporcionalidad es marcadamente casuístico, y que no es posible hacer ponderaciones en “abstracto”, pues el peso de los principios siempre depende de las muy particulares circunstancias de cada caso.
- (7) Las tesis aisladas y de jurisprudencia no sólo se refieren a cuestiones interpretativas, sino también a problemas probatorios y de metodología. Finalmente, resulta interesante la manera en que la SCJN echa mano de este sistema (tradicional) de jurisprudencia. La Corte no sólo usa las tesis para abordar cuestiones relevantes sobre la interpretación de ciertas disposiciones, como típicamente sucede en el derecho comparado, sino que también se usa para fijar criterios orientadores y obligatorios sobre la metodología que habrá de emplearse para realizar dichas interpretaciones, y aún frente a criterios que se refieren a cuestiones fácticas. Estos hallazgos son una invitación a seguir explorando la no siempre pacífica relación entre el sistema de jurisprudencia y precedentes, por un lado, y las metodologías de adjudicación, por el otro.

2 Análisis de las tesis aisladas y de las jurisprudencias

2.1 La aparición del concepto en las tesis de la Corte: la relación inversa entre la “intensidad” del test y el margen de apreciación del legislador (en materia penal)

PRIMERA SALA. 6 DE ABRIL DE 2011. PONENTE: ZALDÍVAR. SECRETARIO:
ARTURO BÁRCENA ZUBIETA.

La primera tesis de la SCJN que refiere expresamente al “test de proporcionalidad” es la identificada con la clave 1a. CCIX/2011(9a.).³⁰⁶ En ella no hay, como tal, una caracterización del test o de sus elementos, pero sí la afirmación, más o menos explícita, de que el test de proporcionalidad puede tener diferentes “niveles de intensidad”. Conviene tener presente las consideraciones de la tesis:

“El principio de proporcionalidad en sentido amplio no es una herramienta para analizar las normas penales a la luz de los criterios ético-políticos de una determinada ideología o filosofía penal. Como instrumento de control de constitucionalidad, el principio de proporcionalidad está orientado exclusivamente a fundamentar la validez o invalidez de una intervención en derechos fundamentales atendiendo a los límites impuestos al legislador democrático por la propia Constitución. Esta Suprema Corte ha sostenido en varios precedentes que en materia penal el legislador democrático tiene un amplio margen de apreciación para diseñar el rumbo de la política criminal. Esto significa que goza de un considerable margen de acción para elegir los bienes jurídicos tutelados, las conductas típicas, antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales de cada momento y lugar. Por tanto, la intensidad del test de proporcionalidad para examinar una medida legislativa consistente en el aumento de una pena prevista para un determinado delito debe corresponderse con la amplitud del poder normativo que la Constitución confiere al legislador, de conformidad con la citada interpretación de esta Suprema Corte”.

Como puede observarse, la tesis simplemente afirma que en materia penal –y más específicamente, cuando se aumenta la pena para un delito– el legislador cuenta con un “amplio margen de apreciación”, por lo que la “intensidad del test de proporcionalidad” debe corresponderse con “la amplitud del poder normativo” del legislador.

³⁰⁶ Véase la tesis 1a. CCIX/2011 (9a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 160670, de la 9ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro II, tomo 1, pág. 203, noviembre de 2011, con el rubro “PENAS. LA INTENSIDAD DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA EXAMINAR SU AUMENTO ESTÁ DETERMINADA POR EL AMPLIO MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en directo en revisión 181/2011, el 6 de abril de 2011, por unanimidad de cinco votos. Fue ponente el ministro Zaldívar. Fungió como secretario Arturo Bárcena Zubieta.

La tesis no señala en ningún momento cuáles son los diferentes niveles de “intensidad” que puede tener el test de proporcionalidad. Y mucho menos, señala cómo es que estos diferentes niveles se traducen en un entendimiento diferenciado o graduado de los elementos del test: existencia de una finalidad legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La tesis resulta por demás relevante, porque evidencia que, desde las primeras tesis, la SCJN estimó importante precisar que la idea de que existen distintos niveles de intensidad en la aplicación del test, lo cual es un dato no menor. Adicionalmente, resulta un criterio importante en la medida en que reitera que, en sus orígenes, el test de proporcionalidad está estrechamente vinculado con la materia penal, lo cual será incluso más claro en los apartados subsecuentes. Esto, como se ha mostrado en el primer capítulo, es por demás problemático, pues el análisis de la proporcionalidad de las penas no necesariamente sigue una lógica de costo-beneficio. Y, como se ha mostrado, el test de proporcionalidad es una metodología que necesariamente sigue esta lógica.

2.2 Un segundo criterio en materia penal: la proporcionalidad como herramienta para evaluar la proporcionalidad de las penas

Primera Sala. 24 de agosto de 2011. Ponente: Ortiz Mayagoitia.
Secretario: Horacio Nicolás Ruiz Palma.

2.2.1 Los elementos del test

La segunda tesis en la que aparece una mención expresa al “test de proporcionalidad” es la identificada con la clave 1a. CCXXXVI/2011 (9a.), de la Primera Sala de la SCJN.³⁰⁷ A primera vista, en esta tesis se presenta una caracterización no muy alejada de cierto entendimiento que la doctrina ha tenido de la versión alexiana del test de proporcionalidad. Primeramente, establece que el lenguaje de la tesis se acerca a la posición que defiende su universalidad cuando afirma que “[e]l principio de proporcionalidad busca asegurar que el poder público actúe sin excederse en el ejercicio de sus funciones y es aplicable a toda actividad del Estado”.

³⁰⁷ Véase la tesis 1a. CCXXXVI/2011 (9a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 160643, de la 9ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro II, tomo 1, pág. 209, noviembre de 2011, con el rubro “SECUESTRO EXPRESS. EL ARTÍCULO 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE LO SANCIONA, NO TRASGREDE LA GARANTÍA DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL (TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL)”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 1399/2011, el 24 de agosto de 2011, por unanimidad de cinco votos. Fue ponente el ministro Ortiz Mayagoitia. Fungió como secretario Horacio Nicolás Ruiz Palma.

En segundo lugar, la Primera Sala entiende, en esta tesis aislada, que el test comprende el examen de tres elementos:

“a) el fin y la idoneidad: consiste en determinar si la interferencia al derecho fundamental que se restringe persigue un fin constitucionalmente legítimo y si esa medida aflictiva, restrictiva o limitativa, es idónea para la finalidad buscada; b) la necesidad: parámetro que lleva a establecer si la medida cuestionada, dentro de las alternativas fácticas posibles, es la menos gravosa o restrictiva hacia el principio o derecho fundamental afectado por la intervención (intervención mínima); y, c) proporcionalidad: debe quedar acreditado que la medida es cualitativamente de mayor beneficio o igual al perjuicio que se ocasiona al derecho fundamental”.

Conviene detenerse aquí para apuntar varias cuestiones sobre el primer elemento del test. Para empezar, la tesis considera que finalidad e idoneidad de la medida son un mismo elemento, cuando suele entenderse que no lo son. Como se ha mostrado en el primer capítulo, un elemento (la finalidad) es presupuesto del otro (idoneidad), aunque analíticamente no son lo mismo: una cosa es afirmar que una medida busca cumplir con cierto objetivo, y otra muy distinta es constatar que se trata de una medida *efectiva* para tal empresa.

También conviene enfatizar que la tesis indica que el fin perseguido por la medida ha de ser “constitucionalmente legítimo”, sin dar mayores pistas sobre lo que ha de entenderse por esto. ¿Qué hace que un objetivo sea, en efecto, legítimo desde el punto de vista constitucional? ¿Necesariamente ha de ser otro derecho fundamental o principio constitucional? ¿O también es posible restringir derechos a fin de proteger otros principios y valores de orden inferior? La tesis nada dice sobre estas cuestiones, pero el lenguaje empleado sugiere que estamos frente a una barra relativamente baja y acorde con la concepción alexiana del examen de idoneidad.

Veamos ahora la caracterización que hace la tesis respecto al principio (o subprincipio) de necesidad. Por una parte, la tesis concibe a la necesidad como una tarea que implica la búsqueda de alternativas *fácticamente* posibles. Por la otra, la tesis establece un estándar particularmente alto (pero equivocado) al señalar que, para cumplir con este elemento, la medida debe ser “la menos gravosa o restrictiva hacia el principio o derecho fundamental afectado por la intervención”. La necesidad, de esta forma, se concibe como una “intervención mínima”.

En esta tesis, por tanto, hay un apartamiento claro de la doble regla de Alexy: la necesidad como medidas alternativas *igualmente idóneas*, pero menos restrictivas. El problema con esta concepción es evidente: si una medida con un alto grado de idoneidad (o beneficios) y afectación (costos) se descarta por otra con menor idoneidad y afectación, se corre el riesgo de que la medida alternativa ni siquiera sea proporcional, lo que generaría un peor estado de cosas en términos de la realización

de los derechos fundamentales.³⁰⁸ En ese sentido, en esta tesis se está frente a una concepción por demás cuestionable del test de proporcionalidad.

Finalmente, conviene apuntar que la tesis concibe al último paso –la proporcionalidad o proporcionalidad en sentido estricto– como una ponderación un tanto peculiar. Señala la tesis que se trata de una ponderación de naturaleza “cualitativa”, en la no se especifica cómo han de fijarse los costos y los beneficios derivados de la medida. En palabras de la tesis: “debe quedar acreditado que la medida es cualitativamente de mayor beneficio o igual al perjuicio que se ocasiona al derecho fundamental”.

2.2.2 La aplicación del test a la medida concreta

Ahora bien, la aplicación al caso concreto resulta igualmente interesante. Lo primero es que la Primera Sala *no* emplea el test para evaluar la validez de una medida que incide en un derecho fundamental, sino para determinar si una norma de naturaleza penal cumple con el estándar establecido en el artículo 22, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), mismo que señala lo siguiente:

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

Lo anterior no es una cuestión menor. De entrada, la “proporcionalidad” a la que se refiere el artículo 22 de la Constitución federal no es una ponderación entre i) un fin constitucionalmente válido y ii) un derecho fundamental afectado. Por el contrario, la propia Sala ha entendido que el “principio de proporcionalidad” contenido en dicho artículo refiere a la relación que debe existir entre i) la gravedad del hecho antijurídico y ii) el grado de afectación al bien jurídico protegido por la norma penal, de tal suerte que “las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes”.³⁰⁹

³⁰⁸ No me detengo mucho en esta cuestión, pero esto podría ser perfectamente demostrado mediante las herramientas analíticas y gráficas que desarrollo en el primer capítulo para analizar formalizar y analizar la estructura del test de proporcionalidad alexiano.

³⁰⁹ Véase la tesis de jurisprudencia 1a./J. 3/2012 (9a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 160280, de la 9ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro V, tomo 1, pág. 503, febrero de 2012, con el rubro “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”. De acuerdo con el texto de dicha jurisprudencia, “[d]e la interpretación del citado precepto constitucional [el artículo 22 de la Constitución] se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo

Como se ha demostrado en el primer capítulo, la proporcionalidad penal — así definida — no es un análisis costo-beneficio, por lo que el test de proporcionalidad es una herramienta inadecuada para analizar. Por lo anterior, no es del todo sorprendente que la aplicación del test al caso concreto sea problemática, por decirlo amablemente.

Conviene ver, con detalle, las consideraciones de la Primera Sala. La argumentación de la tesis es la siguiente:

“[E]l artículo 163 bis del Código Penal para el Distrito Federal, que prevé una pena de veinte a cuarenta años de prisión [para el secuestro exprés], es acorde con el principio de proporcionalidad y no vulnera el artículo 22 de la Constitución Federal, en atención a lo siguiente: 1) el legislador, tratándose del delito de ‘secuestro exprés’, buscó proteger un derecho fundamental de igual valor al restringido, como es la libertad de las personas y adicionalmente su patrimonio; asimismo, buscó desalentar su comisión, pues ésta se ha vuelto excesiva; ciertamente, estableció una medida aflictiva de la libertad rigurosa para la finalidad buscada, pero idónea, porque de esa manera buscó proteger a la sociedad; 2) la medida restrictiva de la libertad de veinte años como mínima y cuarenta años como máxima, dentro de las alternativas fácticas posibles, es la menos gravosa, porque en aras del diverso principio de ‘ultima ratio’ se castiga con penas más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes y en este caso, sin duda, dicha penalidad es el medio más eficaz que la sociedad tiene a su alcance para plasmar su total desaprobación respecto de sujetos que realizan actos tan reprobables hacia sus congéneres, como es privarlos de la libertad para robarlos o extorsionarlos, ya que no existe un medio alternativo que, en casos como éste, revista la misma aptitud que la prisión para alcanzar la finalidad propuesta por el legislador, que es la de escarmentar severamente y disuadir; y 3) cualitativamente, la medida responde al equilibrio entre el interés general que se alcanza, como es el de salvaguardar a la sociedad de la proliferación de un delito que la impacta de manera considerable y el perjuicio individual que origina la afectación del bien jurídico, que es la libertad. En consecuencia, el dispositivo 163 bis del Código Penal para el Distrito Federal, no atenta contra la garantía de proporcionalidad que establece el artículo 22, párrafo primero, de la Carta Fundamental; más aún, porque el tipo penal necesariamente exige la acreditación de una privación de la libertad a título de secuestro”.

Lo primero que habría que enfatizar es el examen de idoneidad desarrollado en la tesis es un tanto confuso. La Sala señala, en este sentido, que la medida — esto es, la pena de 20 a 40 años para el secuestro exprés — persigue tres finalidades: (i) proteger la vida de las personas, (ii) proteger el patrimonio de las personas y (iii) desalentar la comisión del secuestro exprés. Lo que queda menos claro es, por qué se trata de una medida adecuada para lograr esas tres finalidades. La tesis se limita a señalar

directo en revisión 1405/2009, el 7 de octubre de 2009, por unanimidad de cinco votos. Fue ponente el ministro Silva Meza. Fungió como secretario Jaime Flores Cruz.

dos cosas: primero, que con el establecimiento de esa pena el legislador “buscó desalentar [la] comisión [del secuestro exprés], pues ésta se ha vuelto excesiva” y, segundo, que la medida, aunque “rigurosa”, resulta “idónea, porque de esa manera buscó proteger a la sociedad”. Después de leer la argumentación de la tesis, uno debe preguntarse si la comisión de un delito –como el secuestro exprés– podría considerarse como “no excesivo”, tal como sugiere la tesis. Pero, más importante aún, estamos de nuevo frente a un argumento deficiente. La medida es idónea para perseguir una finalidad porque de esa manera se buscó “proteger a la sociedad”.

El estudio de necesidad es aún más deficiente. Conviene recordar que, de acuerdo con la propia tesis, la necesidad se entiende como una “intervención *mínima*”, por lo que se debe determinar si la medida es la *menos* restrictiva de entre las alternativas fácticas disponibles.³¹⁰ Pues bien, la tesis se aparta de este entendimiento del principio o subprincipio de necesidad al estudiar la constitucionalidad de la pena prevista en el artículo 163 bis del Código Penal para el Distrito Federal. La Sala alega que la penas de 20 a 50 años es “la menos gravosa” (i) porque “es el medio *más eficaz* que la sociedad tiene para plasmar su total reprobación” y (ii) porque “no existe un medio alternativo que [...] revista la misma aptitud que la prisión para alcanzar la finalidad propuesta”. Dicho de otro modo: la tesis abandona el parámetro relevante (la existencia de medidas *menos* restrictivas) y, en cambio, se refiere a uno diverso (el elevado nivel de idoneidad o efectividad de la medida, así como la inexistencia de medidas igualmente idóneas), que ni siquiera hace referencia al nivel de afectación que genera la medida. Se trata, para decirlo pronto, de un análisis de necesidad que prescinde del elemento más relevante de este paso: los niveles de afectación que genera tanto la medida como las posibles medidas alternativas.

Cabe apuntar que, en esta parte del análisis, la tesis cambia la finalidad o finalidades que persigue la medida. Cuando la tesis habla del nivel de eficacia de la medida, ya no se refiere a los tres objetivos apuntados –(i) proteger la vida de las personas, (ii) proteger el patrimonio de las personas y (iii) desalentar la comisión del secuestro exprés– sino a otros dos: (iv) “escarmentar severamente y disuadir” y (v) que la sociedad pueda “plasmar su total desaprobación respecto de sujetos que realizan actos tan reprobables”.

Para terminar, el estudio de proporcionalidad (en sentido estricto) es escueto. Aquí la Primera Sala se limita a señalar que “cualitativamente”, la pena de 20 a 40 años “responde al equilibrio” entre dos elementos: (i) el “interés general que se alcanza”, entendido como “el de salvaguardar a la sociedad de la proliferación de un delito”, y (ii) el “perjuicio individual que origina la afectación” de la libertad. ¿Por qué una pena en ese rango preciso –20 a 40 años– logra un equilibrio entre finalidad y derecho afectado? La tesis nada dice al respecto, como tampoco dice mucho de la

³¹⁰ No reitero lo dicho anteriormente, pero entender la necesidad como “intervención mínima” y no conforme de la doble regla alexiana (la inexistencia de una medida igual o más idónea pero menos restrictiva) es incompatible con la finalidad de optimización o maximización del test alexiano.

magnitud de los beneficios y los costos que genera la medida. Dicho de otro modo: ¿En qué medida o grado se salvaguarda a la sociedad al establecer una pena de entre 20 y 40 años? ¿Cuál es el costo, en términos de libertad, que genera una sanción con ese rango?

2.3 La confección de un test híbrido: la combinación de un juicio de igualdad y un test de proporcionalidad con diferentes intensidades de escrutinio como herramienta para analizar las violaciones al principio de igualdad o equidad tributaria

Primera Sala. 8 de febrero de 2012. Ponente: Cossío. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

La tercera tesis aislada en la que se refiere expresamente al test de proporcionalidad es la identificada con la clave 1a. LIII/2012 (10a.), también de la Primera Sala de la SCJN.³¹¹ Se trata de una tesis por demás ilustrativa, pues permite identificar una segunda forma en que el test de proporcionalidad fue importado – y adaptado – en una materia distinta a los derechos fundamentales: la equidad y proporcionalidad en materia tributaria, establecida en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución:

“Son obligaciones de los mexicanos: [...] Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, *de la manera proporcional y equitativa* que dispongan las leyes”.³¹²

Las consideraciones contenidas en la tesis son relativamente extensas, pero conviene citarlas en su totalidad:

“El principio de proporcionalidad, como instrumento metodológico, es un procedimiento interpretativo para la resolución de conflictos entre los contenidos esenciales de las disposiciones normativas fundamentales, que encuentra asidero constitucional en los diversos principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho principio opera principal, mas no exclusivamente, cuando se aduce la violación al principio de igualdad o equidad tributaria como manifestación específica de éste, pues en ese caso se requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan

³¹¹ Véase la tesis 1a. LIII/2012 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2000683, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VII, tomo 1, pág. 882, abril de 2012, con el rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. EN ATENCIÓN A LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MISMAS, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE REQUIERE DE UN MÍNIMO Y NO DE UN MÁXIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en revisión 820/2011, el 8 de febrero de 2012, por unanimidad de cinco votos. Fue ponente el ministro Cossío Díaz. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

³¹² Énfasis añadido.

verificar si existe o no un trato injustificado, esto a partir de un término de comparación, en la medida en que el derecho a la igualdad es fundamentalmente instrumental y siempre se predica respecto de alguien o algo. Así, para verificar si el tratamiento desigual establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido, en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios, de conformidad con la jurisprudencia 1a./J. 55/2006, consistentes en: a) que la distinción legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) que la distinción establecida resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin y, c) la distinción debe ser proporcional, es decir, no es válido alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional. Ahora, en materia tributaria la Suprema Corte consideró en la jurisprudencia 1a./J. 84/2006, que la intensidad del escrutinio constitucional, a la luz de los principios democrático y de división de poderes, no es de carácter estricto, sino flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con una amplia libertad en la configuración normativa del sistema tributario sustantivo y adjetivo, de modo que a fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el mencionado, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. Consecuentemente, la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte en su carácter de Tribunal Constitucional, implica que el cumplimiento de los criterios que lo integran requiere de un mínimo y no de un máximo de justificación, es decir, basta que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; la elección del medio para cumplir tal finalidad no conlleva a exigirle al legislador que dentro de los medios disponibles justifique cuál de todos ellos cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad), sino únicamente determinar si el medio elegido es idóneo, exigiéndose un mínimo y no máximo de idoneidad y, finalmente, debe existir una correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables”.

Como puede verse, en la primera parte de la tesis se sostiene una idea clara y poco problemática, esto es, que el test de proporcionalidad es un método para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Posteriormente, la Primera Sala afirma que el test tiene su base normativa en dos principios contenidos en la Constitución: el principio de igualdad –contenido, se entiende, en el artículo 1 constitucional– y el principio de interdicción de la arbitrariedad o exceso –previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales–. La tesis no explica cómo es que el test de proporcionalidad se deriva de dichos principios, aunque desde este punto ya es claro que la Primera Sala está a punto de extender los alcances del test de proporcionalidad, mismos que

se entienden como una metodología que sirve para resolver colisiones entre derechos fundamentales y para analizar violaciones al principio de igualdad.

De hecho, la tesis afirma, de una manera un tanto sorprendente, que el test opera “principal, mas no exclusivamente, cuando se aduce la violación al principio de igualdad o equidad tributaria”. Y posteriormente señala una particular metodología para aplicar el test. De acuerdo con esta tesis, lo primero que debe realizarse es “un juicio de igualdad”, a partir de la “equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado, esto a partir de un término de comparación”. No me detengo mucho en esta caracterización del test, pero es claro que aquí lo que plantea es una metodología para resolver violaciones al principio de igualdad, y no colisiones entre derechos fundamentales.

Pues bien, según la tesis, una vez que se ha hecho el “juicio de igualdad”, lo que procede es la realización de un test (de proporcionalidad) con tres pasos: (i) en el primer paso, se analiza si “la distinción legislativa” persigue “una finalidad objetiva y constitucionalmente válida”; (ii) en el segundo, si dicha distinción resulta “adecuada o racional”, esto es, si constituye “un medio apto para conducir” a la finalidad, y (iii) en el último paso, se determinará si la distinción es “proporcional”, pues “no es válido alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional”. Tenemos, para decirlo pronto, una metodología compleja, que combina el juicio de igualdad con un test que tiene tres pasos y que prescinde, de manera destacable, del subprincipio de necesidad.

Hecho lo anterior, la tesis de la Primera Sala introduce una complejidad adicional: la existencia de diferentes intensidades de escrutinio. Así, dice la tesis, en materia tributaria “la intensidad de escrutinio constitucional” debe ser “flexible o laxo”, toda vez que el legislador cuenta con un amplio margen configurativo. Ello implica, de acuerdo con la tesis, que en el análisis de los elementos del test “requiere de un mínimo y no de un máximo de justificación”. Así, basta que i) “la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida”; ii) la medida sea idónea, esto es, sólo es posible exigir “un mínimo y no un máximo de idoneidad”, como tampoco es exigible que el legislador justifique que la medida “cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad)”; y iii) exista una “correspondencia proporcional mínima” en entre el medio y el fin.

Esta tesis establece, en pocas palabras, una barra relativamente baja para el cumplimiento de al menos algunos pasos del test. No es posible advertir que dicha rebaja sea aplicable para el primer elemento, pues tanto en el test “ordinario” como en el test “laxo” se habla de un mismo parámetro: la existencia de una finalidad “objetiva” y “constitucionalmente válida”. En cambio, en el segundo y tercer elementos sí se advierte la intención de fijar parámetros más bajos: “idoneidad mínima” y “correspondencia proporcional mínima”.

No es difícil ver por qué esta manera de entender el test de proporcionalidad es un tanto problemática. Por una parte, la Primera Sala sugiere que una misma metodología es igualmente útil para analizar tanto la validez de cosas muy distintas: las medidas que inciden en derechos fundamentales, la validez de distinciones legislativas y el principio de proporcionalidad tributaria. Y, como se ha visto el primer capítulo, los juicios de igualdad suelen operar en la dimensión de la confección y no en la del peso, por lo que el tipo de análisis que se hacen en la proporcionalidad y en la igualdad son distintas.

De la misma forma, en el primer capítulo quedó en claro que la tributaria es un tipo de proporcionalidad que no sigue la lógica del costo-beneficio, sino de la correspondencia (ideal) entre dos variables. La proporcionalidad tributaria, tal como la ha entendido la propia SCJN, se refiere a la relación que debe existir entre la capacidad contributiva de una persona y la magnitud de los impuestos a pagar.³¹³ Dicho de otro modo: entre mayor sea una cantidad (capacidad contributiva), mayor debe ser otra (magnitud de los impuestos a pagar). En materia tributaria, la lógica costo-beneficio del test de proporcionalidad no es aplicable, pues no se está buscando maximizar una variable (los beneficios) y minimizar otra (los costos).

Por otra parte, y más allá de la falla estructural antes apuntada, es importante notar que muchos de los elementos de este test de proporcionalidad no son del todo claros. La tesis no da ninguna pista sobre qué ha de entenderse por el grado “cuantitativo”, “cualitativo” y de “probabilidad”; ni qué es la “eficacia”, “rapidez”, “plenitud” y “seguridad”, que serían todos parte de lo que la tesis denomina “niveles de intensidad”; como tampoco se explica en qué consiste la “correspondencia proporcional mínima” entre medio y fin. Se trata, en suma, de un test que cofunde mucho y explica poco.

³¹³ Véanse, por ejemplo, los siguientes criterios de la SCJN: tesis sin clave, de rubro “IMPUESTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS. NATURALEZA” (Séptima Época, registro 388036, Sala Auxiliar, *Informe 1969*, pág. 45); tesis P./J. 109/99, de rubro “CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. CONSISTE EN LA POTENCIALIDAD REAL DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS PÚBLICOS” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 192849, tomo X, noviembre de 1999, pág. 22); tesis 3a./J. 4/91, de rubro “PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. SON REQUISITOS DE NATURALEZA DISTINTA CON LOS CUALES DEBEN CUMPLIR LAS LEYES FISCALES” (*Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, registro 207061, Tercera Sala, tomo VII, febrero de 1991, pág. 60); tesis P. XXXV/2010, de rubro “PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA. PARA QUE UN TRIBUTOS RESPETE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL SE REQUIERE QUE EXISTA CONGRUENCIA ENTRE EL GRAVAMEN Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA DE LOS SUJETOS, QUE ÉSTA ENCUENTRE RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO GRAVADO Y QUE EL HECHO IMPONIBLE Y LA BASE GRAVABLE SE RELACIONEN ESTRECHAMENTE” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 163980, Pleno, tomo XXXII, agosto de 2010, pág. 243).

2.4 La interamericanización del test y la concepción (al fin) del test como metodología para analizar la restricción y suspensión de derechos fundamentales

Primera Sala. 6 de febrero de 2013. Ponente: Cossío. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

No deja de ser llamativo, por decir lo menos, que la SCJN demoró tanto en publicar una tesis que emplea expresamente el concepto y en la que adoptó una concepción ortodoxa del test de proporcionalidad, esto es, como una herramienta para analizar la validez de las intervenciones que afectan derechos fundamentales. Ello ocurrió precisamente en la tesis 1a. CCXV/2013 (10a.),³¹⁴ de la Primera Sala de la SCJN. Pero, esa no es la única razón por la que la tesis resulta relevante. Me explico.

El primer elemento por destacar de la tesis es que, en este criterio, la Primera Sala utiliza una base constitucional diferente para justificar el uso del test. En la tesis analizada en el apartado anterior, el asidero constitucional del test de proporcionalidad se ubicó en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución. Pues bien, en esta otra tesis –de la misma sala, ponente y secretario– la Primera Sala echa mano de un fundamento parcialmente distinto: el artículo 1, párrafo primero, y del artículo 30 de la CADH. Dichas disposiciones establecen, literalmente, lo siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

“Artículo 30. Alcance de las Restricciones.

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

³¹⁴ Véase la tesis 1a. CCXV/2013 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2003975, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXII, tomo 1, pág. 557, julio de 2013, con el rubro “DERECHOS HUMANOS. REQUISITOS PARA RESTRINGIRLOS O SUSPENDERLOS CONFORME A LOS ARTÍCULOS 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 30 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en revisión 173/2012, el 6 de febrero de 2013, por mayoría de tres votos. Fueron disidentes los ministros Gutiérrez y Pardo. El ministro Zaldívar reservó su derecho para formular voto concurrente. Fue ponente el ministro Cossío. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

A partir de estas disposiciones, la Primera Sala afirma lo siguiente:

- (1) No existen derechos humanos absolutos.
- (2) Los derechos humanos pueden “restringirse y suspenderse válidamente” en los casos y en las condiciones que establece la Constitución.
- (3) Las “restricciones permitidas al goce y ejercicio” de los derechos y libertades reconocidas por la CADH “no pueden aplicarse sino conforme a las leyes dictadas en razón del interés general y de acuerdo con el propósito para el cual han sido establecidas”.
- (4) Los supuestos mediante los cuales “se restrinjan o suspendan los derechos humanos” no pueden ser arbitrarios; para considerarse como válidos, deben respetar los límites impuestos en la CPEUM y la CADH.

Y, sin más, la Primera Sala llega a la siguiente conclusión, que por supuesto no se sigue necesariamente de las premisas:

“de la interpretación armónica y sistemática de los artículos citados se concluye que los requisitos para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales); y, b) que superen un test de proporcionalidad, esto es, que sean necesarias; que persigan un interés o una finalidad constitucionalmente legítima y que sean razonables y ponderables en una sociedad democrática (requisitos materiales)”.

Así, la Primera Sala articula un test para “restricciones” o “suspensiones” con los siguientes elementos: (i) legalidad, (ii) necesidad, (iii) existencia de un “interés” o “finalidad constitucionalmente legítima” y (iv) “que sean razonables o ponderables”.

La tesis no detalla cómo ha de entenderse cada uno de estos elementos, pero es evidente que estamos frente a un test deficiente por diversas razones. Por una parte, la tesis no explica cómo es que pasa de una interpretación (casi textual) de las disposiciones de la CPEUM y al CADH –que en el mejor de los casos hacen referencia a los requisitos de legalidad (“conforme a leyes que se dictaren por razones de interés”) y existencia de una finalidad (“con el propósito para el cual han sido establecidas”)– a un test con cuatro (o cinco) elementos.³¹⁵

³¹⁵ Es igualmente problemático que la tesis trate de manera análoga a las “restricciones” y a las “suspensiones”, cuando se trata de conceptos que, en el caso mexicano, tienen contenidos y bases constitucionales y convencionales distintas.

Por la otra, la tesis presenta un orden y denominación atípicas para el test de proporcionalidad. En primer lugar, por razones lógicas —que se han explicado con detalle en el primer capítulo— la necesidad no puede ser un paso previo a la determinación de la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima, por la sencilla razón de que el examen de necesidad exige la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima, que sea perseguida por la medida bajo examen y por potenciales medidas alternativas. En segundo lugar, también es problemático que esta tesis prescindiera por completo del examen de idoneidad, que asimismo es un presupuesto lógicamente necesario tanto para el examen de necesidad como para el de proporcionalidad estricto.

Y, en tercer lugar, también es atípico que se establezca que el último paso del test consiste en que la restricción o suspensión sea “razonable o ponderable”, pues la doctrina suele diferenciar entre razonabilidad y proporcionalidad (o ponderación) ya sea contrastando la laxitud del primero con las mayores exigencias del segundo, o bien, enfatizando la relación del primero con los análisis de igualdad y el segundo con los de colisión entre derechos fundamentales.³¹⁶

³¹⁶ Así explican Roca Trías y Ahumada Ruiz (2013, 4-5) la diferencia entre ambos conceptos para el caso español, que tanta influencia ha tenido en el caso mexicano, así como su inicial confusión por parte del Tribunal Constitucional español: “En el caso del juicio de proporcionalidad, el Tribunal —aunque nunca haya reconocido expresamente esta deliberada importación— aplica el llamado ‘test alemán’ con sus consabidos tres estadios (controles sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto). En cuanto al juicio de razonabilidad, en su aplicación más relevante, que es la que se proyecta sobre el ámbito de acción del principio de igualdad, se refleja la directa influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo —esta sí, objeto de recepción expresa por parte del Tribunal— e incorpora, seguramente también a través de esta misma jurisprudencia, importantes aspectos de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de ‘equal protection’. [...] Como se ha indicado, la evolución jurisprudencial de estos principios no ha sido lineal. Aunque hoy aparezcan con rasgos diferenciados, en los primeros tiempos, razonabilidad y proporcionalidad tendieron a confundirse o, al menos, a presentarse como criterios complementarios”.

2.5 La combinación del test de proporcionalidad y el test de igualdad

Primera Sala. 24 de abril de 2013 y 15 de mayo de 2013. Ponente: Gutiérrez. Secretarios: Juan José Ruiz Carreón y Justino Barbosa Portillo.

Las tesis 1a. CCLIX/2013³¹⁷ y 1a. CCLX/2013³¹⁸, de la Primera Sala, son dos buenos ejemplos de cómo la terminología del test de proporcionalidad terminó por incorporarse plenamente a las metodologías empleadas para analizar violaciones al principio de igualdad.

Ciertamente, al menos desde 2004, la SCJN comenzó a echar mano de una metodología a fin de analizar distinciones legislativas, esto es, casos en los que la “ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos”.³¹⁹ De acuerdo con la SCJN, el resultado de dicho análisis podía arrojar dos resultados: (i) que la *distinción* “descansa en una base objetiva y razonable”, o bien, que la *distinción* (ii) “constituye una discriminación constitucionalmente vedada”.

A la anterior determinación, de acuerdo con la Corte, es necesario realizar tres cosas: (i) si la distinción “obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida,”³²⁰

³¹⁷ Véase la tesis 1a. CCLIX/2013 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2004404, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXIV, tomo 1, pág. 965, septiembre de 2013, con el rubro “CENTROS CAMBIARIOS. LOS ARTÍCULOS 81-A Y 81-B DE LA LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO QUE LOS REGULA, PREVÉN UNA FIGURA JURÍDICA DISÍMIL A LAS UNIONES DE CRÉDITO, POR LO QUE EL TRATO DIFERENCIADO ES CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL DERECHO HUMANO DE IGUALDAD”. El primer precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en revisión 748/2012, el 24 de abril de 2013, por unanimidad de cinco votos. El ministro Gutiérrez fue ponente. Fungió como secretario Juan José Ruiz Carreón.

³¹⁸ Véase la tesis 1a. CCLX/2013 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2004403, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXIV, tomo 1, pág. 964, septiembre de 2013, con el rubro “CENTROS CAMBIARIOS. LOS ARTÍCULOS 81-A Y 81-B DE LA LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO QUE LOS REGULA, PREVÉN UNA FIGURA JURÍDICA DISÍMIL A LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO, POR LO QUE EL TRATO DIFERENCIADO ES CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL DERECHO HUMANO DE IGUALDAD”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en revisión 41/2013, el 15 de mayo de 2013, por unanimidad de cinco votos. El ministro Gutiérrez fue ponente. Fungió como secretario Justino Barbosa Portillo.

³¹⁹ Véase la tesis de jurisprudencia 1a./J. 55/2006, de la Primera Sala de la SCJN, con número de registro 174247 y rubro “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIV, septiembre de 2006, pág. 75. El primer precedente de la jurisprudencia es la sentencia en el amparo directo en revisión 988/2004 el 29 de septiembre de 2004 por unanimidad de cuatro votos. El ponente fue Cossío Díaz. Fungió como secretaria Rosalba Rodríguez Mireles.

³²⁰ Ello, de acuerdo con la tesis de la Corte, ya que “el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas”.

(ii) si la distinción es “racional” o “adecuada”, esto es, si constituye “un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar”,³²¹ y (iii) si la distinción cumple con el principio de proporcionalidad, toda vez que “la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos”. Se trata, como puede verse, de un test que incorpora cuatro elementos: finalidad válida, idoneidad y proporcionalidad.

Desde estos precedentes ya es posible advertir cierto grado de mezcla entre el test de proporcionalidad y el test de igualdad. Piénsese simplemente cómo, en el tercer paso del test de la jurisprudencia 1a./J. 55/2006, el estudio de proporcionalidad o ponderación no se hace entre los beneficios de la finalidad perseguida por la medida y los costos del principio de igualdad, sino entre un número indeterminado de “bienes y derechos constitucionalmente protegidos”. Pero, a pesar de esta indeterminación, lo cierto es que la SCJN al menos había sido clara al advertir que el test de igualdad sirve para evaluar la validez de *distinciones* – y no cualquier tipo de medida –.

Pues bien, las cosas serían aún menos claras en las tesis 1a. CCLIX/2013 (10a.) y 1a. CCLX/2013 (10a.). Estos criterios relevantes señalan que, en ocasiones, “es válido e inclusive constitucionalmente exigido efectuar un trato diferente si dicho tratamiento descansa en una base objetiva y razonable, esto es, si tienen o un fin constitucionalmente válido y si cumple con un test de proporcionalidad y de razonabilidad”. Desde este punto comienzan los problemas, pues parecería que la existencia de una “base objetiva y razonable” es el equivalente a la existencia de dos cosas: (i) un fin constitucionalmente válido y (ii) el cumplimiento de un test de *proporcionalidad* y de *razonabilidad*. Parecería, por tanto, que en estas dos tesis – y a diferencia de los otros criterios relevantes – la existencia de una finalidad válida no es parte del test y, más importante aún, éste último ya no sólo sería un test de “proporcionalidad”, sino también de “razonabilidad”.

De la lectura de la tesis no es posible saber más sobre esta peculiar caracterización del test de proporcionalidad de la Primera Sala, pues en ambas tesis no fue necesario aplicar el test para resolver los asuntos. En ambos casos, las tesis se dedican a hacer un comparativo entre la regulación de (i) los centros cambiarios, por una parte, y (ii) las uniones de crédito (tesis 1a. CCLIX/2013 [10a.]) y las instituciones de crédito (tesis 1a. CCLX/2013 [10a.]), por la otra. La tesis señala que dichas figuras “no regulan situaciones jurídicas análogas o similares”, o bien, que “no son situaciones equiparables”. Y, a partir de lo anterior, concluye que “no existe la obligación constitucional de dar tratamiento igual [...] dado que se trata de personas morales que se dedican a objetos sociales disímiles”.

³²¹ Esto es, “que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido”.

A pesar de que el test no fue aplicado en ambas tesis, ciertamente se trata de criterios relevantes, en la medida en que permiten evidenciar otro de los grandes problemas de la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la SCJN: no sólo se mezcla con el test de igualdad, sino también la constante variación de los elementos del test de un criterio relevante a otro.

2.6 Del test confuso al test inaplicable: la renuncia a analizar exenciones fiscales a partir del principio de igualdad o equidad tributaria

Primera Sala. 15 de mayo de 2013. Ponente: Sánchez Cordero.
Secretarios: Alejandro Castañón Ramírez, Jorge Jiménez Jiménez,
Ricardo Manuel Martínez Estrada, Fanuel Martínez López, Carlos
Enrique Mendoza Ponce y Jesús Rojas Ibáñez.

Como se ha visto en apartados precedentes, la jurisprudencia de la SCJN paulatinamente fue abriendo la puerta para que el test de proporcionalidad fuese aplicado para analizar violaciones al principio de igualdad o equidad tributaria. Se trata, como también se ha dicho, de un test que combina: (i) un juicio de igualdad y (ii) un test de proporcionalidad (con un nivel bajo de escrutinio).

Pues bien, al resolver el amparo en revisión que motivó la emisión de la tesis 1a. CCLIII/2013 (10a.),³²² la Primera Sala de la SCJN tuvo que resolver precisamente un planteamiento relacionado con la posible violación al principio de equidad tributaria. Específicamente, se planteó que el artículo 2 de la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo (IDE) – vigente en ese momento –³²³ violaba dicho principio,

³²² Véase la tesis 1a. CCLIII/2013 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2004451, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXIV, tomo 1, pág. 969, septiembre de 2013, con el rubro “DEPÓSITOS EN EFECTIVO. EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, AL NO PREVER DENTRO DE LOS SUPUESTOS DE EXENCIÓN QUE REGULA, OTROS CORRESPONDIENTES AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en revisión 111/2011, el 15 de mayo de 2013, por unanimidad de cuatro votos. El ministro Gutiérrez se declaró impedido. Fue ponente la ministra Sánchez. Fungieron como secretarios Alejandro Castañón Ramírez, Jorge Jiménez Jiménez, Ricardo Manuel Martínez Estrada, Manuel Martínez López, Carlos Enrique Mendoza Ponce y Jesús Rojas Ibáñez.

³²³ Dicho artículo señalaba literalmente lo siguiente: “Artículo 2. No estarán obligadas al pago del impuesto a los depósitos en efectivo: I. La Federación, las Entidades Federativas, los Municipios y las entidades de la administración pública paraestatal que, conforme al Título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta o la Ley de Ingresos de la Federación, estén considerados como no contribuyentes del impuesto sobre la renta. II. Las personas morales con fines no lucrativos conforme al Título III de la Ley del Impuesto sobre la Renta. III. Las personas físicas y morales, por los depósitos en efectivo que se realicen en sus cuentas, hasta por un monto acumulado de \$15,000.00, en cada mes del ejercicio fiscal, salvo por las adquisiciones en efectivo de cheques de caja. Por el excedente de dicha cantidad se pagará el impuesto a los depósitos en efectivo en los términos de esta Ley. El monto señalado en el párrafo anterior se determinará considerando todos los depósitos en efectivo que se realicen en todas las cuentas de las que el contribuyente sea titular en una misma institución del sistema financiero. En los casos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3 de esta Ley, el monto

en la medida en que establecía supuestos de exención de dicho impuesto, que podían o no coincidir con los supuestos del impuesto sobre la renta (ISR). Esto generaba, en la palabras de la propia tesis que

“prima facie, existe una distinción entre los sujetos exentos del impuesto a los depósitos en efectivo y que también lo están para efectos del impuesto sobre la renta en razón del tipo de ingreso, y el resto de los sujetos de este último impuesto que están exentos por el tipo de ingreso que obtienen, pero que no lo están en el impuesto a los depósitos en efectivo”.

Dicho de otro modo, la combinación de las exenciones de ambos impuestos generaba que existiera una distinción entre: (i) quienes estaban exentos tanto de ISR como de IDE y (ii) quienes, debido a su tipo de ingreso, sólo estaban exentos de ISR.

Pues bien, de acuerdo con la metodología establecida por la SCJN en la tesis 1a. LIII/2012 (10a.), el siguiente paso consistiría en determinar “si el tratamiento desigual establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido” mediante la aplicación de un test de proporcionalidad “laxo”, el cual sólo exige que la medida tenga: (i) una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, (ii) un mínimo de idoneidad y (iii) una “correspondencia proporcional mínima” entre la medida y el fin.

Sucede, sin embargo, que la Primera Sala se negó a aplicar dicha metodología para analizar la constitucionalidad de la medida. Conviene tener presente los cinco argumentos que proporcionó la Sala para determinar que el trato diferenciado establecido en el artículo 22 de la ley del IDE no violaba el principio de equidad tributaria:

“1) al no preverse determinados supuestos de exención en el impuesto a los depósitos en efectivo –que sí lo son en el impuesto sobre la renta–, no es

señalado en esta fracción se aplicará al titular de la cuenta, salvo que éste manifieste una distribución distinta en los términos descritos en dicho párrafo. IV. Las instituciones del sistema financiero, por los depósitos en efectivo que se realicen en cuentas propias con motivo de su intermediación financiera o de la compraventa de moneda extranjera, salvo los que se realicen en las cuentas a las que se refiere el artículo 11 de esta Ley. V. Las personas físicas, por los depósitos en efectivo realizados en sus cuentas que a su vez sean ingresos por los que no se pague el impuesto sobre la renta en los términos del artículo 109, fracción XII de la Ley del Impuesto sobre la Renta. VI. Las personas físicas, con excepción de las que tributen en los términos del Título IV, Capítulo II, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, por los depósitos en efectivo que se realicen en cuentas propias abiertas con motivo de los créditos que les hayan sido otorgados por las instituciones del sistema financiero, hasta por el monto adeudado a dichas instituciones. Para los efectos del párrafo anterior, las personas físicas que tengan abiertas las cuentas a que se refiere dicho párrafo deberán proporcionar a la institución del sistema financiero de que se trate su clave en el Registro Federal de Contribuyentes, a efecto de que ésta verifique con el Servicio de Administración Tributaria, de conformidad con las reglas de carácter general que para tal efecto emita ese órgano desconcentrado, que dichas personas físicas no son contribuyentes que tributan en el Título IV, Capítulo II, de la Ley del Impuesto sobre la Renta”. La Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo fue abrogada a partir del 1 de enero de 2014 mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de diciembre de 2013.

posible emprender el análisis respectivo a través de un test de proporcionalidad, pues no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación encontrar alguna finalidad constitucionalmente perseguida a partir de la ausencia normativa referida, además de que no es factible dilucidar si tal imprevisión resulta adecuada o racional, por lo que no habría elementos para sopesar si existe una adecuada relación medio-fin, de forma que no podría determinarse si se encuentra justificado o no el trato diferenciado aludido; 2) en atención al principio de generalidad tributaria, el gobernado no puede alegar la titularidad de un derecho a estar exento al margen de los supuestos previstos en el artículo 2 de la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo, los cuales responden a la finalidad del propio ordenamiento de no impactar económicamente a sujetos que aun cuando revelen capacidad contributiva, tengan menos posibilidades de evadir el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y sean fácilmente verificables mediante las facultades de comprobación de la autoridad; 3) la complementariedad entre los impuestos sobre la renta y los depósitos en efectivo, no llega al extremo de que exista identidad plena entre las exenciones de uno y otro, tomando en cuenta que gravan manifestaciones de riqueza distintas; 4) la potencial inclusión de supuestos de exención no previstos en la ley, implicaría invadir la esfera de atribuciones del legislador e incidir en la política tributaria que decidiera implementar; y, 5) en caso de que una disposición tributaria establezca una exención en favor de un determinado grupo de contribuyentes y sea impugnada por otro al considerarse excluido injustificadamente aduciendo violación al principio de equidad tributaria — siempre que ambos se encuentren normativamente regulados —, de llegar a ser fundado el argumento respectivo, el efecto del amparo consistiría en hacerle extensivo el beneficio de la exención; sin embargo, esa forma de proceder no es aplicable en el caso en cuestión ante la ausencia de regulación normativa, ya que de ser así, se establecería un derecho a la exención o a no gravarse con el impuesto a los depósitos en efectivo, cuando tal derecho no existe”.

Los argumentos, aunque poco articulados, tienen un común denominador: el propósito de evitar a toda costa la aplicación del test y, en última instancia, un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del trato diferenciado previamente identificado. A continuación, analizo uno por uno los argumentos de la SCJN.

El primer argumento de la Corte es quizá el más problemático. El punto de partida del razonamiento es que se está frente a una “ausencia normativa”, esto es, la *no previsión* de ciertos supuestos de exención. Por tanto, de acuerdo con la tesis, no corresponde a la SCJN “encontrar alguna finalidad constitucionalmente perseguida a partir de la ausencia normativa”, y que tampoco “no es factible dilucidar si tal imprevisión resulta adecuada o racional”.

Tomando en serio lo que dice la tesis —o, al menos, lo que ella implica—, el test no resulta aplicable cuando lo que se alega es una posible violación al principio de igualdad por omisión, esto es, por no otorgar cierto beneficio (en este caso, la exención) a un grupo que no obstante sí es otorgado a otro. Y una posición de ese

tipo resulta, por supuesto, cuestionable. Es evidente que buena parte de las violaciones al principio de igualdad se producen precisamente por la no previsión de ciertos supuestos de exención, o bien, por las exenciones a un grupo de sujetos y no a otros. ¿No habría, por ejemplo, una severa violación al principio de igualdad si, por ejemplo, las leyes fiscales establecen una exención de ISR a los hombres, pero no a las mujeres?

El segundo argumento evidencia los problemas que se derivan de combinar acriticamente metodologías diseñadas para analizar intervenciones en derechos fundamentales (el test de proporcionalidad) y posibles violaciones al principio de igualdad (el test de igualdad). Dice la tesis de la Primera Sala que “en atención al principio de generalidad tributaria, el gobernado no puede alegar la titularidad de un derecho a estar exento [del IDE] al margen de los supuestos previstos en el artículo 2 de la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo”. Se trata, como puede verse, de una afirmación irrelevante para la metodología previamente desarrollada por la Corte.

Como se ha dicho, la violación al principio de igualdad (en este caso, tributaria) no supone la existencia de un derecho adicional (en el caso concreto, a la exención de un impuesto). Por el contrario, la violación al principio de igualdad tributaria supone la existencia de un trato diferenciado injustificado hacia sujetos que son iguales o similares en ciertas características relevantes (en un estudio de proporcionalidad, por el contrario, sí es indispensable mostrar que la medida analizada viola algún otro derecho fundamental). La propia tesis señala que la finalidad de las exenciones del IDE consistía en “no impactar económicamente a sujetos que aun cuando revelen capacidad contributiva, tengan menos posibilidades de evadir el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y sean fácilmente verificables mediante las facultades de comprobación de la autoridad”. Bajo un estudio de igualdad, entonces, la Primera Sala debía preguntarse, entre otras cuestiones, si los sujetos no exentos del IDE también (i) tenían menor probabilidad de evadir el cumplimiento de sus obligaciones y (ii) eran fácilmente verificables mediante las facultades de comprobación.

El tercer argumento parecería más atendible, en principio. La Primera Sala señala que existe una “complementariedad” entre el ISR y el IDE, aunque “no llega el extremo de que exista identidad plena entre las exenciones de uno y otro”, toda vez que “gravan manifestaciones de riqueza distintas”. Lo que no explica la tesis es qué tipo de manifestaciones de riqueza se gravan en uno y otro caso. Más importante aún, tampoco señala por qué el tipo de riqueza que se grava es una característica que justifica la existencia de diferentes supuestos de exención.

El cuarto argumento, en cambio, resulta francamente contradictoria con todo lo alegado por la SCJN, tanto en precedentes como en la tesis bajo análisis. De acuerdo con la argumentación contenida en la tesis “la potencial inclusión de supuestos de

exención no previstos en la ley implicaría invadir la esfera de atribuciones del legislador e incidir en la política tributaria que decidiera implementar”. ¿Para qué entonces establecer una metodología (el test de proporcionalidad) para analizar violaciones a un principio constitucional (el de equidad o igualdad tributaria) si a final de cuentas la Primera Sala afirma que las exenciones fiscales son inmunes al control judicial? ¿Cuál es el fundamento (constitucional o legal) para llegar a semejante conclusión?

Por último, el quinto argumento reitera las confusiones y contradicciones en la argumentación de la Primera Sala. Por una parte, la tesis parece reconocer que – contrariamente a lo sostenido en los anteriores incisos – sí es posible extender exenciones fiscales, pero que esto no es aplicable en el caso concreto, pues se está “ante la ausencia de regulación normativa”, razón por la cual, la extensión de la exención “establecería un derecho a la exención o a no gravarse con el impuesto a los depósitos en efectivo, cuando tal derecho no existe”.

No tiene caso detenerse en la afirmación relativa al (in)existente “derecho a la exención”; pues como se ha mostrado las violaciones al principio de igualdad no suponen necesariamente la existencia de un derecho afectado (diferente, por supuesto, al principio de igualdad). Conviene reflexionar sobre el peso que la SCJN le da a la “ausencia de una regulación normativa”. La tesis admite la posibilidad de que (i) “una disposición tributaria establezca una exención en favor de un determinado grupo de contribuyentes” y (ii) “sea impugnada por otro al considerarse excluido injustificadamente aduciendo violación al principio de equidad tributaria”, esto sólo será posible si (iii) “ambos [grupos] se encuentren normativamente regulados”.

¿Qué quiere decir la Corte con esto? Es difícil saberlo con la argumentación contenida en la tesis. Cuando una ley establece una contribución no es necesario señalar, uno por uno, los “grupos” a los que se aplica, pues se entiende que es de aplicación generalizada para todos aquellos “grupos” que caben dentro de su supuesto de hecho. En cambio, sí es necesario establecer expresamente cuáles son los “grupos” que pueden beneficiarse con una exención. Ambos tipos de grupos – a quienes aplica la regla y a quienes aplica la excepción – se encuentran “normativamente regulados”. No obstante, la Primera Sala parece sugerir que, para poder analizar una exención a la luz del principio de igualdad tributaria, la ley tiene que señalar expresamente tanto a los “grupos” a los que aplica la contribución, como aquellos “grupos” a los que no aplica. Se trata, como puede verse, de una peculiar forma de entender el principio de igualdad tributaria.

2.7 La aplicabilidad de los niveles de escrutinio (ordinario y estricto) para analizar intervenciones en derechos fundamentales, violaciones al principio de igualdad y conflictos entre normas competenciales

Primera Sala. 26 de junio de 2013. Ponente: Gutiérrez. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

La tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.) es otro ejemplo extraordinario de las mutaciones que ha sufrido el test de proporcionalidad, de las confusiones conceptuales que permean en la jurisprudencia y de su falta de consistencia.³²⁴ Conviene tener presentes la totalidad de los argumentos de la tesis de la Sala:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional. Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos

³²⁴ Véase la tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2004712, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXV, tomo 2, pág. 1052, octubre de 2013, con el rubro “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 202/2013, el 26 de junio de 2013, por mayoría de cuatro votos. El ministro Gutiérrez fue ponente. El ministro Cossío fue disidente y se reservó el derecho a formular voto particular. Fungió como secretario Miguel Antonio Núñez Valadez.

con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

En un primer momento parece que el principal propósito de esta tesis es dar cierto orden y coherencia a la jurisprudencia previa de la Corte, especialmente relacionada con la aplicación de diversos niveles de escrutinio — que, como se ha mostrado en el capítulo anterior, provienen de la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense—. La tesis de la Primera Sala afirma, por una parte, que “las diferencias en la intensidad de control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad”. Se trata, como podrá advertir el lector, de una afirmación incorrecta. Como se ha mostrado en un apartado precedente, al menos desde la resolución de los casos que motivaron la emisión de la tesis 1a. CCIX/2011, la SCJN había reconocido que, en materia penal, el legislador tenía un “amplio margen de apreciación”, razón por la cual “la intensidad del test de proporcionalidad [...] debe corresponderse con la amplitud del poder normativo que la Constitución confiere al legislador”. Es falso, pues, que los diferentes niveles de escrutinio se hubiesen usado exclusivamente para analizar violaciones al principio de igualdad.

Más sorprendente — y harto discutible para el caso mexicano —³²⁵ es el razonamiento que sigue. La Primera Sala afirma, en esta tesis, que tanto los niveles de escrutinio como el test de proporcionalidad pueden ser empleados para analizar otro tipo de planteamientos, como lo sería el “incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración”. De esta forma, una metodología creada para analizar intervenciones en derechos fundamentales sea aplicada, sin más para analizar violaciones a normas de tipo competencial.

La tesis no abunda más en este tema sobre la aplicación del test a medidas competenciales, pero procede a hacer un intento de sistematización sobre los niveles de escrutinio del test. Así, afirma que existen dos niveles de escrutinio: (i) el ordinario, que se aplica en “asuntos que no inciden directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción ya apreciación para la autoridad”, como lo sería “la materia económica o financiera”, y (ii) el estricto, el cual se aplica

³²⁵ Pese a todo, la posibilidad de usar la ponderación en el conflicto de competencias no es descabellada. En el ámbito europeo, el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea señala expresamente que el uso de las competencias por parte de la Unión está regulado por los principios de subsidiariedad. Asimismo, y en términos más amplios, hay autores que han comenzado a plantear la idea de que la teoría alexiana puede ser adaptada, de tal forma que los conflictos entre competencias sean tratados como colisiones entre principios formales. Véase el trabajo de Klatt (2015) y, más recientemente, el de Hapla (2020). Pero más allá de esta posibilidad teórica, lo cierto es que, hasta donde tengo conocimiento, nadie ha planteado, como sugiere la tesis de la SCJN, aplicar sin mayor cambio el test de proporcionalidad y, menos aún, entender esto como un escrutinio estricto. En el trabajo citado, Klatt alega, por ejemplo, que en este tipo de colisiones deben considerarse factores muy distintos a los que forman parte del test alexiano, tales como: (i) legitimidad democrática, (ii) la importancia de los principios materiales, (iii) la calidad de la decisión, (iv) subsidiariedad y (v) evasión razonable.

cuando (ii.a) el caso “involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución”, (ii.b) “se afecten derechos humanos” constitucionales o convencionales y (iii.c) “se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno”.

Más allá de este intento, lo cierto es que se trata de una tesis que confunde más de lo que clarifica. Como se ha visto en el capítulo pasado, el test de proporcionalidad (de inspiración alemana) que se emplea para analizar afectaciones a derechos fundamentales tiene una estructura distinta al test de escrutinio estricto (proveniente de la jurisprudencia estadounidense) que se utiliza para analizar violaciones al principio de igualdad a partir de las categorías sospechosas. Y, sin embargo, la tesis de la Primera Sala incluye ambos tipos de violaciones dentro de una misma categoría que, junto con el incumplimiento a las normas competenciales, estarían dentro del “nivel intenso” de control de constitucionalidad. Lo que sí queda claro es que, en esta tesis, al SCJN reitera el uso expansivo, aunque poco articulado del test de proporcionalidad.

2.8 El uso retórico del test para analizar una intervención en derechos fundamentales

Pleno. 29 de abril de 2014. Ponente: Sánchez Cordero. Secretaria: Rosalía Argumosa López.

A diferencia de otros precedentes, en la jurisprudencia P./J. 41/2014 (10a.)³²⁶ el Pleno sí utilizó el test de proporcionalidad como una medida para analizar posibles violaciones a derechos fundamentales. No obstante, esta jurisprudencia igualmente permite ver hasta qué punto la aplicación del test ha sido por demás problemática.

En este caso, la medida a analizar consistió en una ampliación de tiempos procesales: específicamente, el plazo de 8 años que estableció la “nueva Ley de Amparo a fin de

³²⁶ Véase la tesis de jurisprudencia P./J. 41/2014 (10a.), aprobada por el Tribunal Pleno, el 26 de mayo de 2014, con el número de registro 2006585, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, tomo I, pág. 7, junio de 2014, con el rubro “AMPARO DIRECTO CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS QUE IMPONEN PENA DE PRISIÓN DICTADAS ANTES DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE OCHO AÑOS PARA PROMOVERLO A PARTIR DE ESA FECHA NO VIOLA EL DERECHO HUMANO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE”. El criterio fue producto de la resolución de la contradicción de tesis 366/2013, dictada el 29 de abril de 2014, por mayoría de ocho votos del plazo contemplado en el artículo 17, fracción II, de la Ley de Amparo, de los ministros Luna (en contra de las consideraciones), Franco (en contra de las consideraciones), Pardo (con salvedades), Aguilar, Valls, Sánchez (ponente), Pérez y Silva (con salvedades); votaron en contra de la constitucionalidad de dicho plazo los ministros Gutiérrez Cossío y Zaldívar. Fungió como secretaria Rosalía Argumosa López.

presentar amparos directos en contra de sentencias condenatorias que imponen penas de prisión y que fueron dictadas antes del 3 de abril de 2013". De acuerdo con la jurisprudencia, se trata de una medida que incide en el derecho de acceso a la justicia, razón por la cual el Pleno procedió hacer un análisis a partir del test de proporcionalidad. El Pleno aplicó un test con tres partes: para ser constitucional, la medida debe (i) perseguir un fin constitucionalmente válido, (ii) ser necesaria y (iii) ser proporcional.

Hasta aquí es posible encontrar una concepción relativamente estándar del test de proporcionalidad. Analizo, ahora, la aplicación que hace la tesis de dicho test.

Al hacer el análisis concreto de la medida, el Pleno alegó que la medida en efecto perseguía una finalidad válida, consistente en "brindar seguridad jurídica a las víctimas del delito, en relación con el derecho a la reparación del daño", puesto que la anterior Ley de Amparo permitía que las sentencias condenatorias fueran impugnadas en todo momento, de tal forma que "mantenía un estado de indefinición sobre la posibilidad de disfrutar e incluso disponer de los derechos derivados de la referida reparación", lo cual además repercutía en los terceros con quienes las víctimas establecían vínculos jurídicos. Asimismo, la tesis señala que esa indefinición afectaba los derechos "a la verdad y a la justicia".

Sobre la necesidad de la medida, el Pleno hace una extraña argumentación, pues no analiza si existen otras medidas igualmente idóneas (o efectivas) pero que sean menos lesivas para el derecho de acceso a la justicia. Por el contrario, el Pleno procede a hacer una suerte de ponderación, al señalar que "se concluye que la medida legislativa materia de análisis delimita en forma razonable el derecho de acceso efectivo a la justicia de los sentenciados, ya que les permite preparar sus defensas durante un lapso considerable y, con ello, se logra un mejor equilibrio entre esa prerrogativa fundamental y los derechos de las víctimas de una conducta delictiva".

Finalmente, en lo que la jurisprudencia identifica como estudio de "proporcionalidad en sentido estricto", el Pleno razonó en los siguientes términos:

"en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto de la regulación materia de análisis, atendiendo al grado de afectación que genera al derecho de acceso efectivo a la justicia, en la medida en que limita a ocho años el plazo para promover la demanda de amparo, su previsión no afecta de manera desmedida a ese derecho fundamental, en virtud de que, aun cuando la inexistencia de plazo para impugnar en amparo las sentencias condenatorias permitía una mayor tutela de éste, especialmente cuando se ejerce para la protección del derecho a la libertad deambulatoria, lo cierto es que al no erigirse esta última en un derecho absoluto, la proporcionalidad de la fijación de un plazo se cumple cuando, atendiendo a la relevancia de esa prerrogativa, se prevé un plazo considerablemente mayor a los que rigen la impugnación de otro tipo de actos de autoridad".

Dicho de otro modo, el Pleno no hace una ponderación entre el derecho afectado (acceso a la justicia) y la finalidad perseguida (brindar seguridad jurídica a las víctimas, o bien, garantizar su derecho a la verdad y a la justicia). Lo que hace la SCJN es simplemente decir que la medida es proporcional en la medida en que el plazo de 8 años es mayor que los plazos que rigen la impugnación de otros actos. Como puede verse, este es un extraordinario ejemplo de cómo el test de proporcionalidad puede tener un efecto meramente retórico, incluso en aquellos casos en los que sí podría aplicarse (esto es, en las posibles colisiones de derechos fundamentales). Aunque la tesis cita los parámetros del test, lo cierto es que éstos nunca son aplicados por la sala.

2.9 Una poco de claridad: la distinción entre la proporcionalidad de las penas y el test (alexiano) de proporcionalidad

Primera Sala. 4 de junio de 2014. Ponente: Cossío. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

Como se ha visto anteriormente, en algunos precedentes, la SCJN empleó el test para evaluar la proporcionalidad de las penas. Específicamente, en la tesis 1a. CCXXXVI/2011 (10a.), la Primera Sala utilizó el test para analizar la proporcionalidad del artículo 163 bis del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que establecía una pena de veinte a cuarenta años de prisión para el delito de secuestro exprés. Dicho de otra forma, el Primera Sala hizo un análisis “abstracto” de dicha pena, y concluyó –no sin ciertos problemas argumentativos– que en efecto resultaba una medida idónea, necesaria y proporcional.

Pues bien, en tesis posteriores la Primera Sala abandonaría esta posibilidad al distinguir entre el “test de proporcionalidad” como metodología para analizar interferencias en derechos fundamentales, y el principio de proporcionalidad de las penas establecido en el artículo 22 constitucional. No obstante, en esta prudente clarificación, la Primera Sala, en todo caso, dejó abierta la puerta para seguir aplicando el test para analizar la proporcionalidad de las penas, ya no de forma “abstracta”, sino en su aplicación a casos concretos, esto es, lo que típicamente entendemos como individualización de la pena.

2.9.1 La primera distinción: proporcionalidad (abstracta) de las penas vs. proporcionalidad en materia de derechos fundamentales.

En la tesis 1a. CCCIX/2014 (10a.)³²⁷, la Primera Sala señaló que “proporcionalidad” es un término ambiguo que puede referirse a dos cosas: i) al “test de

³²⁷ Véase la tesis 1a. CCCIX/2014 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2007342, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, tomo I,

proporcionalidad en materia de derechos fundamentales” y ii) la proporcionalidad “de las penas”.

Aquí podemos ver, con mucha claridad y quizá por primera vez en las tesis y jurisprudencias de la SCJN, una concepción claramente alexiana del test de proporcionalidad. De acuerdo con la Primera Sala,

“en el [caso del test de proporcionalidad], lo que se analiza es una relación entre principios, entendidos como mandatos de optimización que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Los conflictos entre principios (o entre derechos así concebidos) deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significa que una medida, esto es, una ley o una sentencia, etcétera, que limita un derecho o un bien constitucional de considerable importancia para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un costo menor. El tercer sub-principio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas”.

El lenguaje alexiano de esta tesis es evidente. La proporcionalidad se concibe como un “meta-principio” o “principio último”, que sirve para analizar conflictos entre “principios” (incluidos los derechos fundamentales), mismos que se entienden como “mandatos de optimización”. Se afirma, asimismo, que el test tiene tres sub-principios, dos de los cuales –idoneidad y necesidad– operan en el plano de lo fáctico, mientras que el tercero –la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación– opera en el plano normativo.³²⁸ La definición de cada uno de los sub-principios es menos precisa, aunque la raíz alexiana es clara.

Posteriormente la tesis procede a explicar en qué consiste el principio de proporcionalidad de las penas, establecida en el artículo 22 constitucional:

“[E]n el caso de la proporcionalidad de penas, regularmente se analiza una regla (el tipo penal de que se trate) frente a un principio constitucional (el principio

pág. 580, septiembre de 2014, con el rubro “PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 85/2014, el 4 de junio de 2014, por unanimidad de cuatro votos de los ministros Zaldívar, Cossío (ponente), Gutiérrez Ortiz Mena y Sánchez Cordero; estuvo ausente el ministro Pardo. Fungió como secretario Roberto Lara Chagoyán.

³²⁸ Como se ha mostrado en el capítulo anterior, la idea de que idoneidad y necesidad se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con las posibilidades jurídicas es una idea por demás problemática, pero que se ha repetido una y otra vez tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Sirva esta tesis como un ejemplo más de dicha tendencia.

de proporcionalidad establecido en el artículo 22 constitucional), con la finalidad de determinar si aquella –la regla– satisface o no la exigencia del principio constitucional; concretamente, si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado. En estos casos, es posible adoptar cualquier metodología encaminada a la justificación exigida por el artículo 22, dejando fuera, naturalmente, un análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales, dado que en este tipo de casos no se está ante la colisión de dos principios”.

Es cierto que la tesis deja un margen por demás amplio, al señalar que es posible usar *cualquier* metodología para analizar violaciones al 22 constitucional, pero ciertamente deja claro que el test de proporcionalidad no es aplicable para analizar las violaciones al artículo 22 constitucional, toda vez que no se analiza una colisión entre principios, sino la relación que existe entre i) la pena y ii) el bien jurídico afectado. Se trata, para decirlo pronto, de una comparación de diferente naturaleza.

2.9.2 La segunda distinción: penalidad en abstracto vs individualización de la pena.

De una forma un tanto paradójica, en la tesis 1a. CCCXI/2014 (10a.)³²⁹ – misma que comparte precedente con la tesis 1a. CCXXXVI/2011 (10a.)– la Primera Sala afirma que el test de proporcionalidad sí es aplicable para analizar la proporcionalidad de las penas, ya no en abstracto, sino en su individualización.

La descripción que hace la tesis sobre la “pena abstracta” es fundamentalmente la misma que en la tesis anterior, aunque en esta nueva se ahonda en la idea principal, esto es, que delitos igualmente reprochables reciban sanciones de gravedad comparable:

“Para analizar el marco legal de las sanciones, de cara al contenido del artículo 22 constitucional, debemos ubicarnos en lo que la dogmática jurídico penal llama ‘penalidad’, ‘punibilidad’, ‘merecimiento’, ‘necesidad de la pena’ o ‘pena abstracta’, y no en el ámbito de la individualización de la sanción, que se refiere propiamente a la pena que imponen los jueces en los casos concretos. La punibilidad o penalidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste. El análisis de proporcionalidad que

³²⁹ Véase la tesis 1a. CCCXI/2014 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2007343, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, tomo I, pág. 591, septiembre de 2014, con el rubro “PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS Y PROPORCIONALIDAD EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LA PRIMERA ESTÁ RELACIONADA CON LA PENALIDAD EN ABSTRACTO, MIENTRAS QUE LA SEGUNDA PUEDE VINCULARSE CON LA INDIVIDUALIZACIÓN EN EL CASO CONCRETO”. El precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 85/2014, el 4 de junio de 2014, por unanimidad de cuatro votos de los ministros Zaldívar, Cossío (ponente), Gutiérrez Ortiz Mena y Sánchez Cordero; estuvo ausente el ministro Pardo. Fungió como secretario Roberto Lara Chagoyán.

prescribe el artículo 22 constitucional está ligado precisamente a la obra legislativa, esto es, a determinar si el legislador diseñó la penalidad o punibilidad de los delitos de manera coherente, tomando en consideración un orden o escala que garantice que las personas que sean condenadas por delitos similares, reciban sanciones de gravedad comparable, y que las personas condenadas por delitos de distinta gravedad sufran penas acordes con la propia graduación del marco legal. Este principio se transgrede o infringe cuando la obra legislativa dispone, de forma marcadamente desigual, distintas penalidades para dos conductas que son igualmente reprochables”.

Sin embargo, las tres oraciones abren la puerta para que el test de proporcionalidad sí sea empleado en la individualización de las sanciones.

“Por el contrario, el análisis de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales podría tener lugar en un ámbito muy distinto: el de las reglas relativas a la individualización de la sanción, que lleva a cabo el juzgador. Cuando un juzgador va a determinar la sanción penal concreta en un caso determinado, es decir, cuando va a decidir cuál es la pena específica entre el máximo y el mínimo establecido en la penalidad, entonces podría eventualmente aplicar un test de proporcionalidad”.

Lo cuestionable no es, per se, que la Primera Sala concluya que el test de proporcionalidad sí es aplicable en la individualización de las penas. El problema, creo, radica en que esta conclusión no necesariamente es compatible con las razones de la propia sala, al menos como están expresadas en la tesis. Recuérdese simplemente que la misma Primera Sala había dicho que el test no servía para analizar la proporcionalidad abstracta de la pena, pues en esos casos no se analiza una colisión entre principios o derechos, sino la relación existente entre la pena y el bien jurídico afectado. Pues bien, parece que estas mismas razones valen para el caso de la individualización de la pena, ya que la evaluación de una condena individual no supone –al menos principalmente– la colisión entre dos mandatos de optimización, sino la relación entre la pena (individualizada) y el bien jurídico afectado (en el caso concreto).

2.10 La aparición de un test principalmente alexiano: la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana

Primera Sala. 4 de noviembre de 2015. Ponente: Zaldívar. Secretarios:
Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

Quizá el mejor ejemplo de cómo –al menos en un número reducido de casos– la SCJN ha aplicado con rigor un test de proporcionalidad sean tesis y jurisprudencias

de la Primera Sala de la SCJN relacionadas con la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana.³³⁰

Específicamente, al resolver el precedente que motivó la emisión de las tesis y las jurisprudencias, la sala optó por una versión claramente alexiana del test, al señalar que toda medida que intervenga en un derecho humano debe: (i) perseguir una finalidad constitucionalmente válida, (ii) ser idónea, (iii) ser necesaria y (iv) ser proporcional en sentido estricto.

Conviene hacer un análisis a detalle de las diferentes tesis de la SCJN, pues a diferencia de otros casos, en estas tesis y jurisprudencias la Corte desarrolla con mucha mayor claridad y precisión los diferentes elementos del test, amén de que su aplicación al caso concreto resulta igualmente relevante.

2.10.1 Paso cero: existencia de una intervención en un derecho fundamental.

De acuerdo con la tesis 1a. CCLXIII/2016³³¹ de la Primera Sala, el análisis de constitucionalidad de una medida debe seguir dos grandes etapas. La primera de ellos consiste en determinar si la medida bajo análisis “incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión”. O, dicho de otro modo, debe determinarse en efecto la medida “incide en el ámbito de protección prima facie del derecho”.

Si la respuesta a esta cuestión es negativa, en el análisis termina concluyéndose que la medida es constitucional. Pero si se constata que en efecto existe una incidencia, se procede a la segunda etapa del análisis, en la cual se realiza la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Es por ello por lo que en esta primera gran etapa –la constatación de que la medida incide en el derecho– constituye una especie de “paso cero” del test de proporcionalidad.

³³⁰ Dicha prohibición absoluta, de acuerdo con la Primera Sala, estaba prevista en los artículos 235, último párrafo; 237; 245, fracción I; 247, último párrafo; y 248 de la Ley General de Salud.

³³¹ Véase la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2013156, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, pág. 915, noviembre de 2016, con el rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”. Al igual que el resto de las jurisprudencias y tesis citadas en este apartado, el precedente de dicha tesis es la sentencia dictada en el amparo en revisión 237/2014, el 4 de noviembre de 2015, por mayoría de cuatro votos de los ministros Zaldívar (ponente), Cossío (quien formuló voto concurrente), Sánchez Cordero y Gutiérrez Ortiz Mena (quien formuló voto concurrente); el disidente fue el ministro Pardo (quien formuló voto particular). Fungieron como secretarios Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

2.10.2 Paso uno: existencia de una finalidad constitucionalmente válida

Ahora bien, en la tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.) la Primera Sala desarrolla lo que entiende por el elemento del test de proporcionalidad: la existencia de una finalidad constitucionalmente válida, esto es, una finalidad que legítimamente permite que el legislador pueda establecer medidas que incidan en el ámbito de protección de los derechos fundamentales.³³²

Aquí quizá lo más interesante es que la Primera Sala adopta una posición “amplia”. Aunque la tesis señala que “no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental”, lo cierto es que en ella permite que sean objetivos de muy distinta naturaleza los que justifiquen la intervención en un derecho fundamental: “valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir”. Así, la tesis concluye que “constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de [...] derechos”: i) otros derechos fundamentales, ii) los bienes colectivos y iii) los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales.

En la aplicación al caso concreto de esta primera etapa del test,³³³ la Primera Sala reiteró la posición consistente en que dentro de las finalidades legítimas no se encuentren exclusivamente otros derechos humanos, sino también otros valores tales como “la persecución de objetivos sociales colectivos”. Específicamente, en ese caso se aceptó que la finalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana perseguía las finalidades consistentes en proteger la salud de los consumidores de drogas (entendida, por supuesto, como un derecho fundamental reconocido en el artículo 4º de la Constitución) y el orden público (entendido como “proteger a la sociedad de las consecuencias perniciosas derivadas del consumo de drogas”).

Finalmente, conviene apuntar que, aunque la tesis no abunda en los detalles, la Primera Sala señala que dichas finalidades podían identificarse mediante el empleo de dos métodos interpretativos: i) “la interpretación sistemática del ordenamiento” y ii) los “distintos procesos de reforma de la ley”.

³³² Véase la tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2013143, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, pág. 902, noviembre de 2016, con el rubro “PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA”.

³³³ Véase la tesis de jurisprudencia 1a./J. 7/2019 (10a.), aprobada por la Primera Sala de la SCJN en sesión privada del 13 de febrero de 2019, con el número de registro 2019381, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 22 de febrero de 2019 a las 10:24 horas, con el rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. ÉSTA PERSIGUE FINALIDADES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS”. (El criterio contenido en esta jurisprudencia fue recogido previamente en la tesis aislada 1a. CCLXVI/2016 [10a.]).

2.10.3 Paso dos: la idoneidad de la medida

La lógica alexiana se mantiene en el segundo paso del test, explicada en la tesis 1a. CCLXVIII/2016.³³⁴ Conviene destacar varias cosas al respecto. Lo primero es que en esta tesis la Primera Sala parece seguir la concepción alexiana de que la idoneidad de una medida se relaciona con las posibilidades fácticas, y que ya he explicado en el primer capítulo de este trabajo. Sin embargo, la tesis termina diciendo una cosa distinta: que el examen de idoneidad es un problema fáctico o probatorio (y uno normativo). Es por ello señala que la “la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptada”.³³⁵

En segundo lugar, la tesis entiende que el examen de idoneidad se refiere a “la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación”. Y, quizá más importante aún, la sala firma que dicho examen se supera si “la medida impugnada tiende a alcanzar en *algún grado* los fines perseguidos por el legislador”, esto es, resulta “suficiente que la medida contribuya en *algún modo* y en *algún grado* a lograr el propósito que busca el legislador”. Se trata, por decirlo de alguna forma, de un estándar relativamente bajo, y que da un amplio margen al creador de la medida —el poder legislativo, en este caso— para determinar en qué grado se desea satisfacer la finalidad constitucionalmente válida. Lo único que está vedado, al menos en esta etapa, es la existencia de medidas que de *ningún modo* o en *ningún grado* contribuyen para alcanzar el fin constitucionalmente válido.

Al realizar el examen de idoneidad en el caso concreto, la tesis de la Primera Sala continúa con esta caracterización, alegando que en efecto existe evidencia empírica que muestra que el consumo de marihuana produce cierto grado de afectaciones a la salud y al orden público, por lo que la prohibición absoluta resulta una medida idónea para alcanzar las dos finalidades anteriormente señaladas.³³⁶ Veamos el razonamiento de la tesis:

³³⁴ Véase la tesis 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2013152, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, pág. 911, noviembre de 2016, con el rubro “SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”.

³³⁵ Que la idoneidad —al igual que la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto tenga una dimensión probatoria— es algo defendible, pues la efectividad de una medida para alcanzar una finalidad en efecto es una cuestión que requiere acudir al conocimiento empírico. Simplemente apunto que, en esto, la tesis se aparta —o hace una lectura muy peculiar— de la teoría alexiana.

³³⁶ Véase la tesis 1a. CCLXIX/2016 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2013155, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, pág. 914, noviembre de 2016, con el rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR LA IDONEIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA”. El primer precedente de dicha tesis es igualmente la sentencia dictada en el amparo en revisión 237/2014, el 4 de noviembre de 2015, por mayoría de cuatro votos de los ministros Zaldívar (ponente), Cossío (quien formuló voto concurrente), Sánchez Cordero y Gutiérrez Ortiz Mena (quien formuló voto concurrente, en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la

“En el caso de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana [...] es válido sostener que será una medida idónea para alcanzar los fines perseguidos por el legislador –salud y orden público–, en tanto exista una relación empírica que vincule al consumo de la marihuana con ciertos daños o afectaciones a la salud y al orden público. En efecto, si el consumo de marihuana no causa daños o afectaciones a la salud o a la sociedad en su conjunto, la prohibición analizada no será una medida idónea para proteger estos objetivos constitucionales. Por lo tanto, en esta etapa del examen es necesario mostrar que el consumo afecta la salud y el orden público, aun cuando dicha afectación sea mínima. En este sentido, existe evidencia suficiente para considerar que el consumo de marihuana efectivamente causa diversas afectaciones en la salud de las personas, así como que puede propiciar transgresiones al orden público. Así, si bien en términos generales puede decirse que se trata de afectaciones de escasa entidad, ello no es obstáculo para concluir que el ‘sistema de prohibiciones administrativas’ previsto por la Ley General de Salud efectivamente es una medida idónea para proteger la salud de las personas y el orden público”.

Como puede verse, se trata de un argumento que parte de dos afirmaciones de naturaleza *causal* o *empírica*. La primera es explícita: el consumo de marihuana *causa* afectaciones a la salud y puede propiciar otras más al orden público. La segunda parece ser implícita, pues se asume que la prohibición absoluta del consumo, en la práctica, inhibe el consumo de marihuana y, en esa medida, evita dichas afectaciones.

2.10.4 Paso tres: la necesidad de la medida

Veamos ahora cómo, en la tesis 1a. CCLXX/2016, la Primera Sala entiende la tercera etapa del test de proporcionalidad: el examen de necesidad: ³³⁷

“Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y

tesis); el disidente fue el ministro Pardo (quien formuló voto particular). Fungieron como secretarios Arturo Bárcena Zubieta y Ana María Ibarra Olguín.

³³⁷ Véase la tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2013154, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, pág. 914, noviembre de 2016, con el rubro “TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”.

requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional”.

Lo primero a destacar es que, de nueva cuenta, encontramos en la argumentación de la Primera Sala una marcada influencia alexiana. Una medida no supera el examen de necesidad si existe una medida alternativa que: (i) tenga un grado de idoneidad igual – o superior, podríamos añadir – que la medida bajo análisis y (ii) afecte en menor grado el derecho intervenido. Se trata de una cuestión que podría parecer menor, pero que no lo es. Como se ha visto, algunas de las tesis y jurisprudencias previas de la SCJN conceptualizaban a la necesidad como un requisito de “mínima intervención”, esto es, como si bastara, para la invalidación de una medida, la existencia de una medida menos restrictiva (sin consideración de su nivel de idoneidad). De esta forma, al seguir una conceptualización alexiana del subprincipio de necesidad, la Primera Sala fija un estándar que juega a favor del legislador y, más importante aún, de la finalidad misma del modelo alexiano: realización en la mayor medida de lo posible de los derechos en colisión.

Ahora bien, es problemático que la tesis de la Primera Sala considere, al menos implícitamente, que corresponde a los jueces determinar (e incluso imaginar) cuáles podrían ser las medidas alternativas que podrían cumplir con ambos requisitos (igual idoneidad y menor interferencia). Sólo así se entiende que la Sala señale que la necesidad “supone hacer un catálogo de medidas alternativas”, al mismo tiempo que reconoce que ello implica “la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles”.

La propia tesis ofrece una solución a este dilema – que más adelante se comentará – pero, desde ya, conviene destacar que parece que la Primera Sala aborda, al menos implícitamente, una cuestión fundamental: ¿a quién corresponden la carga (probatoria y argumentativa) para demostrar la (in)existencia de alternativas igualmente idóneas y menos restrictivas? ¿Al creador de la medida (en este legislativo federal, en este caso)? ¿Al aplicador de la medida, la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), en el caso del permiso? ¿A quien cuestiona la validez de la medida (quienes presentaron el amparo, este el caso concreto)?

La tesis de la sala parece sugerir que la carga probatoria y argumentativa corresponde a los jueces (constitucionales, en este caso). Ello implica, en principio, que los jueces de apelación han de (i) “imaginar” diversas medidas alternativas, (ii) evaluar fácticamente el grado en que cada medida es efectiva para alcanzar el fin

constitucionalmente válido –su nivel de idoneidad–, (iii) evaluar fácticamente el grado en que cada medida incide en el derecho afectado, (iv) verificar si existe al menos una de esas medidas que cumpla con las dos condiciones antes referidas, esto es, que sea al menos igual de idónea, aunque menos restrictiva, que la medida bajo análisis. Los problemas probatorios y normativos de esta empresa no son menores: ¿cómo evaluar fácticamente el nivel de idoneidad y de afectación de la medida original, así como del resto de las posibles medidas alternativas? ¿Cómo garantizar los principios de congruencia, de contradicción y, más generalmente, de debido proceso?

Conviene regresar a la solución que plantea la tesis. De acuerdo con la Primera Sala, la manera de evitar la evaluación de una lista “interminable” de hipotéticas medidas alternativas consiste en que “dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno”.

La postura de la Sala resuelve un problema –el de pensar y evaluar una lista potencialmente interminable de medidas alternativas– pero abre otras más. ¿A qué se refiere la tesis con “situaciones similares”? ¿Qué tan parecidas han de ser las “situaciones similares”? ¿Nos dice algo el grado de efectividad de una medida de una “situación similar” sobre la efectividad de otra medida, esto es, la que se estudia en un test de proporcionalidad? Paralelamente, ¿nos dice algo el grado de afectación a un derecho de una medida que regula “situación similar” sobre el grado de afectación que genera una medida diferente?

Y algo parecido puede decirse sobre las “alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno”. En la medida en que el estudio de necesidad es una cuestión probatoria, ¿podemos “importar” los grados de idoneidad/afectación de una medida que opera en un contexto fáctico y normativo diferente? Por ejemplo: una prohibición para portar armas de fuego, ¿es igualmente idónea o restrictiva, digamos, en Alemania, Estados Unidos y México?

Uno pensaría que quizá algunas de estas interrogantes quedan resueltas si vemos la forma en que la Primera Sala realizó el examen de necesidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, recogida en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 25/2019.³³⁸ Lo cierto es que dicha tesis emplea una argumentación que se aparta de los parámetros fijados anteriormente. De acuerdo con la sala:

³³⁸ Véase la tesis de jurisprudencia 1a./J. 25/2019 (10a.), aprobada por la Primera Sala de la SCJN en sesión privada del 6 de marzo de 2019, con el número de registro 2019511, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 64, tomo II, pág. 1127, marzo de 2019, con el rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA MEDIDA NECESARIA PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”. (El criterio contenido en esta jurisprudencia fue recogido previamente en la tesis aislada 1a. CCLXXI/2016 [10a.]).

“La prohibición absoluta del consumo lúdico de la marihuana [...] no constituye una medida necesaria para proteger los fines constitucionales que persigue el legislador, toda vez que existen medidas alternativas que son igualmente idóneas para alcanzar dichos fines, pero que afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, el sistema de prohibiciones administrativas configurado por los artículos impugnados prohíbe una ‘clase genérica de actos’ (cualquier acto de consumo), mientras que una medida alternativa podría implicar únicamente prohibir ‘una subclase más específica’ de esos actos (actos de consumo en circunstancias específicas). En este orden de ideas, la medida legislativa impide el consumo de marihuana en cualquier circunstancia, cuando para alcanzar los fines que pretende podría limitarse a desalentar ciertas conductas o a establecer prohibiciones en supuestos más específicos, como manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la sustancia, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros a que también la consuman. Dicho de otro modo, el ‘sistema de prohibiciones administrativas’ configurado por los artículos que prohíben de forma absoluta el consumo lúdico de la marihuana es altamente suprainclusivo, al regular circunstancias que no encuentran fundamento en la protección de los derechos de terceros o del orden público. Consecuentemente, se trata de una medida innecesaria en la consecución de su fin”.

Conviene analizar las diferentes partes de este argumento. En un primer momento, la tesis de jurisprudencia es congruente con el entendimiento previamente desarrollado del examen de necesidad: concluye que la medida bajo análisis –la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana– no es necesaria, puesto que existen medidas alternativas que cumplen con las dos características antes mencionadas: (i) “son igualmente idóneas” para alcanzar los fines indicados – proteger la salud y el orden público – y (ii) “afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

No obstante, el desarrollo subsecuente se concentra en la segunda característica (el grado de afectación) y deja de lado la primera (el nivel de idoneidad). Lo que dice la tesis es difícil de refutar: la medida bajo análisis prohíbe una “clase genérica de actos”, mientras que podrían existir medidas alternativas que, al prohibir sólo “una subclase más específica [de actos]”, serían –se infiere– menos restrictivas.

Sucede, sin embargo, que lo problemático es lo que la tesis no dice ni mucho menos justifica. Supongamos que, las medidas alternativas –consistentes en la prohibición de conducir vehículos o manejar instrumentos peligrosos de trabajo bajo la influencia de la marihuana, consumirla en público o inducir a terceros a hacerlo–, en efecto, son menos restrictivas para el derecho afectado. ¿Podría decirse que son *igualmente* o *más idóneas* –en comparación con la prohibición absoluta– para proteger la salud o el orden público? ¿Es posible afirmar que el consumo de marihuana –y, consencientemente, las afectaciones a la salud– no incrementaría con la regulación alternativa propuesta por la tesis? Paralelamente, ¿no el orden público se protege igualmente con ambas medidas (la establecida por el legislador y

la medida alternativa)? Se trata, como puede verse, de dos cuestiones fundamentales que, por desgracia, la tesis no aborda.

Por último, también cabe apuntar que, al final de la argumentación, la tesis da una razón adicional para afirmar que se incumple con el sub-principio necesidad: la medida es “altamente suprainclusiv[a]”, ya que “regula [...] circunstancias que no encuentran fundamento en la protección de los derechos de terceros o del orden público”. Se trata, como puede verse, ya no del entendimiento alexiano del subprincipio de necesidad –que exige, como se ha reiterado ya varias veces, que no exista una medida igual de idónea y menos restrictiva– sino de una noción mucho más cercana al estándar “confección estrecha” (*narrowly tailored*) de la jurisprudencia estadounidense, mismo que exige que una distinción o medida: (i) no sea subinclusiva y (ii) no sea suprainclusiva. Aquí quizá lo único que habría que decir es que, de nuevo, estamos frente en el que elementos provenientes de diferentes tradiciones se mezclan y confunden.

2.10.5 Paso cuatro: proporcionalidad en sentido estricto

Por último, veamos la manera en que la Primera Sala entendió, en este asunto, el último de los pasos del test: el examen de proporcionalidad en sentido estricto:³³⁹

“[U]na vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corresponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara

³³⁹ Véase la tesis 1a. CCLXXII/2016 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2013136, de la 10ª Época, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, pág. 894, noviembre de 2016, con el rubro “CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”.

severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio”.³⁴⁰

La tesis, como puede verse, en términos generales mantiene las líneas generales de la concepción alexiana sobre la ponderación. Así, “proporcionalidad en sentido estricto” se entiende como un “balance” o “ponderación” entre *dos* principios. De un lado de la balanza se tienen los “beneficios [...] desde la perspectiva de los fines que se persiguen” o, dicho de otro modo, “el grado de realización del fin perseguido” por la medida. Del otro lado de la balanza están “los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados”, esto es, “el grado de intervención en el derecho perseguido” por la medida.

La tesis aislada añade una afirmación que servirá para resolver el caso concreto: la prohibición “total” de una conducta amparada por un derecho será una intervención más “intensa” que una prohibición o regulación de “ciertas condiciones” del ejercicio del tal derecho.

Hay, sin embargo, algunas cuestiones importantes que la tesis no aclara. En un primer momento, no queda claro si la ponderación puede darse entre dos o más principios. Por una parte, la tesis habla de la competencia o colisión de “dos principios”, como si sólo fuese posible poner uno del lado de los costos y otro del lado de los beneficios. Por otra parte, más adelante la propia tesis usa el plural para referirse tanto a los beneficios generados en términos de los “fines que se persiguen”, como de los costos en términos de los “derechos fundamentales afectados”. Se trata de un asunto no menor, pues como se ha visto en capítulos pasados, el resultado de una ponderación puede depender en buena medida de si se admite que de un lado y otro de la ponderación exista más de una finalidad o principio afectado.

Ahora bien, el segundo tema que no clarifica la tesis está relacionado con las escalas para medir tanto los costos como los beneficios que genera la medida bajo análisis. Aquí la única pista que tenemos es el hecho de que la tesis use como sinónimos “severamente” y “muy grave”. Fuera de esto, la tesis no dice más sobre los diferentes valores que pueden tener el “grado de intervención”, el “grado de realización”, los “beneficios”, los “costos”, el “nivel de realización”, el “nivel de intervención”, la “intensidad” de una intervención, etc.

Por lo mismo, conviene ver cómo la Primera Sala realiza el examen de proporcionalidad en sentido estricto del caso concreto, misma que se sintetiza en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 9/2019:³⁴¹

³⁴⁰ La cita corresponde a la tesis 1a. CCLXXII/2016.

³⁴¹ Véase, en particular, la tesis de jurisprudencia 1a./J. 9/2019 (10a.), aprobada por la Primera Sala de la SCJN en sesión privada del 13 de febrero de 2019, con el número de registro 2019382, de la 10a Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 22 de febrero de 2019 a las 10:24 horas, con el rubro “PROHIBICIÓN ABSOLUTA DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA. NO ES UNA

“[E]n el caso de la prohibición absoluta al consumo lúdico de la marihuana [...] corresponde contrastar la eficacia con la que el ‘sistema de prohibiciones administrativas’ consigue proteger la salud de las personas y el orden público, frente al nivel de afectación que esa misma medida provoca en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, en claro contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege la prohibición aludida, se ubica la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa. Desde este punto de vista, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta este ‘sistema de prohibiciones administrativas’ puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta, de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho. En tal sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades atendiendo a las finalidades constitucionalmente válidas que efectivamente tienen esos artículos, como podría haberlo hecho el legislador, sino que directamente prohíbe todas esas conductas. Consecuentemente, el ‘sistema de prohibiciones administrativas’ ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida”.

Quizá lo primero en destacar es que la tesis de jurisprudencia sugiere que la ponderación no se dé exclusivamente entre dos derechos o principios. La ponderación se hace entre las dos finalidades legítimas que persigue la medida (la protección a la salud y el orden público) y el derecho afectado (el libre desarrollo a la personalidad).³⁴² Y, al asignar el peso a cada lado de la ponderación, señala la satisfacción de las finalidades (salud y orden público) es “escasa” o “mínima”, mientras que la afectación del derecho (al libre desarrollo de la personalidad) se califica de “intensa” (primero) o “muy intensa” (después).

¿Cómo se llega a estos pesos? La tesis de jurisprudencia dice poco, pues se limita a decir que la afectación puede calificarse de esta forma si se considera que “consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir marihuana [...] de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el

MEDIDA PROPORCIONAL PARA PROTEGER LA SALUD Y EL ORDEN PÚBLICO”. (El criterio contenido en esta jurisprudencia fue recogido previamente en la tesis aislada 1a. CCLXXIII/2016 [10a.]).

³⁴² En palabras de la propia tesis: “en claro contraste con las escasas afectaciones en la salud y el orden público que protege la prohibición aludida, se ubica la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad que supone dicha medida legislativa”. Más adelante se emplea un fraseo similar: “el ‘sistema de prohibiciones administrativas’ ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida”.

derecho”.³⁴³ Más importante aún, la tesis nada dice de por qué dos afectaciones “escasas” o “mínimas” pesan menos que una afectación “intensa” o “muy intensa”.

Pese a los problemas que se han apuntado, la serie de tesis y jurisprudencias que se dictaron con motivo del amparo contra la prohibición absoluta de consumo de marihuana con fines recreativos son, por mucho, la versión más articulada, coherente y clara de la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por desgracia, como se mostrará en los siguientes apartados, la calidad argumentativa de estas tesis y jurisprudencias parece más bien ser la excepción y no la regla, pues con posterioridad a la publicación de estos criterios se dictaron otros más que reproducen e incluso profundizan muchos de los problemas y confusiones que se han desarrollado en apartados anteriores.

2.11 De vuelta al uso retórico: el test como metodología para analizar violaciones al principio de progresividad.

Segunda Sala. 17 de febrero de 2016. Ponente: Laynez. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Un nuevo uso del test de proporcionalidad, lo encontramos en la tesis aislada 2a. X/2016.³⁴⁴ Así como en muchos precedentes, volvemos a ver el nombre de un secretario de estudio y cuenta que, para este momento, ha demostrado ya su enorme influencia en las tesis que emplean el concepto de test de proporcionalidad: Jorge Jiménez Jiménez. En este caso, el test se emplea para analizar posibles violaciones al principio de progresividad. La argumentación de la tesis es la siguiente:

“Con motivo de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 6 de junio de 2011 al artículo 107, fracción III, inciso a), párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y conforme al numeral 174 de la Ley de Amparo, el quejoso debe precisar la forma en que las violaciones procesales que hizo valer trascendieron en su perjuicio al resultado

³⁴³ La tesis 1a. CCLXXII/2016 desarrolla esta lógica con mayor detalle: “resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho, será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho”.

³⁴⁴ Véase la tesis aislada 2a. X/2016 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN, con el número de registro 2011402, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 29, abril de 2016, tomo II, pág. 1371, con el rubro “VIOLACIONES PROCESALES. EL ARTÍCULO 174 DE LA LEY DE AMPARO, AL ESTABLECER QUE EL QUEJOSO DEBE PRECISAR LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON EN SU PERJUICIO AL RESULTADO DEL FALLO, NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS”. El precedente de esta tesis aislada es la sentencia dictada el amparo directo en revisión 559/2015, el 17 de febrero de 2016, por mayoría de cuatro de votos en relación con el criterio contenido en la tesis de los ministros Medina Mora, Laynez (ponente), Franco, Luna Ramos (disidente) y Pérez Dayán. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

del fallo, para que el Tribunal Colegiado de Circuito cumpla con su obligación de examinarlas, salvo las que advierta en suplencia de la queja, como lo sostuvo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 126/2015 (10a.), lo que supera lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley de Amparo abrogada, así como lo previsto en la jurisprudencia 2a./J. 27/2013 (10a.). Ahora bien, la nueva regulación legal no transgrede el principio de progresividad de los derechos humanos, contenido en el artículo 1o. constitucional, dado que busca cumplir con el principio de concentración procesal del juicio de amparo, con lo que se le dota de mayor rapidez y celeridad en su tramitación para analizar todas las posibles violaciones existentes en un proceso, a fin de resolver en definitiva sobre ellas y evitar dilaciones innecesarias, lo que permite que la tutela jurisdiccional en el juicio de amparo directo sea pronta y completa, como lo mandata el artículo 17 constitucional; así, la obligación procesal a cargo del quejoso, si bien podría considerarse una disminución en el grado de tutela, lo cierto es que permite incrementarlo. Además, el citado artículo 174 cumple con los requisitos del test de proporcionalidad, en atención a que la finalidad señalada resulta constitucionalmente válida; el medio elegido por el legislador resulta idóneo, en la medida en que dicha obligación procesal posibilita el cumplimiento del fin buscado, así como necesario para paliar los múltiples reenvíos que se presentaban con la anterior regulación legal; y cumple con el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, al existir una adecuada relación de precedencia entre el fin buscado y el medio elegido”.

En la tesis se analiza un cambio legislativo – y eventualmente jurisprudencial – que podría violar el principio de progresividad contenido en el artículo primero, párrafo tercero, de la Constitución.³⁴⁵ Específicamente, se analiza si el artículo y la interpretación³⁴⁶ del 174 de la Ley de Amparo vigente a partir de 2013 – que establece que “el quejoso deberá hacer valer todas las violaciones procesales que estime se cometieron [...] [y] precisará la forma en que trascendieron en su perjuicio el resultado del fallo” – viola dicho principio, en la medida en que anteriormente el artículo 158 de la Ley de Amparo de 1936 no contemplaba dicha obligación procesal para el quejoso y la jurisprudencia había rechazado su existencia.³⁴⁷

³⁴⁵ “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”.

³⁴⁶ Específicamente, la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN 2a./J. 126/2015 (10a.), con el registro 2010151 y rubro “VIOLACIONES PROCESALES. EL QUEJOSO DEBE PRECISAR EN SU DEMANDA DE AMPARO DIRECTO LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON EN SU PERJUICIO AL RESULTADO DEL FALLO, A FIN DE QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO CUMPLA CON LA OBLIGACIÓN DE EXAMINARLAS, SALVO LAS QUE ADVIERTA EN SUPLENCIA DE LA QUEJA” (*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 23, octubre de 2015, tomo II, pág. 2060).

³⁴⁷ Específicamente, la Segunda Sala había interpretado la antigua Ley de Amparo en el sentido de que “de las disposiciones que rigen la tramitación del juicio de amparo directo y, en específico, la impugnación de violaciones procesales, no se advierte que exista obligación del quejoso de señalar en sus conceptos de violación la forma en que trascendieron al resultado del fallo, por lo que la falta de esa precisión no puede tener como consecuencia que se declare inoperante el concepto de violación

Pues bien, la tesis da dos razones — que en principio parecen independientes — para afirmar que el cambio legislativo (y jurisprudencial) no viola dicho principio. En primer lugar, señala que el cambio “busca cumplir con el principio de concentración procesal”, da mayor “rapidez y celeridad”, “evita [] dilaciones innecesarias” y, en esa medida, permite “la tutela jurisdiccional” “pronta y completa”. La tesis dice, en pocas palabras, que el cambio legislativo no viola el principio de progresividad simple y sencillamente, porque busca hacer efectivo un principio constitucional. Esta concepción es un tanto problemática y evidentemente incompatible con el test de proporcionalidad, pues sugiere que basta con que cualquier cambio legislativo busque hacer efectivo un derecho o principio constitucional para que no se estime violatoria de dicho principio. La sola generación de un beneficio sin la consideración de los costos que genera una medida es claramente contraria a cualquier concepción de la proporcionalidad y la ponderación, que exige analizar tanto los costos como los beneficios que generan las medidas.

Quizá es aún más cuestionable la segunda razón que da la tesis para decir que no existe una violación al principio de progresividad, esto es, que la medida cumple con “los requisitos del test de proporcionalidad”. En este sentido, la Segunda Sala se limita a señalar que (i) la finalidad señalada — hacer efectiva la tutela judicial pronta y completa — es “constitucionalmente válida”, (ii) la medida es idónea “pues posibilita el cumplimiento del fin buscado” y permite atenuar “los múltiples reenvíos” que existían con las viejas normas de amparo y (iii) la medida es proporcional en sentido estricto “al existir una adecuada relación de precedencia entre el fin buscado y el medio elegido”.

Lo escueto de la argumentación es quizá el menor problema de esta tesis. Lo más grave es que no se explica, por ejemplo, por qué en efecto la medida es apta para alcanzar el fin señalado. Resulta un tanto extraño que la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación se conceptúe como una “relación de precedencia” entre (i) el fin buscado y (ii) el medio elegido, pues dicho entendimiento corresponde al subprincipio de idoneidad (y no a la ponderación). Y ni qué decir del análisis de necesidad, que no busca determinar si hay medidas igualmente idóneas y menos restrictivas. Sobre esto, la tesis únicamente afirma que la medida es algo “necesario para paliar los múltiples reenvíos que se presentaban con la anterior regulación legal”.

respectivo”. Véase la tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN identificada con la clave 2a./J. 27/2013 (10a.), con registro número 2003190 y de rubro “VIOLACIONES PROCESALES. AL PLANTEARLAS EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, EL QUEJOSO NO ESTÁ OBLIGADO A SEÑALAR EN SUS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN LA FORMA EN QUE TRASCENDIERON AL RESULTADO DEL FALLO” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, marzo de 2013, tomo 2, pág. 1730).

Se trata, para decirlo pronto, de una tesis donde la aplicación del test es más retórica que práctica.

2.12 Otro test como retórica: la constitucionalidad de dejar sin efectos certificados fiscales por la comprobación de infracciones

Segunda Sala. 13 de julio de 2017. Ponente: Laynez. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Otro buen ejemplo de un uso desorganizado y principalmente retórico del test de proporcionalidad lo podemos encontrar en la tesis aislada 2a. CXIII/2016 de la Segunda Sala.³⁴⁸ En dicha tesis se analiza la constitucionalidad del artículo 17-H, fracción X, inciso d), del Código Fiscal de la Federación³⁴⁹ y, de nuevo, aparece como secretario Jorge Jiménez Jiménez. De acuerdo con la sala, dicha disposición no “trasgrede el test de proporcionalidad” por las siguientes razones:

“El precepto citado, al establecer que los certificados emitidos por el Servicio referido quedarán sin efectos cuando las autoridades fiscales, aun sin ejercer sus facultades de comprobación, detecten la existencia de una o más infracciones de las previstas en los artículos 79, 81 y 83 del Código Fiscal de la Federación, no transgrede el test de proporcionalidad, en atención a que su finalidad es constitucionalmente válida y objetiva, en virtud de que con su implementación el legislador buscó combatir el fraude fiscal por parte de los contribuyentes, finalidad inmediata que encuentra asidero en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la finalidad mediata pretendida es que se cumpla con la obligación de contribuir a los gastos públicos por quienes estén llamados a satisfacerla. Asimismo, es un medio idóneo, apto y adecuado, toda vez que se implementó un sistema mediante el cual el contribuyente sabe a qué atenerse cuando la autoridad ejerce sus facultades de gestión tributaria, previendo además un procedimiento sumario para desvirtuar las irregularidades detectadas y que motivaron dejar sin efectos

³⁴⁸ Véase la tesis aislada 2a. CXIII/2016 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN, con el número de registro 2012994, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, tomo II, pág. 1552, con el rubro “CERTIFICADOS EMITIDOS POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. EL ARTÍCULO 17-H, FRACCIÓN X, INCISO D), DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER QUE QUEDARÁN SIN EFECTOS AUN SIN QUE LAS AUTORIDADES FISCALES EJERZAN SUS FACULTADES DE COMPROBACIÓN, NO TRANSGREDE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD”. El primer precedente de esta tesis aislada la sentencia dictada el amparo en revisión 302/2016, el 13 de julio de 2016, por unanimidad de votos de los ministros Medina Mora, Laynez (ponente), Franco, Luna Ramos y Pérez Dayán. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

³⁴⁹ El artículo 17-H, fracción X, inciso d), del Código Fiscal de la Federación señala que “[l]os certificados que emita el Servicio de Administración Tributaria quedarán sin efectos cuando [...] [l]as autoridades fiscales [...] [a]un sin ejercer sus facultades de comprobación, detecten la existencia de una o más infracciones previstas en los artículos 79, 81 y 83 de este ordenamiento, y la conducta sea realizada por el contribuyente titular del certificado”.

el certificado; además, la necesidad de la medida se satisface, porque atendiendo al fin inmediato que persigue, es un hecho notorio y evidente que las autoridades legislativas y ejecutivas del Estado Mexicano se encuentran obligadas a combatir el fraude fiscal. Finalmente, es proporcional porque atendiendo a las ventajas y desventajas que produce la medida legislativa implementada, se advierte dentro de las primeras que permite hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de contribuir a los gastos públicos al permitir a la autoridad fiscal ejercer sus facultades de gestión tributaria en aras de detectar las infracciones en las que incurran los contribuyentes que pretendan defraudar al fisco federal, con lo cual se genera una situación de igualdad real y no sólo formal, pues en esa medida todos contribuirán al gasto público”.

Como puede verse, la tesis echa mano de un test relativamente ortodoxo en sus elementos: (i) la existencia de una finalidad “constitucionalmente válida y objetiva”, (ii) que la medida sea “idónea”, “apta” y “adecuada”, (iii) que la medida sea “necesaria” y (iv) que sea “proporcional”.

Lo problemático es la aplicación del test de proporcionalidad. Quizá lo primero que hay que destacar es que existe una ausencia notable: el derecho afectado que la tesis de la Segunda Sala nunca especifica.³⁵⁰ Y la argumentación se complica aún más en los pasos subsecuentes.

Cuando se realiza el examen de idoneidad, la tesis no argumenta por qué la medida bajo análisis es efectiva para alcanzar las dos finalidades identificadas (“combatir el fraude fiscal por parte de los contribuyentes”, y que “se cumpla con la obligación de contribuir a los gastos públicos por quienes estén llamados a satisfacerla”). Por el contrario, la tesis afirma que es “un medio idóneo, apto y adecuado” por dos razones: (i) porque el legislador implementó un sistema en el cual “el contribuyente sabe a qué atenerse” –algo que sucede, de hecho, con prácticamente cualquier norma, fiscal o no, medianamente inteligible– y (ii) porque existe un procedimiento, de naturaleza sumaria, que permite “desvirtuar las irregularidades detectadas y que motivaron dejar sin efectos el certificado” –algo que, en todo caso, hablaría del nivel de afectación generado por la medida, pero ciertamente no de su efectividad–.

³⁵⁰ También conviene destacar que, de acuerdo con la Segunda Sala, pueden identificarse dos finalidades que busca la medida: i) una finalidad “inmediata”, consistente en el caso concreto en “combatir el fraude fiscal por parte de los contribuyentes”, así como ii) una finalidad “mediata”, que en este caso es definida como el que “se cumpla con la obligación de contribuir a los gastos públicos por quienes estén llamados a satisfacerla”, cuya base constitucional se encuentra en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución (Dicha fracción señala que es obligación de los mexicanos “[c]ontribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”). La razón de por qué son importantes ambos tipos de finalidades es algo que la tesis no aclara, aunque ciertamente se trata de dos finalidades por demás razonables y con asidero constitucional.

El estudio de necesidad es aún más precario. La tesis no se refiere ni al nivel de idoneidad y de afectación de posibles medidas alternativas, sino que se limita a decir que la medida es idónea ya que “es un hecho notorio y evidente” que las autoridades “se encuentran obligadas a combatir el fraude fiscal”. Dicho de otro modo: de acuerdo con el criterio de la Segunda Sala serán necesarias todas las medidas que tome la autoridad al cumplir cualquier obligación legal.

Finalmente, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación se olvida de los costos y sólo se refiere a los beneficios. Dice la tesis que la medida “es proporcional” porque “permite hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de contribuir a los gastos públicos” y que, con ello, “se genera una situación de igualdad real y no sólo formal, pues en esa medida todos contribuirán al gasto público”.

Hasta este punto, un enigma perdura: ¿cuál es el derecho afectado por la medida legislativa? Imposible saberlo. Pero es tan deficiente la argumentación de la tesis que quizá esa omisión –grave, por decir lo menos– pasa a un segundo plano. Lo que tenemos es otro desafortunado caso en el cual la mención del test de proporcionalidad termina siendo una herramienta retórica antes que una metodología de adjudicación.

2.13 Un test *tutti frutti*: un test de proporcionalidad que a la vez es juicio de igualdad, y en otros casos, es mera idoneidad

Segunda Sala. 5 de octubre de 2016. Ponente: Laynez. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

2.13.1 La estructura del test

Otra tesis que ejemplifica el desorden que reina en los criterios de la SCJN es la jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.) de la Segunda Sala.³⁵¹ En esta jurisprudencia es posible advertir una clara y deliberada “tropicalización” del test de

³⁵¹ Véase la tesis de jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.), aprobada por la Segunda Sala de la SCJN en sesión privada del 24 de enero de 2018, con el número de registro 2016133, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 51, tomo I, pág. 510, con el rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN”. (El criterio contenido en esta jurisprudencia fue recogido previamente en la tesis aislada 2a. XC/2017 [10a.]). El primer precedente de dicha jurisprudencia fue la sentencia dictada en el amparo en revisión 441/2015, el 5 de octubre de 2016, por unanimidad de votos de los ministros Medina Mora, Laynez (ponente), Franco, Luna Ramos (quien votó en contra de consideraciones) y Pérez Dayán. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

proporcionalidad al menos por dos razones: (i) la inclusión de distintos niveles de escrutinio y (ii) su mezcla o confusión con el juicio o test de igualdad. Me explico.

Lo primero a destacar es que, en esta jurisprudencia, la Segunda Sala argumenta que el test de proporcionalidad es un “procedimiento interpretativo”, cuya base normativa se encuentra en “los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso”, establecidos en los artículos 1, 14 y 16 de la Constitución. Segundo, la mezcla y confusión con el test de igualdad es evidente cuando la SCJN afirma lo siguiente:

“El test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, [...] que requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios relativos a que la distinción legislativa: a) persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin; y, c) sea proporcional”.

Lo que la tesis plantea no es un test para cualquier intervención en un derecho fundamental, como usualmente acontece en los análisis de proporcionalidad, sino uno que sirve para analizar distinciones legislativas, esto es, la materia de los tests o juicios de igualdad. Sorprende, en todo caso, que la tesis de la Segunda Sala señale, sin más, que se trata de un “test de proporcionalidad”.

Ahora bien, independientemente de la denominación que se da al test, conviene detenerse en los elementos que lo componen. De acuerdo con la Segunda Sala, los componentes del test son los siguientes: (i) el “juicio de igualdad”, que permite determinar si se está frente a un “trato injustificado” y (ii) el “principio de proporcionalidad”. Éste último, a su vez, tiene tres componentes, en los cuales se verifica que la “distinción legislativa”: (ii.a) persiga una finalidad legítima y constitucionalmente válida, (ii.b) sea adecuada o racional, esto es, que sea apta para alcanzar dicha finalidad y (ii.c) sea proporcional.

Hasta aquí lo que tenemos es una combinación entre i) un juicio de igualdad, que no se explica en el texto de la jurisprudencia, y ii) un test de proporcionalidad que prescinde de su tercer componente: el subprincipio de necesidad.

Ahora bien, la jurisprudencia enfatiza que el test anteriormente desarrollado no es aplicable en materia tributaria. En estos casos, dice la Segunda Sala, el “escrutinio judicial” debe ser “flexible o laxo” a fin de no “vulnerar [la] libertad política” del legislador. Conviene tener presente el razonamiento de la sala:

“Ahora, en materia tributaria la intensidad del escrutinio constitucional es flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con libertad configurativa del sistema tributario sustantivo y adjetivo, de modo que para no vulnerar su

libertad política, en campos como el mencionado, las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se limita a verificar que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; la elección del medio para cumplir esa finalidad no conlleva exigir al legislador que dentro de los medios disponibles justifique cuál de todos ellos cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad), sino únicamente determinar si el medio elegido es idóneo, exigiéndose un mínimo de idoneidad y que exista correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables”.

Lo que sugiere la tesis es que, en materia tributaria, la estructura del test cambia. De esta forma, ya no es necesario hacer primero el juicio de igualdad, sino que se pasa directamente a una versión “flexible o laxa” del test de proporcionalidad. En términos de la importancia del objetivo a perseguir con la intervención legislativa no se advierte cambio alguno; el estándar es el mismo: que la finalidad sea “objetiva y constitucionalmente válida”.

Se advierte, en cambio, un estándar más bajo respecto al nivel de idoneidad. Recuérdesse que la idoneidad, en el test “regular” – por llamarlo de alguna forma – se cumplía cuando la intervención resultaba “adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin”. Pues bien, en la versión “flexible o laxa”, dice la Segunda Sala, sólo debe exigirse “un mínimo de idoneidad”, por lo que no es necesario que el legislador justifique cuál de los medios disponibles “cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad)”. (Sobra decir que dichos grados y niveles de intensidad son introducidos en la jurisprudencia sin mayor explicación).

Finalmente, respecto del último requisito (la proporcionalidad) la jurisprudencia tampoco aporta muchas pistas. Así, mientras en el test “regular” la Segunda Sala se limitó afirmar que la medida debía ser “proporcional”, en el test “laxo o flexible” la Sala afirma, de una forma un tanto críptica, que debe existir una “correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables”.

El problema aquí es evidente: cuando la Segunda Sala habla del grado de “correspondencia proporcional” entre el medio elegido y el fin buscado se está refiriendo, en realidad, al nivel de idoneidad de la medida. Así las cosas, el intérprete de la jurisprudencia está frente a dos alternativas problemáticas: o la referencia a lo “proporcional” sobra y, en consecuencia, la versión “laxa o flexible” del test prescinde del análisis de proporcionalidad de la medida, o bien, la Segunda Sala realiza una extraña mezcla entre los subprincipios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto cuyos alcances es imposible descifrar con el contenido del texto de la jurisprudencia.

Llegado a este punto, no es difícil ver por qué estamos frente a una de las concepciones más enredadas del test. La tesis de la Sala plantea un test de proporcionalidad que supuestamente sirve para “resolver conflictos entre normas fundamentales”, pero que en realidad es útil para analizar “distinciones legislativas”. Se trata, además, de un test que en su versión normal combina un juicio de igualdad y un test de proporcionalidad que prescinde de su penúltimo paso (la necesidad), y en su versión “laxa o flexible” sólo contempla un test de proporcionalidad sin proporcionalidad –que exige, exclusivamente, un bajo mínimo de idoneidad–.

2.13.2 La aplicación del test

Por si fuera poco, la confusión se incrementa aún más si se toma en cuenta cómo se aplicó el test de proporcionalidad en el caso que sirvió para establecer el criterio contenido en la jurisprudencia descrita. Conviene, por tanto, detenerse en el contenido de las tesis aisladas 2a. XCI/2017³⁵² y 2a. XCII/2017³⁵³, pues en dichas tesis es posible ver cómo la Segunda Sala aplicó el criterio contenido en la jurisprudencia anteriormente explicada (la 2a./J. 11/2018).

Comencemos con la tesis 2a. XCI/2017. En ella, la medida bajo análisis –que se califica como “distinción legislativa” – es la prevista en el inciso J) de la fracción I, de artículo 2 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (LIEPS), misma que estableció una tasa del 8% para la enajenación o importación de ciertos

³⁵² Véase la tesis aislada 2a. XCI/2017 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN, con el número de registro 2014439, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 43, junio de 2017, tomo II, pág. 1422, con el rubro “ALIMENTOS NO BÁSICOS CON UNA DENSIDAD CALÓRICA DE 275 KILOCALORÍAS O MAYOR POR CADA 100 GRAMOS. EL ARTÍCULO 2o., FRACCIÓN I, INCISO J), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS, QUE ESTABLECE LA TASA CON LA QUE SE GRAVAN, SUPERA EL TEST DE PROPORCIONALIDAD”. Como se apuntó, el primer precedente de esta tesis aislada es el mismo que el de la jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.), esto es, la sentencia dictada el amparo en revisión 441/2015, el 5 de octubre de 2016, por unanimidad de votos de los ministros Medina Mora, Laynez (ponente), Franco, Luna Ramos (quien votó en contra de consideraciones) y Pérez Dayán. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

³⁵³ Véase la tesis aislada 2a. XCII/2017 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN, con el número de registro 2014440, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 43, junio de 2017, tomo II, pág. 1423, con el rubro “ALIMENTOS NO BÁSICOS CON UNA DENSIDAD CALÓRICA DE 275 KILOCALORÍAS O MAYOR POR CADA 100 GRAMOS. EL ARTÍCULO 2o., FRACCIÓN I, INCISO J), DE LA LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS, QUE LES OTORGA UN TRATO DISTINTO RESPECTO DE LOS ALIMENTOS BÁSICOS Y NO BÁSICOS QUE NO SE ENCUENTREN EN LA LISTA QUE ESTABLECE EL PROPIO PRECEPTO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA”. El primer precedente de esta tesis aislada también es el mismo que el de la jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.), esto es, la sentencia dictada el amparo en revisión 441/2015, el 5 de octubre de 2016, por unanimidad de votos de los ministros Medina Mora, Laynez (ponente), Franco, Luna Ramos (quien votó en contra de consideraciones) y Pérez Dayán. Fungió como secretario Jorge Jiménez Jiménez.

alimentos no básicos con una densidad calórica igual o mayor a las 275 kilocalorías por cada 100 gramos.³⁵⁴

La tesis al menos permite clarificar un poco la ambigüedad advertida en la jurisprudencia. En este caso, la Segunda Sala es clara al señalar que en efecto son tres –y no dos– criterios que debe cumplir cualquier “distinción legislativa”: (i) perseguir una “finalidad objetiva y constitucionalmente válida”, (ii) ser “adecuada o racional (idoneidad) y (iii) ser “proporcional”. Y también es clara al señalar que la medida cumple con todos y cada uno de los pasos del test.

Veamos con detalle la argumentación de la Segunda Sala. De acuerdo con la tesis, la medida sí tiene una finalidad “constitucionalmente válida y objetiva”. En esta parte, la argumentación es clara. La Sala enfatiza que la medida (“el impuesto”) persigue tanto un objetivo inmediato (“combatir el sobrepeso y la obesidad”) como un objetivo mediato (garantizar “a toda persona el derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad en aras de salvaguardar el derecho a la salud de la población” establecido en el artículo 4 constitucional). Aquí lo que habría que apuntar es que, como tal, la Segunda Sala identifica finalidades de una *medida* legislativa (“el impuesto”), mas no las finalidades de una distinción *legislativa* (esto es, un trato diferenciado).

Ahora bien, el estudio del segundo elemento (idoneidad) es mucho más problemático. La tesis comienza señalando que la medida “resulta ser *el* medio idóneo, apto y adecuado para cumplir con la finalidad”, ya que,

“en aras de combatir la obesidad y el sobrepeso se consideró desincentivar el consumo de ese tipo de alimentos, para lo cual se tomaron como parámetro las kilocalorías en un rango de 275 o mayor, con lo cual se busca evitar las distintas enfermedades asociadas o derivadas del consumo de dichos alimentos, pero sobre todo prevenir su consumo excesivo”.

Pese a sus problemas, hasta aquí la argumentación de la Segunda Sala es clara: existe una conexión racional entre la medida (el impuesto a alimentos con alto contenido calórico) y la finalidad inmediata (combatir el sobrepeso y la obesidad) en la medida en que un impuesto desincentiva el consumo de alimentos con alto contenido calórico mismos que, se asumen, contribuyen al desarrollo de este tipo de enfermedades.

De una forma un tanto sorprendente, después del estudio de idoneidad, la Segunda Sala procede a realizar un estudio de necesidad, aunque es claro que dicho estudio *no* forma parte de la estructura del test –de acuerdo, por supuesto, con la

³⁵⁴ Específicamente: “1. Botanas. 2. Productos de confitería. 3. Chocolate y demás productos derivados del cacao. 4. Flanes y pudines. 5. Dulces de frutas y hortalizas. 6. Cremas de cacahuete y avellanas. 7. Dulces de leche. 8. Alimentos preparados a base de cereales. 9. Helados, nieves y paletas de hielo”.

caracterización que hace la Segunda Sala en la jurisprudencia 2a./J. 11/2018 y en la tesis 2a. XCI/2017—. Asimismo, resulta desconcertante, por decir lo menos, que en un test que pretenda ser “laxo” se introduzca el parámetro que, de acuerdo con buena parte de la doctrina, constituye uno de los elementos más estrictos del test de proporcionalidad.

Pero quizá más cuestionable sea la forma en que la Segunda Sala entiende el subprincipio de necesidad. Conviene tener presente el fraseo exacto usado en la tesis aislada:

“Por lo que se refiere a la necesidad de la medida impositiva impugnada, también se satisface en razón de que, atento a la finalidad mediata que se busca con su establecimiento, el Estado debe agotar los instrumentos a su alcance para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de la población”.

Dejemos a un lado el hecho de que el estudio de idoneidad se hace a partir de la finalidad inmediata (combatir el sobrepeso y la obesidad) mientras que el estudio de necesidad toma como base la finalidad mediata (garantizar el derecho a una alimentación nutritiva, suficiente y de calidad), lo cual ya es problemático. Lo que dice la Segunda Sala es que la finalidad es necesaria porque “el Estado debe agotar los instrumentos a su alcance” para hacer efectivo un derecho.

Aquí la falta de claridad de la tesis es mayúscula. ¿Significa que, en el caso concreto, el Estado demostró el agotamiento de los instrumentos a su alcance? ¿O se presume que siempre lo hace? ¿Se admite prueba en contrario (en materia tributaria)? Y más importante aún: ¿qué tiene que ver esta formulación del principio de necesidad con el entendimiento que generalmente se le da a dicho principio (esto es, que se debe acreditar la inexistencia de una medida igualmente efectiva pero menos restrictiva a fin de considerar que la medida es necesaria)? El texto de la tesis, por desgracia, no brinda respuesta alguna a estas interrogantes.

Finalmente, conviene detenerse en la forma en que se realiza el estudio de proporcionalidad en la tesis. De acuerdo con la Segunda Sala, el requisito de proporcionalidad

“se cumple, ya que existe correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado, atendiendo a las ventajas y desventajas que produce la medida implementada; dentro de las ventajas se advierte que permite inhibir o desincentivar el consumo de los alimentos no básicos aludidos y con ello disminuir, cuando no evitar, enfermedades crónicas no transmisibles, en aras de la protección del derecho a la salud; mientras que las desventajas inciden sobre los hábitos alimenticios de la población o en el incremento en los precios de los alimentos no básicos enlistados”.

Tenemos aquí una (problemática) mezcla de diferentes conceptos, misma que era posible advertir desde la tesis obligatoria anteriormente analizada. Por una parte, la Segunda Sala insiste en hablar de una “correspondencia proporcional mínima” entre

(i) el medio elegido y (ii) el fin buscado; correspondencia que, en todo caso, sería relevante para un estudio de idoneidad, pero no de proporcionalidad.

Por la otra, la tesis en efecto parece hacer una ponderación o análisis costo-beneficio cuando habla de las “ventajas” y las “desventajas” producidas por la medida implementada. Lo que resulta problemático del análisis – como se ha señalado anteriormente – radica en que este test no identifica, por decirlo de alguna forma, la “métrica” y los “objetos” de la ponderación. La doctrina y el derecho comparado suelen reconocer que la ponderación se da siempre entre lo que se gana, en términos del objetivo que persigue la medida, y lo que se pierde, en términos del derecho que es afectado por la medida.

En este caso la tesis efectivamente identifica el objetivo de la medida (inmediatamente: combatir el sobrepeso y la obesidad; mediatamente: garantizar el derecho a la salud) y se limita a señalar que existen “ventajas” pues se disminuye (o evita) enfermedades crónicas y con ello se beneficia a la salud. Pero en ningún momento la tesis hace el menor intento por ofrecer una magnitud o peso de los beneficios. Dicho de otro modo, ¿cuál es el grado en que se disminuyen dichas enfermedades? ¿En qué medida se beneficia el derecho a la salud?

Y la ponderación es aún más problemática si se considera que la metodología de la Segunda Sala no exige que se identifique el principio o derecho que es afectado por la medida bajo estudio. Por ello, de entrada, no queda claro en términos de qué derecho o principio han de analizarse los costos o “desventajas” de la medida. En el caso concreto, la tesis se limita a señalar que la medida “incide [...] sobre los hábitos alimenticios de la población” – lo que sea que esto signifique – y, además, que la medida genera un “incremento en los precios de los alimentos no básicos enlistados”. Así, parece que tenemos dos tipos de costos de naturaleza bien distinta – uno en términos de “hábitos”, otro en términos de incremento de precios – y cuya magnitud nunca se hace explícita.

Por ello, es muy difícil, sino imposible, saber cómo es que, después de este tipo de análisis, la tesis llega a una conclusión tan categórica como ésta: “De ahí que la norma en cuestión se considere constitucional al superar el test de proporcionalidad”.

Pasemos ahora a la tesis 2a. XCI/2017, en la cual, la Segunda Sala procede a analizar la misma medida, pero ahora bajo el principio de igualdad. Ello no es, por supuesto, criticable en sí mismo: una misma norma puede analizarse mediante un test de proporcionalidad – si es que incide en un derecho fundamental – y mediante un test de igualdad – si es que establece un trato diferenciado –.

La tesis aislada señala, de manera más o menos clara, que el inciso J) de la fracción I, de artículo 2 de la LIEPS, establece un trato diferenciado al señalar que ciertos

alimentos no básicos con una densidad calórica igual o mayor a las 275 kilocalorías por cada 100 gramos tendrán una tasa del 8%. De acuerdo con la Segunda Sala, el trato diferenciado (menos benéfico) se da respecto de los alimentos “no básicos y básicos que no se encuentren en la lista de [dicho] artículo”, los cuales reciben un trato más benéfico (pues a ellos no se les impone la tasa del 8%).

Pues bien, a partir de lo anterior, la tesis procede a realizar otro “test de proporcionalidad” a fin de determinar si existe una violación al principio de “equidad tributaria”. Conviene citar, en extenso, la argumentación ofrecida por la tesis de la Segunda Sala:

“Ahora, el trato diferenciado [...] está justificado constitucionalmente porque su fin es válido al buscar con ese tributo implementar una medida mediante la cual se combatan el sobrepeso y la obesidad, finalidad regida por el derecho a la salud. De igual modo, el gravamen resulta idóneo atendiendo, por un lado, al parámetro objetivo o rango elegido (gravar alimentos no básicos con una densidad calórica de 275 kilocalorías o mayor por cada 100 gramos) y, por otro, al diseño del hecho imponible, el cual atiende al fin extrafiscal buscado. Asimismo, la medida impositiva es necesaria, al tratarse de una herramienta del Estado para alcanzar el fin buscado, pues no sólo se encuentra dentro de las facultades del legislador hacer efectivos los derechos a la alimentación y a la protección de la salud a través de los instrumentos a su alcance, sino que el uso de dicha medida fiscal fue sugerido por parte de organismos internacionales. Finalmente, el tributo es proporcional, pues atendiendo a las ventajas de inhibir o desincentivar el consumo de alimentos no básicos para evitar enfermedades crónicas no transmisibles en aras de proteger el derecho a la salud de la población, se advierte que se justifican los sacrificios o desventajas que conlleva. Por tanto, a partir del resultado obtenido con el test de proporcionalidad, se justifica constitucionalmente el trato diferenciado entre los alimentos no básicos y el resto de alimentos que no se encuentran listados en el artículo 2o., fracción I, inciso J), de la ley invocada y, por ende, éste no viola el principio de equidad tributaria”.

No me detengo mucho en los detalles de la argumentación. Pero el lector podrá verificar que la argumentación –aunque un tanto menos estructurada– corresponde fundamentalmente a lo dicho por la propia Segunda Sala en la diversa tesis 2a. XCI/2017. Dicho de otro modo: la misma metodología y las mismas razones que se dieron para hacer el estudio de proporcionalidad son las que se emplean para hacer el estudio de equidad tributaria. Para decirlo de manera más clara: para la sala proporcionalidad e igualdad se distinguen conceptualmente, pero se aplican de la misma forma, y con los mismos problemas, al menos en materia tributaria.

2.14 La proporcionalidad como medida para analizar la regresividad de medidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Primera Sala. 15 de febrero de 2017. Ponente: Zaldívar. Secretarios: José Ignacio Morales Simón y Arturo Bárcena Zubieta.

La Primera Sala también ha señalado que el test de proporcionalidad resulta útil para analizar la constitucionalidad de medidas regresivas.³⁵⁵ Específicamente, en la tesis 1a. CXXVI/2017 (10a.), la Sala sostuvo que, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el deber de no regresividad no es absoluto. En consecuencia, cuando una medida resulta regresiva para el desarrollo de este tipo de derechos, lo que procede es que el Estado, “con información suficiente y argumentos pertinentes”, demuestre que dicha medida: (i) persigue un fin constitucionalmente válido, (ii) es idónea, (iii) es necesaria y (iv) es proporcional en sentido estricto.

Se trata de una propuesta simple y compatible con la estructura y finalidades del test de proporcionalidad. Quizá lo único que habría que enfatizar, para efectos de este trabajo, es que la Corte anuncia la estructura del test –la cual se asemeja a la versión alexiana del test– pero que no desarrolla ni define sus componentes.

2.15 Un test de proporcionalidad sin proporcionalidad y sin incidencia en los derechos

Primera Sala. 208 de junio de 2017. Ponente: Cossío. Secretario: Monserrat Cid Cabello.

La tesis aislada 1a. XCI/2018 (10a.) es quizá uno de los mejores ejemplos de cómo el uso del test de proporcionalidad se ha aplicado casos en los que, en principio, no parecería adecuado.³⁵⁶ En este caso, la Primera Sala de la SCJN empleó un “test de

³⁵⁵ Véase la tesis aislada 1a. CXXVI/2017 (10a.) de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2015133, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 46, septiembre de 2017, tomo I, pág. 219, con el rubro “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA MEDIDA REGRESIVA EN LA MATERIA DEPENDE DE QUE SUPERE UN TEST DE PROPORCIONALIDAD”. El precedente de la tesis aislada es la sentencia dictada en el amparo en revisión 566/2015, el 15 de febrero de 2017, por mayoría de tres votos de los ministros Zaldívar (ponente), Pardo (quien formuló voto concurrente), Piña (quien se reservó su derecho a formular voto concurrente); con el voto en contra del ministro Cossío (quien reservó su derecho a formular voto particular); y con la ausencia del ministro Gutiérrez. Fungieron como secretarios José Ignacio Morales Simón y Arturo Bárcena Zubieta.

³⁵⁶ Véase la tesis aislada 1a. XCI/2018 (10a.) de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2017444, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 56, julio de 2018, tomo I, pág. 263, con el rubro “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

proporcionalidad *en sentido amplio*” a fin de analizar las fracciones II y IV del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial.

Lo primero que conviene destacar es que, en este caso, las SCJN alega que el test de proporcionalidad puede ser aplicado para analizar posibles violaciones a derechos fundamentales o al principio de igualdad, “sino también en aquellos [asuntos] en que exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo”. Tal parece, por tanto, que la Primera Sala procede a realizar un análisis de proporcionalidad aun cuando la medida *no incide en el contenido de un derecho, ni establece un trato diferenciado*.

Lo segundo que habría que destacar es que, en este caso, la Primera Sala de la SCJN utiliza un test que abiertamente prescinde de su último componente (la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación). Así, el test que aplica la Sala exclusivamente contempla: (i) la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima, (ii) su idoneidad y (iii) su necesidad.

Aquí hay un problema estructural que debe ser enfatizado: un test de proporcionalidad que no contempla el examen de ponderación tiene una utilidad por demás escasa. Como se ha mostrado en el capítulo primero de este trabajo, realizar el examen de proporcionalidad en sentido estricto es siempre indispensable, pues de lo contrario se corre el riesgo de validar o justificar medidas que, aun pasando el examen de necesidad, terminan generando más afectaciones que beneficios. La omisión de la tesis, por tanto, no es menor.

Y, además, la aplicación de este test es también problemática. Los problemas con esta tesis comienzan desde la definición de la medida bajo análisis. Las fracciones referidas del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial señalan literalmente lo siguiente:

“No serán registrables como marca: [...]

“II.- Los nombres técnicos o de uso común de los productos o servicios que pretenden ampararse con la marca, así como aquellas palabras que, en el lenguaje corriente o en las prácticas comerciales, se hayan convertido en la designación usual o genérica de los mismos; [...]

“IV.- Las denominaciones, figuras o formas tridimensionales que, considerando el conjunto de sus características, sean descriptivas de los productos o servicios que traten de protegerse como marca. Quedan incluidas en el supuesto anterior las palabras descriptivas o indicativas que en el comercio sirvan para designar

RAZONABILIDAD JURÍDICAS”. El precedente de la tesis aislada es la sentencia dictada en el amparo directo en revisión 6889/2016, el 28 de junio de 2017, por unanimidad de votos de los ministros Zaldívar (quien reservó su derecho para formular voto concurrente), Cossío (ponente), Pardo, Gutiérrez Ortiz Mena y Piña. Fungió como secretaria Monserrat Cid Cabello.

la especie, calidad, cantidad, composición, destino, valor, lugar de origen de los productos o la época de producción”.

La tesis no define con claridad cuáles son los nombres, palabras, denominaciones, figuras o formas que se están analizando a partir del test de proporcionalidad. Y de hecho parece que la medida va cambiando conforme se desarrolla el test. En un primer momento, al analizar tanto la existencia de una finalidad legítima como la idoneidad, la tesis señala que la medida bajo análisis es la imposibilidad de registrar como marca “las denominaciones genéricas o descriptivas” (esto es, se refiere exclusivamente a parte del contenido normativo de la fracción II). No obstante, al realizar el análisis de necesidad, la Primera Sala sugiere que la medida bajo análisis es mucho más amplia, pues se habla también de “los nombres técnicos o de uso común” (fracción II), así como de las “denominaciones, figuras o formas indicativas” (fracción IV).

Ahora bien, independientemente de la falta de claridad en la definición de la medida bajo análisis, ¿cuáles es el fin legítimo que identifica la SCJN? De acuerdo con la Primera Sala, no es una sino tres las finalidades que se persiguen con la medida bajo análisis: (i) proteger “los derechos de sus titulares”, (ii) proteger “a los consumidores” y (iii) impedir prácticas de competencia desleal.³⁵⁷

Los problemas argumentativos continúan cuando la Primera Sala procede a realizar el estudio de la idoneidad. ¿Cómo es que la medida bajo análisis resulta efectiva para alcanzar los tres objetivos apuntados? En palabras de la Primera Sala,

“la idoneidad de la medida atiende a que la ausencia de eficacia distintiva del signo propuesto a registro no puede tener otra consecuencia que el no registrarla como marca; pues de lo contrario se crearía una confusión en el público consumidor y se otorgaría un derecho de exclusividad respecto de un término que en el momento en que se solicitó el registro era genérico o descriptivo, lo cual impediría que el resto de los competidores lo utilizaran, sustrayéndolo del lenguaje”.

En esta parte del análisis, la Primera Sala parece sugerir que la medida (entendida exclusivamente como la imposibilidad de registrar “denominaciones genéricas o descriptivas”) sirve para proteger a los consumidores en la medida en que evita confusiones. Asimismo, parece que la Sala sostiene que el derecho de exclusividad sobre un término genérico o descriptivo evita prácticas de competencia desleal, pues permite que dichos términos genéricos y descriptivos sean utilizados por el resto de los competidores y que no sean “sustraído[s] del lenguaje”. Es mucho menos claro cómo el impedimento para registrar términos genéricos o descriptivos es una medida

³⁵⁷ En palabras de la propia tesis: “las fracciones II y IV del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial superan un test de proporcionalidad en sentido amplio, pues su finalidad es constitucionalmente legítima, ya que al establecer que las denominaciones genéricas o descriptivas de los bienes o servicios no serán registrables como marca, protege los derechos de sus titulares, a los consumidores, e impide prácticas de competencia desleal”.

idónea para “protege los derechos de sus titulares” (el segundo objetivo que persigue la medida, según la Primera Sala). Se trata, en pocas palabras, de un examen de idoneidad que sólo se refiere a dos de los tres objetivos.

El examen de necesidad es igualmente problemático. Conviene citar, en extenso, la parte relevante de la tesis de la Primera Sala:

“la necesidad de la medida atiende a que la negativa de registro de marca en los supuestos previstos en la fracción II, respecto de nombres técnicos o de uso común, así como palabras que se han convertido en designación usual o genérica y en la diversa IV, relativa a denominaciones, figuras o formas descriptivas o indicativas, ambas del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial, no implica una carga injustificada para el gobernado que solicita el registro, pues éste 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 leal”.

El primer problema con el estudio de necesidad, como ya se ha apuntado es que en esta parte del test la medida bajo análisis ya no es exclusivamente la imposibilidad de registrar como marcas las “denominaciones genéricas o descriptivas” sin que se amplíe para comprender los “nombres técnicos o de uso común” (también referidos en la fracción II) y las “denominaciones, figuras o formas descriptivas o indicativas” (referidas en la diversa fracción IV).

Quizá es aún más problemática la forma en que la Primera Sala entiende el subprincipio de necesidad. La Sala no se pregunta si (i) existe una medida alternativa que sea igual o más efectiva para alcanzar los objetivos indicados, pero (ii) que al mismo tiempo sea menos restrictiva del derecho o principio afectado por la medida –lo cual es inexistente, pues como se ha mostrado anteriormente, la tesis no identifica un derecho o principio afectado por la medida—. En la tesis de la Primera Sala, el estudio de necesidad se reduce a lo siguiente:

“la necesidad de la medida atiende a que la negativa de registro de marca en los supuestos previstos en la fracción II, respecto de nombres técnicos o de uso común, así como palabras que se han convertido en designación usual o genérica y en la diversa IV, relativa a denominaciones, figuras o formas descriptivas o indicativas, ambas del artículo 90 de la Ley de la Propiedad Industrial, no implica una carga injustificada para el gobernado que solicita el registro, pues éste 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 leal”.

Dicho de otro modo: la medida se entiende como necesaria puesto que no implica “una carga injustificada”; y no se está frente a una carga de este tipo pues el gobernado “tiene conocimiento de los supuestos en los que no procede el registro”. Llegado a este punto, cabría preguntarse si con este parámetro alguna medida podría ser considerada como innecesaria. Si el conocimiento previo de una medida

hace que ésta no sea una “carga injustificada”, entonces parece que cualquier norma general, abstracta e impersonal — sea formalmente legislativa o administrativa — será necesaria, siempre y cuando sea previamente publicada. Tenemos, para decirlo pronto, una conceptualización del subprincipio de necesidad extremadamente débil.

En términos generales, se puede decir que este es otro ejemplo de la confección de un test tan confuso en su estructura como en su aplicación. Y, de nuevo, se trata de un caso en el que el test de proporcionalidad termina siendo mucho más una función retórica que de adjudicación.

2.16 Una aplicación claramente casuística: la inconstitucionalidad del requisito consistente en presentar tres testimoniales para el otorgamiento de medidas precautorias

Primera Sala. 28 de febrero de 2018. Ponente: Zaldívar. Secretario: Arturo Guerrero Zazueta.

La Primera Sala de la SCJN también ha aplicado el test de proporcionalidad a fin de evaluar la constitucionalidad del artículo 1173 del Código de Comercio vigente en 2012.³⁵⁸ Específicamente, la Sala señaló que era inconstitucional el requisito consistente en “exigir como uno de los medios de probar la testimonial y con un número particular de al menos tres testigos” a fin de poder probar la necesidad de las medidas precautorias contempladas en dicho código.

Lo primero que habría que enfatizar es que en la tesis aislada se sugiere — de manera más o menos explícita — que el test de proporcionalidad es la metodología que debe emplearse cuando se está frente a una intervención en un derecho fundamental.³⁵⁹ Ahora bien, sobre la forma en que la Primera Sala aplicó el test de proporcionalidad debe considerarse lo siguiente. Lo primero es que la tesis anuncia un test que cuenta, al menos,³⁶⁰ con los siguientes elementos: (i) la existencia de una finalidad

³⁵⁸ Véase la tesis aislada 1a. CCXLI/2018 (10a.) de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2018723, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 61, diciembre de 2018, tomo I, pág. 350, con el rubro “MEDIDAS PRECAUTORIAS. EL ARTÍCULO 1173 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, EN SU TEXTO VIGENTE EN 2012, VULNERA EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN SU VERTIENTE DE DERECHO A LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS”. El precedente de la tesis aislada es la sentencia dictada en el amparo en revisión 710/2017, el 28 de febrero de 2018, por unanimidad de cuatro votos de los ministros Zaldívar (ponente), Cossío, Pardo Rebolledo (quien formuló voto concurrente) y Piña. Estuvo ausente el ministro Gutiérrez Ortiz Mena. Fungió como secretario Arturo Guerrero Zazueta.

³⁵⁹ En palabras de la propia sala: “al tratarse de una intervención a un derecho fundamental debe someterse la providencia al test de proporcionalidad”.

³⁶⁰ Enfatizo el “al menos”, pues la medida fue declarada inconstitucional por falta de idoneidad y necesidad. En consecuencia, no era necesario hacer el análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

constitucionalmente válida, (ii) la idoneidad de la medida y (iii) la necesidad de la medida.

En el caso concreto, la Primera Sala consideró que el artículo 1173 del Código de Comercio perseguía una finalidad constitucionalmente válida: “tutela[r] el derecho fundamental de la parte demandada de no ser afectada su persona y bienes arbitrariamente” o, en otras palabras, “evitar injerencias arbitrarias sobre la persona y bienes de la parte demandada”.

No obstante, la Primera Sala consideró que dicha medida no era idónea *para cierto tipo de circunstancias fácticas*. Específicamente, la Sala razonó que exigir tres testimonios “carece de instrumentalidad” cuando “lo que pretende acreditarse es un hecho furtivo o clandestino”, como lo sería el “temor de que el demandado se oculte o que oculte o dilapide sus bienes”.

Aunque el incumplimiento del requisito de idoneidad hubiese bastado para declarar la inconstitucionalidad de la medida, la Primera Sala procedió a hacer el análisis de necesidad. La Sala concluyó que la medida tampoco era necesaria, en la medida de que existía una alternativa –el “empleo de dos o más pruebas de distinta naturaleza” – que permitía cumplir con la corroboración probatoria buscada por la medida bajo análisis.³⁶¹ Finalmente, aunque parece ser una afirmación poco relevante para la argumentación de la tesis, conviene señalar que la Primera Sala no deja en claro si “razonabilidad” y “proporcionalidad” se trata de principios distintos, o bien, si los concibe como lo mismo.³⁶²

Lo más destacable de esta tesis es que se trata de quizás el único criterio en el que la aplicación del test hace referencia a las circunstancias concretas de aplicación de la medida bajo análisis. Dicho de otro modo, en esta tesis la Primera Sala no dice que en todo caso la aplicación se deba declarar la inconstitucionalidad del artículo 1173 del Código de Comercio, sino sólo en un conjunto limitado de supuestos: cuando se pretenda acreditar un hecho “furtivo o clandestino”.

Como se mostrará en las conclusiones, considerar la distinción entre impugnaciones generales o faciales (*facial*) y de aplicación (*as applied*) es quizá uno de los grandes

³⁶¹ En palabras de la propia tesis aislada: “además de la falta de idoneidad de la medida se agrega la falta de necesidad ya que la corroboración probatoria que se busca con la existencia de tres testimonios, también se podría obtener mediante la convergencia de dos o más pruebas de distinta naturaleza, como pudiera ser la coexistencia de una prueba testimonial y pruebas indiciarias o periciales contables o electrónicas; o mediante la corroboración de credibilidad en la cual una prueba apoya o refuta la veracidad o verosimilitud de otra prueba, por ejemplo, cuando la veracidad del testimonio se confirma con una grabación”.

³⁶² En la tesis simplemente se afirma que “aunque se reconoce la libertad configurativa del órgano legislativo para exigir un determinado estándar probatorio respecto de cierto tipo de acciones o medidas –incluidas las providencias precautorias–, esas exigencias deben ser razonables y proporcionales” (énfasis añadido).

pendientes en la agenda de investigación relacionada con el test de proporcionalidad. Sobre todo, si consideramos que un sector importante de la doctrina enfatiza el carácter casuístico del test de proporcionalidad, lo cual no necesariamente se corresponde con la práctica jurisdiccional –al menos, en el caso mexicano–.

2.17 La puerta para la anarquía judicial: el test de proporcionalidad como una de las (muchas) herramientas para analizar intervenciones en derechos fundamentales

Primera Sala. 17 de noviembre de 2018. Ponente: Laynez. Secretaria:
Jazmín Bonilla García.

Quizá uno de los criterios más problemáticos que ha establecido la SCJN en relación con el test de proporcionalidad sea el contenido en la tesis de jurisprudencia 10/2019 de la Segunda Sala.³⁶³ Conviene enfatizar diversos puntos de dicha jurisprudencia.

Lo primero es que para la sala el test de proporcionalidad se caracteriza como una “herramienta interpretativa y argumentativa” o un “método o herramienta argumentativa” que tiene igual estatus que la “interpretación conforme”, “el escrutinio judicial” y “otros métodos interpretativos”. Segundo, para la Sala el test resulta útil para verificar las existencias de “limitaciones”, “restricciones” o “violaciones” a un derecho fundamental. Tercero –y más importante aún– la Segunda Sala entiende que el uso del test, o de cualquier otro método, queda a la completa discrecionalidad por parte de la persona juzgadora. Conviene citar, en extenso, la parte central del razonamiento de la Segunda Sala:

“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 [...]. [L]os Jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, *ni siquiera*

³⁶³ Véase la tesis de jurisprudencia 2a./J. 10/2019 (10a.), aprobada por la Segunda Sala de la SCJN en sesión privada del 23 de enero de 2019, con el número de registro 2019276, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 8 de febrero de 2019 a las 10:10 horas, con el rubro “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”, (El criterio contenido en esta jurisprudencia fue recogido previamente en la tesis aislada Tesis: 2a. CVII/2018 [10a.]). El primer precedente de dicha jurisprudencia fue el amparo en revisión 388/2018, aprobado el 17 de octubre de 2018 por unanimidad votos de los ministros Pérez Dayán, Laynez (ponente), Franco, Luna Ramos (quien se apartó de algunas consideraciones) y Medina Mora. Fungió como secretaria Jazmín Bonilla García. Sobre los muchos problemas de este criterio, véase el trabajo de González Zuppa (2021).

*porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano”.*³⁶⁴

En cuarto lugar, conviene señalar que la Segunda Sala ofrece, en esta jurisprudencia, una larga, vaga, desarticulada y redundante lista de “factores” que los juzgadores deben usar para determinar cuál es, *en su opinión*, el método más adecuado para resolver el asunto. De acuerdo con la sala, los factores a considerar son los siguientes:

“a) el derecho o principio constitucional que se alegue violado; b) si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho, o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; c) el tipo de intereses que se encuentran en juego; d) la intensidad de la violación alegada; y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada”.

Podrían decirse muchas cosas sobre este criterio, pero baste con decir que, en principio, parece ser un criterio que complica más de lo que resuelve. Es discutible que el test de proporcionalidad deba concebirse como una metodología única o universal –aunque ciertamente, como se ha mostrado en el primer capítulo, hay quien defendería esta posición—. Pero una cosa es decir que el test no debe usarse siempre y, otra muy distinta, que cada juez puede decidir libre y arbitrariamente el método de interpretación que más le guste –o más le convenga—.

Aquí conviene recordar una idea fundamental, que parece escapársele por completo a la Segunda Sala: diferentes métodos interpretativos aplicados al mismo caso pueden llevar a soluciones dramáticamente distintas. El criterio de la Sala permite, por tanto, que los jueces elijan libremente metodologías a emplear y, en esa medida, que estén en posibilidad de decidir libremente el resultado de cada litigio.

Como se ha podido ver en el primer capítulo, sólo por mencionar un ejemplo, los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense tienen una estructura y parámetros distintos a los del test de proporcionalidad. Aplicados al mismo caso, estas metodologías pueden generar resultados distintos. Y si cada persona juzgadora puede decidir libremente, según su propia opinión o convicción, lo que tenemos es una jurisprudencia que abre de par en par la puerta a la arbitrariedad judicial.

El criterio analizado es, por tanto, extremadamente cuestionable. Y lo es más si consideramos los hallazgos de este capítulo. Como se ha mostrado, la Suprema Corte ni siquiera ha podido articular una línea jurisprudencial coherente sobre la forma en que se deben aplicar las variantes del test de proporcionalidad. Parecería que, dependiendo de la sala, ponente o secretariado, el test puede tener diferentes elementos y se puede aplicar de formas distintas, lo cual es de suyo problemático. Y si a esto se suma una jurisprudencia obligatoria que abre la puerta no sólo para optar

³⁶⁴ Énfasis añadido.

entre las diferentes concepciones del test, sino entre prácticamente cualquier metodología de adjudicación, parece que lo que hay es una abierta invitación a que en el máximo tribunal mexicano reine la anarquía judicial.

3 Conclusiones

Durante los últimos años, diversos trabajos que han criticado la forma en que los tribunales mexicanos han aplicado el test de proporcionalidad. Son no pocas cosas las que podrían decirse sobre la forma en que la SCJN ha empleado el test, pero la revisión sugiere que los problemas conceptuales y argumentativos relacionados con la aplicación del test de proporcionalidad son añejos y han perdurado. Desde las primeras tesis aisladas en las que la SCJN usó de manera expresa el concepto del test de proporcionalidad es posible advertir una serie de confusiones y combinaciones que después tendrían consecuencias nada despreciables. Se trata, para decirlo pronto, una jurisprudencia que parece ser más el producto de gusto y caprichos, que de la generación de un consenso metodológico al interior de la SCJN.

A continuación, desarrollo con un poco más de detalle los que, creo, son los principales problemas que evidencia la revisión que se ha hecho.

3.1 El concepto de “test de proporcionalidad” tuvo una lenta incorporación en el sistema tradicional de jurisprudencia de la Corte

Quizá lo primero a destacar es que la aparición expresa del “test de proporcionalidad” en las tesis aisladas y de jurisprudencia de la SCJN fue relativamente tardía.³⁶⁵ La sentencia que originó la primera tesis aislada (1a. CCIX/2011 [9a.]) que empleó expresamente el concepto de test de proporcionalidad fue dictada el 6 de abril de 2011, esto es, a finales la 9ª época de la SCJN (la cual

³⁶⁵ Como se explica en la introducción, aquí me concentro en el sistema “tradicional” de tesis y jurisprudencias que mencionan expresamente el concepto “test de proporcionalidad” y no en todas las sentencias de la SCJN. La aclaración es pertinente, pues el uso de la proporcionalidad, con otras denominaciones o incluso implícitamente, ciertamente antecede a las primeras tesis y jurisprudencias que analizo. Desde 2007, Sánchez Gil (2007, 75) argumentó lo siguiente: “En resoluciones más recientes, el Pleno de la Suprema Corte ha usado implícitamente el principio de proporcionalidad como instrumento para calificar la constitucionalidad de restricciones al derecho de acceso a la justicia”. En ese sentido, González Cavallo y Sánchez Gil (2021, XVII) han argumentado que su primera formulación –bajo la denominación de “principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica” – podría encontrarse en la tesis P./J. 130/2007 del Pleno de la SCJN, con registro 170740 y de rubro “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, diciembre de 2007, pág. 8). Además de la diferencia en denominación, lo que vemos aquí es una formulación peculiar incompleta de los pasos del test, en tanto prescinde del último paso (la proporcionalidad en sentido estricto), así como un entendimiento de la necesidad que parece combinar elementos de los otros pasos. De acuerdo con esta jurisprudencia, cualquier medida que fije el alcance de las garantías individuales debe: “a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales”.

abarcó el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 1995 y el 3 de octubre de 2011). Ello es reflejo, me parece, de lo mucho que tardaron en general los tribunales mexicanos en comenzar a promover activamente esta metodología, sobre todo si adoptamos una perspectiva comparada.³⁶⁶

Se ha dicho, por ejemplo, que “en la mayoría de los estados, [...] el análisis de proporcionalidad migró a raíz de la transición de un gobierno autoritario de partido único hacia una democracia constitucional más pluralista” y que en México el principio de proporcionalidad “ganó fuerza” una vez que “la democracia multipartidista echó raíces en el país” (Stone Sweet y Mathews 2019, 80-90). El caso mexicano sin duda es parte de esta tendencia, pero ciertamente esta migración fue lenta y desordenada.

Y quizá sería justo decir que hoy el test de proporcionalidad en México está muy lejos de haberse consolidado como una metodología de adjudicación. La existencia de criterios obligatorios como la jurisprudencia 10/2019 de la Segunda Sala de la SCJN, que permiten a las personas juzgadoras elegir libremente entre el test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio, la interpretación conforme, o cualquier otra herramienta, es una muestra clara de que en materia de metodologías de adjudicación, falta un largo camino por recorrer.

3.2 El test de proporcionalidad es un metodología empleada, sobre todo, en las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias de Primera Sala y por ministros que no provienen de la carrera judicial

Un segundo dato importantísimo es el escaso nivel de consolidación del test de proporcionalidad en la SCJN. Las gráficas 3.1, 3.2 y 3.3 muestran que, al menos a nivel de tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias, las referencias expresas al test han sido particularmente dispares entre los distintos órganos y ponencias de la Corte.

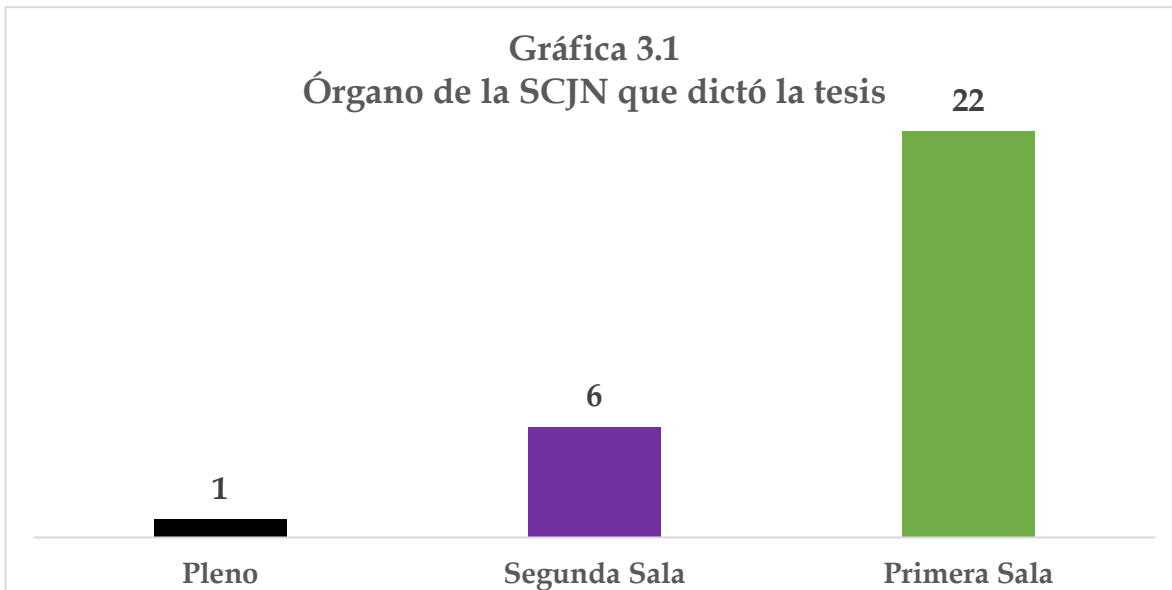
La Gráfica 3.1 muestra que la inmensa mayoría de tesis aisladas y jurisprudencias (22, lo cual representa el 76% del total) fueron aprobadas por la Primera Sala de la SCJN. En cambio, el uso del test en la Segunda Sala fue significativamente menor.³⁶⁷

La Gráfica 3.2 es quizá aún reveladora: el uso del test en tesis no sólo está concentrado en la Primera Sala, sino también en un puñado de ministros. La mayoría de las tesis que echan mano del test pertenecen a la ponencia del ministro Zaldívar

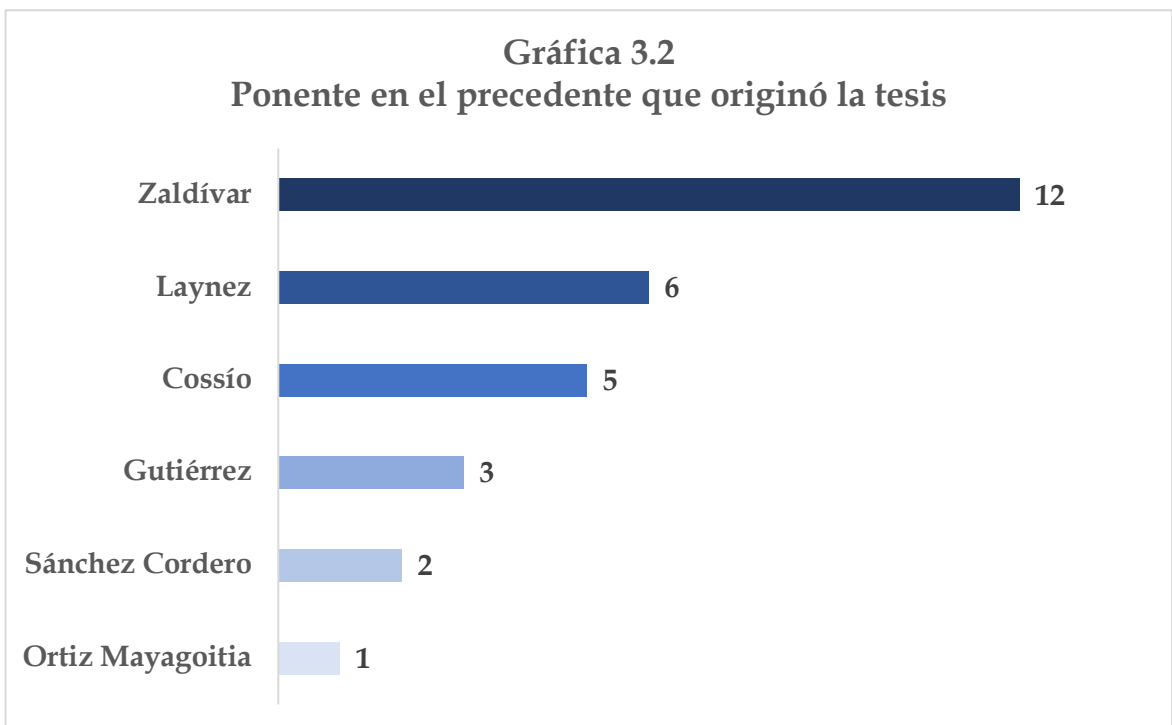
³⁶⁶ Véase, por ejemplo, los tiempos de “migración” del test de proporcionalidad, de acuerdo con Barak (2012, 182).

³⁶⁷ El escaso uso del test de proporcionalidad en el Pleno es mucho más entendible, puesto que buena parte de los asuntos que resuelve el Pleno son las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, vías procesales en las que no rige el sistema “tradicional” de jurisprudencia, sino un sistema de precedentes en los que, en principio, no se deberían elaborar “tesis”.

(12, el 41% del total). Le sigue el ministro Laynez (con 6), el único integrante de la Segunda Sala cuyas sentencias aparecen como precedentes de alguna tesis aislada o de jurisprudencia en la que se refiere expresamente al test de proporcionalidad. Finalmente, los ministros Cossío (5) y Gutiérrez (3) también han dictado sentencias que posteriormente han servido de base para tesis aisladas o de jurisprudencia.

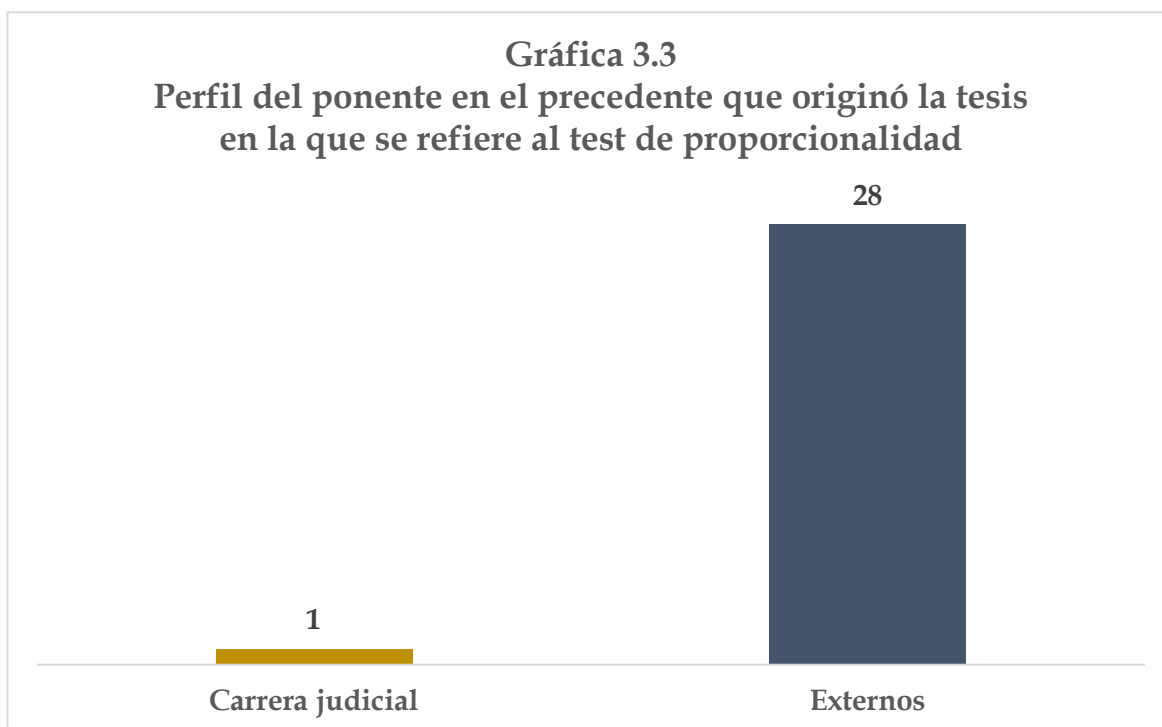


Fuente: elaboración propia



Fuente: elaboración propia

¿Qué tienen en común las ministras y los ministros con tesis que refieran al test? La Gráfica 3.3 ofrece una respuesta contundente: son integrantes de la SCJN que no provienen de la carrera judicial. De hecho, sólo hay una tesis en la que el precedente fue proyectado por la ponencia de un ministro de carrera judicial: la del ministro Ortiz Mayagoitia. Las ministras y los ministros de carrera son poco afines a esta metodología que, parece, ha permeado muy lentamente en la práctica judicial mexicana.



Fuente: elaboración propia

3.3 La mayoría de las tesis aisladas y de jurisprudencia que mencionan el test de proporcionalidad provienen de precedentes proyectados por un puñado de secretarías y secretarios de estudio y cuenta

La Gráfica 3.4 también evidencia otra dimensión de la falta de consolidación del test de proporcionalidad como metodología para las decisiones judiciales. La gráfica revela una realidad un tanto preocupante: la inmensa mayoría de las tesis aisladas y de jurisprudencia en las que se refiere al test de proporcionalidad provienen de un puñado de secretarías de estudio y cuenta: Arturo Bárcena Zubieta (11), Ana María Ibarra Olguín (9) y Jorge Jiménez Jiménez (8).³⁶⁸ Vistos de manera conjunta, estos datos sugieren que –al menos en los criterios relevantes recogidos por las tesis

³⁶⁸ El papel de las y los secretarías de estudios y cuenta ha sido escasamente estudiado en la literatura especializada. Quizá las más notables excepciones sean los trabajos de Bárcena Arévalo (2018) y de Cortez Salinas (2019).

aisladas y en las jurisprudencias – en la SCJN el uso del test de proporcionalidad es una cuestión de gusto y no de método.



Fuente: elaboración propia

3.4 El test de proporcionalidad no sólo se ha empleado para analizar intervenciones en derechos fundamentales, sino también la proporcionalidad de las penas, la proporcionalidad y equidad de los tributos y la proporcionalidad de las intervenciones en garantías institucionales

También es por demás significativo que la SCJN haya empleado diferentes variantes del test de proporcionalidad para resolver una enorme variedad de problemas jurídicos.

El test fue usado principalmente para analizar dos tipos de proporcionalidad que, como se ha mostrado el primer capítulo, tienen una estructura distinta a las colisiones entre derechos fundamentales: (i) la proporcionalidad de las penas, establecida en el artículo 22 constitucional, así como (ii) la proporcionalidad y equidad de las contribuciones en materia tributarias. Parece, por tanto, que SCJN comenzó a utilizar el test ahí donde la constitución empleaba expresamente la palabra “proporcionalidad” y “proporcional”, quizá sin reparar que se trata de un concepto claramente ambiguo o, para decirlo de otra forma, hay de proporcionalidades a proporcionalidades.

El problema, como ha quedado demostrado en el primer capítulo, es que el test de proporcionalidad es una metodología que sólo sirve para realizar análisis de costo-beneficio, esto es, cuando se busca minimizar una cantidad (como las afectaciones a principios constitucionales o derechos fundamentales) y maximizar otra (la realización de otros principios o derechos). Ni la proporcionalidad tributaria ni la penal siguen esta lógica. En estos casos, lo que se busca es una cosa distinta: que mientras una cantidad sube (como la capacidad contributiva, la gravedad de un hecho delictivo) otra también lo haga (el monto de impuestos a pagar o la severidad de pena).

Que la Suprema Corte no haya reparado en esa diferencia estructural entre los diferentes tipos de proporcionalidades es algo llamativo y que debería ser corregido. De lo contrario, se corre el riesgo de seguir decidiendo casos a partir de una metodología claramente inapropiada para los casos tributarios o penales, o bien, que el uso del test de proporcionalidad sea mucho más una estrategia retórica antes que una genuina metodología de adjudicación. En vista de lo anterior, creo que no es sorprendente que en la mayoría de las tesis fiscales y penales que se han analizado, aunque la Corte anuncia el uso del test, en los hechos se niega a aplicarlo. Aunque lo último quizá no sea del todo malo: si bien es una mala idea anunciar que se usará un automóvil para cruzar el Atlántico, es peor aún insistir en cruzarlo.

El problema de no entender los alcances de ciertas metodologías y de emplear herramientas que no son compatibles con ciertas finalidades, por desgracia, no es nuevo.³⁶⁹ Después de la revisión que he hecho de las tesis aisladas y jurisprudencias, da la impresión de que para las y los jueces constitucionales mexicanos es aplicable esa descripción que en su momento hizo Salazar Ugarte (2009, 57) de las y los magistrados electorales: “En ocasiones parece que están aprendiendo a utilizar [sus nuevas facultades] como lo haría un infante al que le regalan su primera caja de crayones: con fuerza, sin forma, en todas direcciones, en todas partes”.

Lo cierto es que nuestras juezas y jueces constitucionales no están solos. Como apuntan Newton y May (2014, 32), estamos frente a un fenómeno generalizado, en el que parece que los operadores del Derecho no reparan en los muchos tipos de proporcionalidades que existen. En sus palabras,

“las referencias cada vez más comunes [a la proporcionalidad] en disciplinas muy diferentes significan que existe una tendencia entre los oyentes desatentos a aceptar su invocación de manera acrítica. El término se utiliza con tanta frecuencia en el lenguaje moderno que las audiencias populares no discriminan entre las distintas vertientes de su uso correcto en cada campo en particular”.

Lo anterior, lejos de ser un consuelo, debería ser un llamado a corregir el rumbo y a continuar estudiando los usos y abusos de la proporcionalidad en México y el

³⁶⁹ Véanse, por ejemplo, los trabajos de Salazar Ugarte (2009), Díez Gargari (2012) y Martín Reyes (2012b).

mundo. En las conclusiones de este trabajo apunto algunas de las direcciones que podría seguir la investigación jurídica sobre respecto a esta cuestión.

3.5 La Corte ha empleado diversas variantes del test de proporcionalidad, que muchas veces se mezclan con elementos provenientes de otras metodologías no son del todo compatibles con el test

En este capítulo he mostrado que la SCJN no ha empleado una sola variante o modelo del test de proporcionalidad. Por el contrario, resulta justo decir que ha empleado una enorme gama de variantes: desde concepciones claramente alexianas o alemanas, hasta tests inspirados en los juicios de igualdad provenientes de la jurisprudencia española, pasando por otros que contienen elementos de los niveles de escrutinio estadounidenses y por tests híbridos cuya estructura y componentes en ocasiones son verdaderamente enigmáticos.

Es notable, por ejemplo, que desde un inicio la SCJN haya optado por entender que existen diferentes niveles de escrutinio, usualmente asociados a la jurisprudencia estadounidense. Pero lo cierto es que estos tests han sido producto de una clara tropicalización: lejos de seguir los escrutinios ordinario, intermedio y estricto de la Corte Suprema de Estados Unidos, la SCJN ha ensayado estructuras y componentes poco ortodoxos. Así, ha señalado que en ciertas materias, como la penal y la tributaria, debe realizarse un escrutinio laxo, aunque ha confeccionado para ello tests que combinan elementos tanto del juicio de igualdad como de test de proporcionalidad y que, en esa medida, están lejos de ser estructuralmente laxos— piénsese, simplemente, que en ocasiones esto tests incorporan un examen de necesidad o un examen de proporcionalidad en sentido estricto, algo impensable para el nivel más bajo de escrutinio estadounidense—.

La extraña mezcla entre el test de proporcionalidad y el test de igualdad es quizá una de las notas más distintivas de las tesis y jurisprudencias de la Corte mexicana. Aunque el juicio de igualdad tuvo un desarrollo previo e independiente de las tesis relacionadas con el test de proporcionalidad, con el paso del tiempo la SCJN comenzó a dictar sentencias en las que uno y otro test se van combinando, les encontró bases constitucionales comunes y llegó al extremo de crear híbridos que, como se ha apuntado, resultan poco claros y articulados. Es por demás significativo que incluso en el test que se usó para analizar la versión más alexiana del test —la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana— la Corte haya echado mano de elementos del test importados de la jurisprudencia estadounidense, como lo sería el análisis de sobre y subinclusión.

Tratándose de las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias, la variedad de los tests ha sido la regla y no la excepción. Pero sería un error pensar que esto es un fenómeno exclusivo de México. La doctrina comparada ha enfatizado el hecho de que se haya extendido el uso del test de proporcionalidad en diversos sistemas

jurídicos ello “no ha extinguido la diversidad transnacional en su uso”. De acuerdo con Stone Sweet y Mathews, “la proporcionalidad puede ser la *lingua franca* de la protección efectiva de los derechos, pero se habla con diferentes dialectos, a diferentes audiencias y con diferentes propósitos” (2019, 81). El caso mexicano muestra que esta diversidad no sólo se da entre diferentes sistemas, sino también al interior de las mismas jurisdicciones. La Corte mexicana, para decirlo pronto, habla, mezcla y confunde diferentes dialectos y propósitos; situación que, como se ha visto, genera no pocos problemas.

En este sentido, es importante señalar que la diversidad de metodologías no es por sí misma problemática. En principio, creo que no hay nada que impida que la Corte defina diferentes tests o reglas para resolver problemas distintos. El problema, como se ha visto, es que la Corte ha aplicado el test a materias para las que no es adecuado; ha ideado tests híbridos con componentes que no terminan de articularse; e incluso en las formulaciones más ortodoxas del test ha mostrado una notable variación en la forma en que concibe sus distintos elementos. Tenemos, para decirlo pronto, una variedad y falta de coherencia que ha impedido la consolidación del test como metodología de adjudicación constitucional.

3.6 La aplicación del test ha mostrado no pocos problemas argumentativos.

A lo anterior habría que añadir los notables problemas argumentativos en los que ha incurrido la SCJN al momento de aplicar el test de proporcionalidad. Quizá baste con decir que, incluso en aquellos casos en los que el test se usa para analizar intervenciones en derechos fundamentales, su aplicación suele ser más un instrumento retórico que una metodología de adjudicación que dote de cierta racionalidad a la solución de conflictos entre principios.

Como se ha visto, en muchas tesis existe una evidente falta de definición en las cosas más elementales del test. ¿Cómo se entiende y prueba la idoneidad? ¿Qué implica la necesidad? ¿Es un examen de intervención mínima, o un examen de la doble regla alexiana (que busca un óptimo de Pareto) o un examen de confección (de sobreinclusión)? ¿Cómo debe realizarse el examen de proporcionalidad en sentido estricto? ¿Es posible hacer ponderaciones entre dos o más derechos afectados o dos o más finalidades? Como ha quedado de manifiesto, las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias que se han analizado están lejos de brindar respuestas claras.³⁷⁰

³⁷⁰ De nuevo, no estamos frente a un fenómeno exclusivo del caso mexicano. Hace más de tres décadas, Aleinikoff (1987, 982) apuntaba lo siguiente sobre el uso de la ponderación (*balancing*) en Estados Unidos: “Lo que es sorprendente es cuán rudimentario parece que es el proceso. No se ha desarrollado un sistema de identificación, evaluación y comparación. El inventario de los intereses ha sido reducido en buena medida a un contraste entre los del individuo frente al estado; los pesos son afirmados, pero no justificados. Una teoría de interpretación creada para dar realismo al derecho y para limitar la subjetividad en la interpretación constitucional parece más y más manipulable”.

En ese sentido, parece que, al menos en el caso de las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias que se han analizado es difícil compartir la posición de Sánchez Gil (2017, XI) consistente en que la “jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [...] ha empleado [el test de proporcionalidad] cada vez con mayor precisión”. Al menos para el caso de las tesis aisladas y las jurisprudencias obligatorias del sistema tradicional, la falta de precisión, como se ha mostrado, es una de las notas en la argumentación de la SCJN.

En este sentido, parece que siguen vigentes muchas de las críticas que se han hecho al test de proporcionalidad en México. Hace caso una década, Díez Gargari (2012, 82), después de documentar las múltiples confusiones terminológicas y falta de rigor en que hasta ese momento habían incurrido ministras y ministros, concluyó que “la Corte está más preocupada por usar el principio de proporcionalidad como una herramienta discursiva que como un método riguroso para resolver cierto tipo de problemas”. Por desgracia, como se ha documentado, ese es el caso en buena parte de las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias que he analizado.

3.7 El test se ha utilizado más para realizar análisis en abstracto (*facial challenges*) que análisis en concreto o aplicados (*as-applied challenges*).

Aunque se trate de una cuestión metodológica y quizá poco discutida en la doctrina mexicana, comentar brevemente sobre el nivel de análisis que emplean las tesis aisladas y de jurisprudencia en los que ha referido al test de proporcionalidad. Es notable cómo la mayoría de las tesis se aplican para analizar la inconstitucionalidad de normas o medidas sin hacer referencia alguna a las circunstancias particulares del caso. De hecho, salvo en un caso, parece que la Corte realiza análisis que en la doctrina se entenderían como impugnaciones generales o faciales (*facial*) y no de aplicación (*as applied*) (R. Fallon 2000).

En esa medida, al menos en los términos en que están formuladas las tesis y jurisprudencias, es claro que la Corte mexicana está lejos de seguir el postulado alexiano consistente en que el resultado del test de proporcionalidad es una regla que tiene como supuesto de hecho las condiciones que hacen que un principio deba prevalecer sobre el otro. Salvo en el caso del artículo 1173 del Código de Comercio, parece que la Corte realizó un análisis general sobre la constitucionalidad de las medidas, y no sólo de un conjunto limitado de supuestos.

Lo anterior contrasta notablemente con aquellas posiciones de la doctrina que insisten en que el test de proporcionalidad es marcadamente casuístico, y que no es posible hacer ponderaciones en “abstracto”, pues el peso de los principios siempre depende de las muy particulares circunstancias de cada caso. Ahondar en esta discusión excede con creces los objetivos de esta investigación, pero creo que

estamos frente a una cuestión que debería ser analizada con mayor detalle en trabajos posteriores.

3.8 Las tesis aisladas y de jurisprudencia no sólo se refieren a cuestiones interpretativas, sino también a problemas probatorios y de metodología

Finalmente, y de nuevo en temas más técnicos, resulta interesante la manera en que la SCJN echa mano de este sistema (tradicional) de precedentes. La Corte no sólo ha fijado criterios relevantes sobre la interpretación de ciertas disposiciones, como típicamente sucede en el derecho comparado, sino que también se usa para fijar criterios orientadores y obligatorios sobre la *metodología* que habrá de emplearse para realizar dicha interpretación, y aún frente a criterios que se refieren a cuestiones fácticas. De nuevo, creo que estos hallazgos son una invitación a seguir explorando la no siempre pacífica relación entre el sistema de jurisprudencia y precedentes, por un lado, y las metodologías de adjudicación, por el otro.

**Capítulo IV. Mucha cita y no tanta
práctica: la aplicación del test de
proporcionalidad en las resoluciones de
la Suprema Corte de Justicia de la
Nación**

1 A manera de introducción

El test de proporcionalidad es una metodología ampliamente celebrada por la doctrina mexicana y, por fortuna, son cada vez más los trabajos doctrinales y dogmáticos que analizan su uso por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). La mayoría de los trabajos, sin embargo, han estudiado la aplicación del test de proporcionalidad en sentencias específicas, en un número reducido de ellas, o bien, ha estudiado su aplicación en áreas temáticas o sustantivas específicas. A diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, estamos lejos de tener un panorama cuantitativo sobre la forma en que se aplica el test de proporcionalidad en México.

En ese sentido, el capítulo anterior cubre un vacío en la literatura especializada al presentar un análisis sistemático, de corte argumentativo, sobre todas las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias en las que la Corte empleó el concepto de “test de proporcionalidad”. Ello implicó la revisión de un total de 29 tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias, aprobadas por la Primera Sala (22), la Segunda Sala (6) y el Pleno (1) de la Corte. Los hallazgos del capítulo son relevantes, pero es importante subrayar los alcances y limitaciones de este tipo de análisis.

No obstante, también es cierto que el análisis de las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias no permite tener un panorama general sobre su uso en la jurisprudencia constitucional de la Corte. A final de cuentas, es la propia Corte la que determina cuándo publicar (o no) un criterio relevante, por lo que no todas las sentencias que aplican el test de proporcionalidad necesariamente se ven reflejadas en alguna tesis aislada o jurisprudencia obligatoria.

El presente capítulo pretende extender aún más el análisis sistemático de la forma en que se ha aplicado en test de proporcionalidad por parte de la Corte y que ayuda a cubrir otro vacío en la literatura especializada.³⁷¹ Aquí ya no me concentraré exclusivamente en las tesis aisladas y en las jurisprudencias obligatorias de la SCJN, sino que presenté un análisis, de corte cuantitativo, que abarca todas las sentencias de la Corte en las que se ha hecho mención expresa al “test de proporcionalidad” entre 1995 y 2019.³⁷²

³⁷¹ Por fortuna, los estudios que incorporan análisis cuantitativos sobre la judicatura mexicana son cada vez más frecuentes. Véanse, por mencionar algunos ejemplos notables, los trabajos de Ríos-Figueroa (2007), Magaloni Kerpel e Ibarra Olguín (2008), Bustillos (2009), López Ayllón y Valladares (2009), Domingo (2000), Elizondo Mayer-Serra y Magaloni Kerpel (2010), Magaloni, Sánchez y Magar (2011), Martín Reyes (2012a), Martín Reyes (2012c), Saavedra Herrera (2013), Cortez Salinas (2014a), Cortez Salinas (2014b), Díaz Domínguez (2016), Ríos-Figueroa (2016), Pou (2017), Pozas-Loyo y Ríos Figueroa (2018), Cortez Salinas (2019), Saavedra Herrera (2020) y Cortez Salinas y Saavedra Herrera (2021).

³⁷² Un estudio de estas dimensiones, inexistente en la literatura especializada, hubiese sido imposible sin el apoyo de Sergio López Ayllón, quien generosamente aportó los recursos necesarios para la confección de la base de datos que se analiza en este capítulo. En particular, agradezco a Elizabeth Vázquez por su labor como asistente de investigación en dicha tarea.

Como se puede ver, en la tabla 4.1 la base de datos que utilizo para mi análisis es comparable tanto en número de sentencias como en periodo estudiado respecto de otros trabajos empíricos que recientemente han analizado la aplicación del test de proporcionalidad en tribunales constitucionales y cortes supremas.

Tabla 4.1
Estudios empíricos de la aplicación del test de proporcionalidad en tribunales constitucionales y cortes supremas

Tribunal constitucional o suprema corte	Núm. casos	Periodo	Fuente
Tribunal Constitucional Federal (Alemania)	114	2000-2017 (18 años)	Lang (2020)
Corte Suprema de Canadá	120	1986-2017 (31 años)	Hardcastle (2020).
Tribunal Constitucional de Chile	118	2006-2013 (8 años)	Covarrubias Cuevas (2014)
Corte Suprema de la India	98	2004-2016 (13 años)	Chandra (2020)
Corte Suprema de Israel	161	2006-2015 (10 años)	Steiner (2020)
Tribunal Constitucional (Polonia)	100	2010-2015 (4.5 años)	Śledzińska-Simon (2020)
Corte Constitucional de Sudáfrica	101	1995-2017 (22 años)	Stacey (2020)
Suprema Corte de Justicia la Nación (México)	101	1995-2018 (24 años)	Martín Reyes (2021)

Fuente: Kremnitzer, Steiner y Lang (2020) y añadida con la información de Covarrubias Cuevas (2014).

Lo que aquí se presenta es, siguiendo la lógica de otros trabajos, un análisis cuantitativo, de tipo exploratorio, sobre aplicación del test a partir de algunas variables relevantes: la frecuencia con que se utiliza el test, la manera en que su aplicación ha evolucionado con el paso de los años, las vías en las que se emplea, los órganos de la SCJN que lo aplican, así como los ponentes y secretarios encargados de redactar los proyectos en los que esta metodología aparece. Presento, además, el análisis de algunas emblemáticas, que ilustran los múltiples (pero también confusos) usos que la SCJN le ha dado a test.

Como se verá, los resultados de este análisis confirman algunas de las principales tendencias identificadas en el capítulo previo, pero ciertamente ofrecen un panorama mucho más amplio (e interesante) sobre su aplicación.

2 Análisis empírico y cuantitativo

2.1 Entre la retórica y la práctica: los usos del “test de proporcionalidad”

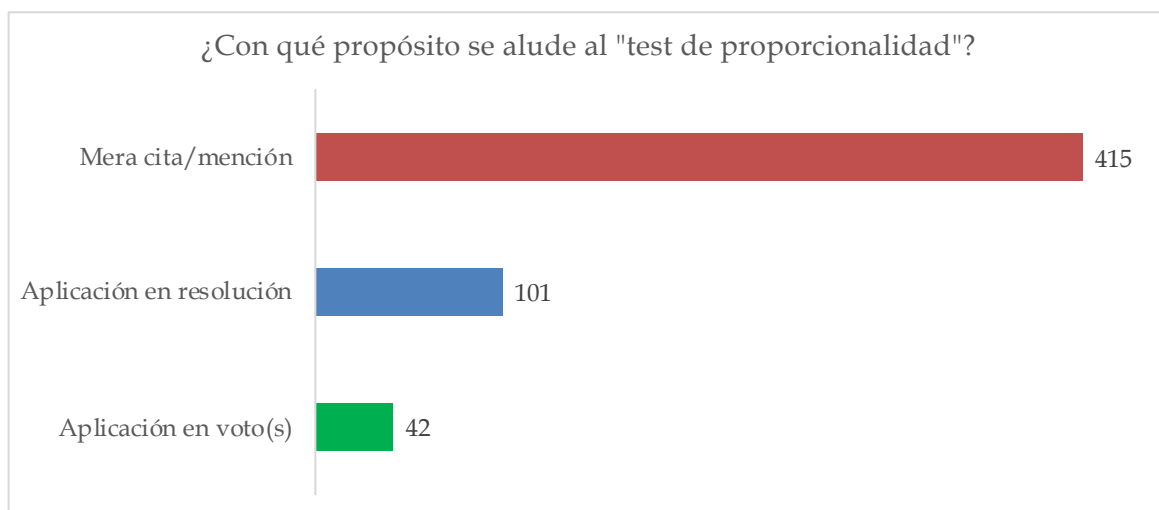
Quizá la primera interrogante práctica que surge cuando se habla del uso del test de proporcionalidad sea sobre la frecuencia con que la SCJN emplea dicho concepto. Y la respuesta parece ser doble: alta (en términos absolutos) y baja (en términos relativos). En total, son 558 resoluciones de la SCJN en las que es posible localizar el concepto “test de proporcionalidad”.

Más importante aún que este dato concreto es la cuestión relativa a los propósitos o función que desempeña el concepto en dichas resoluciones. Quizá sobra decirlo, pero que una resolución contenga el concepto “test de proporcionalidad” no implica necesariamente que la SCJN aplique esta metodología para analizar la validez de una medida. Existen casos en los que la SCJN simplemente menciona el “test de proporcionalidad” o donde cita alguna de las jurisprudencias del tema, pero en donde no se utiliza como metodología de adjudicación para resolver el caso en cuestión.

Lo anterior sucede, por ejemplo, cuando el test se menciona en apartados previos al estudio de fondo en los antecedentes, cuando se sintetizan o transcriben los argumentos de las partes, o cuando al SCJN reproduce o sintetiza lo dicho por las instancias previas. Asimismo, en ocasiones se citan o transcriben jurisprudencias o tesis que refieren al test de proporcionalidad, con propósitos distintos al análisis de la validez de una medida. En todos los casos anteriormente referidos, no vale hablar de una “aplicación” del test de proporcionalidad, sino simplemente como de su “cita” o “mención” en las resoluciones. Por último, también conviene señalar que la referencia o aplicación al test de proporcionalidad puede estar contenida o no en la resolución (aprobada por la mayoría del órgano en cuestión), sino en alguno de los votos particulares o concurrentes de los integrantes de la SCJN.

Tomando en consideración lo anterior, la gráfica 4.1 presenta una primera clasificación de ese universo inicial de 558 resoluciones para contestar a la siguiente pregunta: ¿con qué frecuencia se aplica el test y con qué frecuencia simplemente se cita o se menciona? La gráfica 1 muestra que en la mayor parte de las sentencias (415) el test de proporcionalidad simplemente se cita o menciona. Asimismo, en 42 de los casos la referencia al test de proporcionalidad se encuentra contenida en alguno de los votos de los integrantes de la SCJN (no en la resolución aprobada por la mayoría).

Gráfica 4.1



Fuente: elaboración propia.

Lo anterior implica que el test de proporcionalidad en realidad fue aplicado en 101 casos, esto es, el 18.1% de las sentencias que hacen mención explícita a “test de proporcionalidad”. De nueva cuenta, se trata de una cantidad no menor en términos absolutos, pero que claramente no representa un porcentaje alto del total de resoluciones que ha dictado la SCJN en el periodo comprendido entre 1995 y 2018.

Este universo de 101 sentencias es el que resulta más relevante para los propósitos de este trabajo. A final de cuentas, lo que me interesa es saber cómo realmente ha usado la SCJN el test de proporcionalidad para resolver las cuestiones que son sometidas a su conocimiento. Por ello, los resultados que se presentan a continuación –salvo indicación en contrario– se refieren al conjunto de casos en los que la Corte efectivamente aplicó el test de proporcionalidad.

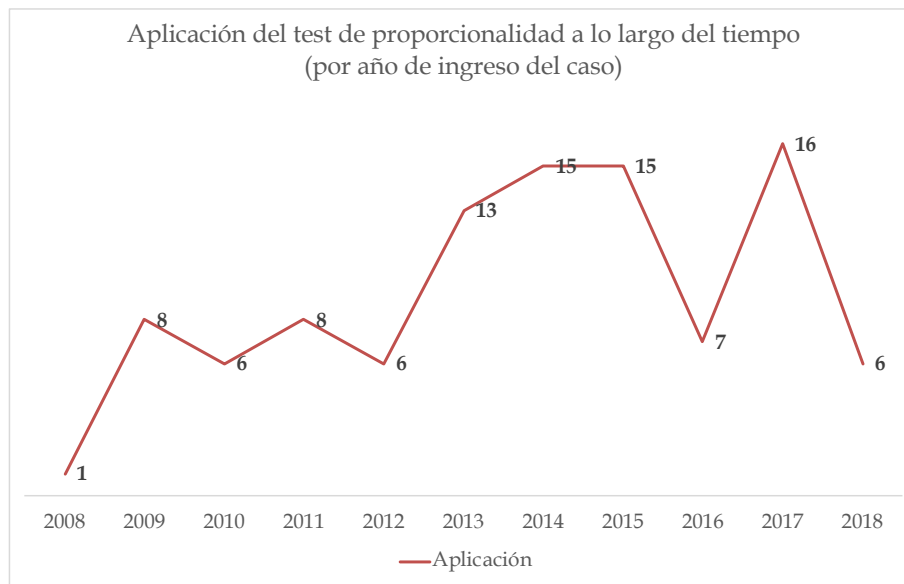
2.2 De la aparición tardía al uso regular: los tiempos del test de proporcionalidad

La siguiente cuestión que conviene abordar está relacionada los tiempos del test de proporcionalidad. Dicho de otro modo, ¿a partir de qué momento aparece el test de proporcionalidad en las sentencias de la SCJN? ¿Cómo ha evolucionado a lo largo del tiempo? La Gráfica 4.2 muestra cómo ha evolucionado la aplicación del test de proporcionalidad a lo largo del tiempo³⁷³. Como puede apreciarse, el primer asunto ingresado a la SCJN en el que se aplicó el test de proporcionalidad fue en el año 2008, en la acción de inconstitucionalidad 69/2008.³⁷⁴

³⁷³ El año se refiere a la fecha en que el asunto ingresó a la SCJN.

³⁷⁴ La acción de inconstitucionalidad fue promovida por Convergencia, partido político nacional. Fue ponente el ministro Góngora Pimentel. Fungieron como secretarios Makawi Staines Díaz, Marat Paredes Montiel y José María Soberanez Díez. El resolutivo tercero, en la que se declaró la invalidez del artículo 120, fracción VIII, del código electoral local, se aprobó “por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Azuela

Gráfica 4.2



Fuente: elaboración propia.

Conviene detenerse en ese primer precedente. Lo primero que habría que decir es que la argumentación de la sentencia es por demás confusa, lo cual no debería sorprender demasiado, pues se trata de uno de los primeros casos en los que la SCJN echó mano de esta metodología. En ese caso, se impugnó la modificación que sufrió la fracción VIII del artículo 120 del Código Electoral de Veracruz entonces vigente, mismo que establecía lo siguiente:

“No podrá ser Consejero Electoral quien: [...] Sea servidor público del Estado, de la Federación o de los municipios, en ejercicio de autoridad, a menos que se haya separado de su encargo noventa días naturales antes a su designación. Se exceptúa de esta disposición a quienes desempeñen empleos, cargos o comisiones en los organismos autónomos del Estado”.

Específicamente, en ese momento el partido Convergencia cuestionó que a partir de dicha reforma se estableció que las personas que desempeñaran un cargo o comisión en los “organismos autónomos” no contarían con la limitación para desempeñarse como consejeros electorales locales, a diferencia de lo que sucede con otros servidores públicos federales, estatales o municipales. Alegó, en ese sentido, que la excepción introducida era injustificada y violaba los principios constitucionales de independencia e imparcialidad en la función electoral.

Pues bien, el Pleno de la SCJN estableció que para resolver a este planteamiento era “menester acudir a un test de proporcionalidad” para determinar “si la *distinción*

Güitrón, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia; los señores Ministros Aguirre Anguiano y Cossío Díaz la manifestaron en contra y por el reconocimiento de validez de la norma impugnada; y el último de los señores Ministros mencionados reservó su derecho para formular voto particular”.

establecida [entre los funcionarios de organismos autónomos y el resto de los servidores públicos] es constitucional o no". La metodología empleada en la sentencia puede resumirse de la siguiente forma:

- (1) La sentencia señaló que lo primero que debe determinarse es si "si se trata de sujetos iguales", cuestión a la que inmediatamente después respondió en sentido afirmativo, "en tanto que [...] tienen la calidad de servidores públicos que se desempeñan en órganos que realizan funciones estatales".
- (2) En segundo lugar, la sentencia procedió a determinar "si la distinción obedece a un fin constitucionalmente válido". Para ello, acudió a la exposición de motivos de la iniciativa de reforma, en la cual se señaló que la excepción se encontraba justificada, en la medida en que "la autonomía que se busca en los órganos electorales[] es respecto de los partidos políticos y de los otros poderes públicos, por lo que no debe incluirse en la prohibición a los organismos autónomos del estado". Al respecto, el Pleno consideró que la justificación "no resulta razonable, ya que se trata de un argumento que parte de una premisa errónea, consistente en que los organismos autónomos no son poderes públicos, [...] puesto que, si bien no entran en la división tradicional, sí son parte del Estado y desempeñan una función específica y central para éste".
- (3) Finalmente, a partir de lo anterior, el Pleno concluyó que la distinción "no es justificada, por lo que genera una situación discriminatoria, lo que vulnera el artículo 35, fracción de la Constitución Federal".

Se trata, como puede verse, de una metodología que no se corresponde con el planteamiento del partido accionante. Esto es así pues el Pleno analiza una posible violación a los principios de independencia e imparcialidad como si se tratara de un planteamiento de igualdad y discriminación. Peor aún, la sentencia concluye afirmando que este trato "discriminatorio" en realidad lo que termina produciendo es una afectación al derecho de ser votado (contemplado en la fracción II del artículo 35 constitucional).

El primer asunto ingresado a la SCJN en el que se aplicó el test de proporcionalidad ilustra uno de los problemas que más adelante adquiriría un carácter estructural: la recurrente mezcla y confusión entre planteamientos de igualdad con planteamientos relacionados con la intervención en derechos fundamentales. Jurisprudencia que crece torcida, jamás su argumentación endereza.

Pues bien, después de ese primer precedente, como puede apreciarse en la misma gráfica 4.2, la aplicación del test de proporcionalidad se ha mantenido relativamente estable. Si consideran los asuntos recibidos entre 2009 y 2012, se verá que la

aplicación del test se realizó entre 6 y 8 sentencias por año. Posteriormente, para los recibidos entre 2013 y 2018 la aplicación aumentó: el máximo fue 16 y, el mínimo 6.

Los datos muestran dos cosas. Por una parte, es claro que el test de proporcionalidad es una metodología que se usa con cierta regularidad en la SCJN. Por la otra, también es cierto que no es posible hablar de una “explosión” en su uso, ni mucho menos de una “marcha triunfal” dentro de la jurisprudencia constitucional mexicana, como en ocasiones se ha llegado a sugerir en la literatura especializada.

Por el contrario, los datos aquí presentados parecen confirmar una tendencia que se ha presentado en otras jurisdicciones. Aunque la doctrina suele hablar y citar con frecuencia las decisiones en las que se aplica el test de proporcionalidad, su uso es mucho menos frecuente de lo que podría pensarse. Por ejemplo, García Amado (2017, 81) ha sostenido que “[e]s falso que los tribunales constitucionales, como el español o el alemán, suelen resolver mediante ponderación la mayoría de los casos iusfundamentales, incluso los casos de conflictos de derechos fundamentales”.

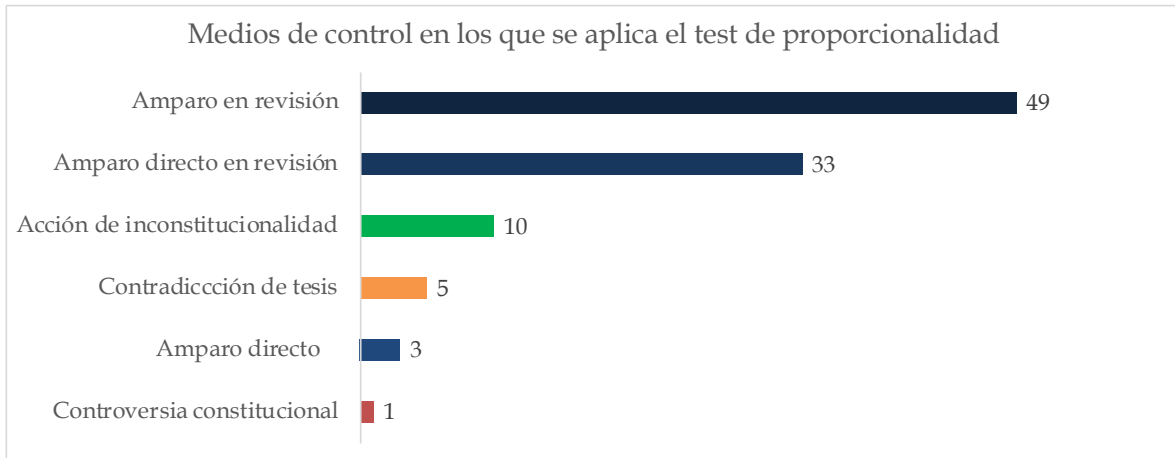
2.3 En lo concreto y en lo abstracto: las vías en que se emplea el test de proporcionalidad

La gráfica 4.3 muestra las vías en las que se ha aplicado el test de proporcionalidad. No es sorprendente que sean los medios de control concreto de constitucionalidad amparo en revisión (AR), amparo directo en revisión (ADR) y el amparo directo (AD) los medios de control en los que se emplea con mayor frecuencia el test de proporcionalidad. Esto es así, pues como se ha referido, la doctrina tradicionalmente ha entendido que el test de proporcionalidad es una metodología que permite analizar si, en un *caso concreto*, una intervención a un derecho fundamental se encuentra o no justificada.

Pero los resultados refuerzan uno de los hallazgos del capítulo precedente: el test de proporcionalidad también ha sido aplicado en el control abstracto de constitucionalidad. Específicamente, hay 10 sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad que emplean el test.

Esto no debería ser particularmente sorprendente, sobre si ampliamos la mirada y consideramos trabajos que van más allá de las visiones más tradicionales u ortodoxas del test de proporcionalidad. Como se ha mostrado a lo largo de este trabajo, no hay nada en la estructura del test de proporcionalidad que impida aplicarlo para analizar la incidencia general (tanto positiva como negativa) que una medida (sobre todo legislativa) puede tener ya no sólo en los derechos fundamentales de una persona, sino en el conjunto de los destinatarios de la medida. Más adelante habrá oportunidad de analizar algunos casos concretos que dan cuenta puntual de esto.

Gráfica 4.3



Fuente: elaboración propia.

Y algo similar puede decirse del uso del test en la contradicciones de tesis (5 resoluciones): aunque típicamente esta vía sirve exclusivamente para resolver cuestiones normativas – esto es, cuál de los criterios interpretativos sostenidos por distintos tribunales colegiados de circuito debe prevalecer – lo cierto es que la lógica de las acciones de inconstitucionalidad aplica: en la medida en que el test puede usarse para analizar los efectos generales de una medida, la aplicación del test resulta posible.

Como se vio en el capítulo pasado, la SCJN emitió la jurisprudencia P./J. 41/2014 (10a.) a partir de lo resuelto en la contradicción de tesis 366/2013,³⁷⁵ en la cual, después de aplicar un (errático) test de proporcionalidad, la SCJN determinó la validez del plazo de 8 años que estableció la “nueva Ley de Amparo a fin de presentar amparos directos en contra de sentencias condenatorias que imponen penas de prisión y que fueron dictadas antes del 3 de abril de 2013”. Pues bien, la revisión de la totalidad de las sentencias dictadas por la SCJN muestra el test de proporcionalidad se ha aplicado en al menos otras cuatro contradicciones de tesis.

³⁷⁵ Véase la tesis de jurisprudencia P./J. 41/2014 (10a.), aprobada por el Tribunal Pleno, el 26 de mayo de 2014, con el número de registro 2006585, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, tomo I, pág. 7, junio de 2014, con el rubro “AMPARO DIRECTO CONTRA SENTENCIAS CONDENATORIAS QUE IMPONEN PENA DE PRISIÓN DICTADAS ANTES DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE. EL CÓMPUTO DEL PLAZO DE OCHO AÑOS PARA PROMOVERLO A PARTIR DE ESA FECHA NO VIOLA EL DERECHO HUMANO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE)”. El criterio fue producto de la resolución de la contradicción de tesis 366/2013, dictada el 29 de abril de 2014, por mayoría de ocho votos del plazo contemplado en el artículo 17, fracción II, de la Ley de Amparo, de los ministros Luna (en contra de las consideraciones), Franco (en contra de las consideraciones), Pardo (con salvedades), Aguilar, Valls, Sánchez (ponente), Pérez y Silva (con salvedades); votaron en contra de la constitucionalidad de dicho plazo los ministros Gutiérrez Cossío y Zaldívar. Fungió como secretaria Rosalía Argumosa López.

Lo que sí resulta mucho más interesante es el hecho de que el test de proporcionalidad incluso se haya utilizado en al menos una controversia constitucional. Ello es así, pues tradicionalmente se ha entendido que las controversias son vías para que los órganos con base constitucional puedan defender su esfera competencial (y no una vía para analizar posibles intervenciones en derechos fundamentales).³⁷⁶

Conviene, por tanto, detenerse en este (hasta ahora) único precedente. Se trata de la controversia constitucional 179/2017, resuelta por el Pleno de la SCJN.³⁷⁷ En ese caso, la Corte analizó la restricción contenida en el artículo 99, párrafo cuatro, de la constitución local de Chihuahua vigente en ese momento, mismo que señalaba lo siguiente:

“Las y los Magistrados y Consejeros de la Judicatura designados por el Tribunal Superior de Justicia no podrán, durante el tiempo que gocen de un haber de retiro, actuar como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante los órganos del Poder Judicial del Estado”.

El razonamiento empleado por el Pleno para analizar la constitucionalidad de la medida puede resumirse de la siguiente forma:

- (1) La medida, de acuerdo con el Pleno, tenía como finalidad “garantizar la independencia judicial de los magistrados en funciones, eliminando la posibilidad de que los magistrados o consejeros en retiro puedan presionar a los magistrados en funciones o a antiguos subordinados”. Para llegar a esta conclusión, el Pleno echó mano del proceso legislativo de la reforma al artículo mencionado.

³⁷⁶ Es importante señalar que el análisis realizado por la SCJN en este asunto no fue para resolver una cuestión competencial propiamente dicha, sino para analizar una posible violación de una garantía institucional. Como explica Rubio Llorente, las garantías institucionales son “aquellas normas que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones en favor de los individuos, pero cuya erosión sí viciaría de inconstitucionalidad cualquier ley [...]. Estas normas fijan límites a la acción del legislador, pero no engendran derechos subjetivos y hasta pueden limitarlos” (1997, 56).

³⁷⁷ La sentencia fue dictada el 9 de abril de 2019. El ministro Arturo Zaldívar fue ponente. Fungió como secretario Roberto Niembro. El resolutivo tercero, en el cual se declaró la invalidez del artículo 99, párrafo cuarto, de la constitución local de Chihuahua, fue por demás caótica: “Se aprobó por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos apartándose de las consideraciones, Franco González Salas apartándose de las consideraciones, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo apartándose de algunas consideraciones, Piña Hernández, Medina Mora I. apartándose de algunas consideraciones, Pérez Dayán con precisiones en cuanto a los efectos y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando séptimo, relativo al estudio de fondo, en su tema 1, denominado ‘Restricción para que los magistrados y consejeros de la judicatura, durante el tiempo que gocen de un haber de retiro, actúen como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante los órganos del Poder Judicial del Estado’, consistente en declarar la invalidez del artículo 99, cuarto párrafo, de la Constitución Política del Estado de Chihuahua. Los señores Ministros Cossío Díaz y Laynez Potisek votaron en contra y anunciaron sendos votos particulares. El señor Ministro Presidente Aguilar Morales reservó su derecho de formular voto concurrente”.

- (2) No obstante, el Pleno estimó que la medida no es idónea ya que “no existe una relación de medio a fin”, toda vez que “la posibilidad de influir en los magistrados en funciones o en antiguos subordinados depende de otros factores (v. gr. la relación que se tenga) y no del tiempo en que se goce de un haber de retiro”. Debido a lo anterior, el Pleno concluyó que “si la prohibición tiene como fin evitar influencias indebidas en los magistrados en funciones o en antiguos subordinados, el plazo de la prohibición debe estar vinculado con esta posibilidad de influir indebidamente”.
- (3) Sigue la sentencia: el que la medida no sea idónea “se hace más evidente” ya que la medida “genera un trato desigual no justificado” entre “los magistrados que se jubilaron con anterioridad” a la ley orgánica del 29 de octubre de 2014 y “los que se jubilaron con posterioridad”. Esto es así, de acuerdo con el Pleno, ya que los primeros “el haber de retiro es vitalicio mientras que para los segundos es por siete años”. Esta distinción, de acuerdo con el Pleno, no se justifica “en alguna razón que distinga la influencia que los magistrados puedan tener sobre los magistrados en funciones o sobre antiguos magistrados”.
- (4) De manera adicional –o, “a mayor abundamiento”, como dice la sentencia– el Pleno estimó que la medida tampoco cumple con el principio de necesidad, ya que “no es la medida menos restrictiva para el fin buscado”. Ello es así, según el Pleno, ya que “el artículo 29 de la [L]ey [vigente] [...] establece un plazo de siete años en lo que se goza del haber de retiro, mientras que el artículo 25 de la [L]ey [...] abrogada prevé una jubilación vitalicia”. Por tanto, “la prohibición para ejercer por siete años o de manera vitalicia como patrono, abogado o representante en el Poder Judicial estatal, no es la medida menos restrictiva para el fin buscado”.
- (5) Finalmente, y en otro “a mayor abundamiento”, el Pleno concluyó que la medida tampoco es proporcional en sentido estricto, ya que “el beneficio que se obtiene para la independencia de los magistrados en funciones, no justifica un perjuicio desmedido de la libertad de trabajo de los que se desempeñaron como magistrados y magistradas o consejeros y consejeras”.

Se trata, como puede verse, de un test por demás problemático. En primer lugar, la sentencia presenta versión peculiar del principio de idoneidad. En vez de preguntarse si la prohibición sirve en alguna medida para garantizar la independencia judicial en algún grado, el Pleno se pregunta si la posibilidad de ejercer una influencia indebida “depende de otros factores”. Lo que la SCJN no justifica es por qué el impedimento para fungir como patronos, abogados o

representantes no es útil (en ningún grado) para evitar presiones sobre magistrados en funciones o antiguos subordinados. La efectividad de un principio constitucional, como es obvio, puede depender de una enorme cantidad de factores. Pero una medida no deja de ser idónea simplemente porque no considere todos los factores relevantes. Como se ha visto, basta con que sirva en algún grado para alcanzar la medida.

Es igualmente problemático el segundo argumento que se da para la falta de idoneidad, toda vez que la existencia de un posible “trato de desigual no justificado” en todo caso sería útil para realizar un test de igualdad, para así analizar el diferente tratamiento entre antiguos y nuevos magistrados en términos de la duración de su haber de retiro (y en consecuencia de la restricción). Pero, ciertamente, para la existencia de un trato desigual no resulta útil analizar si la medida (la prohibición de fungir con diversas calidades) es efectiva o no para garantizar la independencia judicial (o, dicho de otro modo, para analizar si la medida es o no idónea). Además de confundir igualdad y proporcionalidad, en esta etapa la corte termina por cambiar la medida bajo análisis: ya no se estudia la afectación al principio constitucional, sino el trato desigual.

Del análisis de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto poco puede decirse, pues la argumentación es extremadamente escueta. El test adopta la versión del principio de necesidad (que no exista una medida “menos estricta”) que no es compatible con el test de proporcionalidad, como se ha mostrado en capítulos precedentes.³⁷⁸ Y, adicionalmente, ni siquiera queda claro por qué la restricción vitalicia o de 7 años no cumple con ese parámetro.

Finalmente, en el análisis de proporcionalidad simplemente se afirma – pero jamás se justifica – que la afectación al derecho (la libertad de trabajo) es “desmedido” y mayor que las ganancias en términos de “independencia”. Y es, además, un argumento abiertamente contradictorio, pues si el Pleno ya había determinado que la restricción no era efectiva para garantizar la independencia judicial, entonces las ganancias en términos de independencia son inexistentes (por lo que la ponderación es un sinsentido).

Lo que tenemos, en suma, es un test de proporcionalidad que confunde la afectación a un principio constitucional (la independencia judicial) con la existencia de un trato diferenciado; que mezcla los elementos del test de proporcionalidad con los del test de igualdad; que presenta una versión extremadamente exigente del examen de idoneidad; que utiliza una concepción del examen de necesidad que resulta incompatible con la optimización que busca el test de proporcionalidad; y que

³⁷⁸ Sintetizo aquí de nuevo el argumento: el examen de necesidad requiere de la aplicación de la doble regla alexiana. La medida alternativa debe (i) ser menos restrictiva y (ii) igual o más idónea que la medida bajo estudio. Si se prescinde de la segunda regla (ii), entonces el test no sirve para optimizar la realización de los derechos.

afirma, pero que nunca justifica, los pesos que otorga a cada principio en la proporcionalidad en sentido estricto. Se trata, para decirlo pronto, una aplicación confusa, errática y mal justificada del test de proporcionalidad.

Deficiencias argumentativas aparte, este otro claro ejemplo que muestra cómo la SCJN no tiene problema alguno en aplicar el test de proporcionalidad realizando un análisis general y no casuístico de la medida controvertida. Como puede verse, en este tipo de casos la Corte no analiza una afectación *concreta*, esto es, a un individuo o grupo de individuos en particular, sino que evalúa, en términos *generales*, cómo es que la medida afecta a *todos* los magistrados y consejeros locales, así como los beneficios que la medida potencialmente genera a la independencia judicial *en el agregado*.

Hasta antes de la reforma judicial de 2021, la cuestión sobre si las controversias constitucionales son una vía para analizar restricciones a derechos fundamentales (o garantías institucionales, para el caso concreto) era un tema por demás polémico, pero que escapa a los propósitos de este trabajo.³⁷⁹ Sirva lo aquí desarrollado simplemente para enfatizar un punto nada trivial: el test de proporcionalidad ha permeado en la SCJN incluso en vías en las que parecería imposible su aplicación.

2.4 Más de la Primera que de la Segunda: los órganos que aplican el test de proporcionalidad.

Ahora bien, conviene abordar una cuestión de la mayor relevancia: los órganos de la SCJN que aplican el test de proporcionalidad. Como se ha mencionado en capítulos anteriores, una de las preguntas que guía a este trabajo es la relativa al test de proporcionalidad que se ha consolidado como una metodología de adjudicación en la SCJN. Es por ello por lo que resulta imprescindible ver si su aplicación se encuentra extendida entre los órganos de la Corte, especialmente en la Primera y Segunda Salas, pues éstas son las encargadas de resolver las vías en las que resultaría ver su aplicación. En efecto, tradicionalmente se ha considerado que es en las vías de control concreto de constitucionalidad para la protección de derechos fundamentales – que en México ocurre principalmente a través del amparo – que la aplicación del test de proporcionalidad resultaría más sencilla.

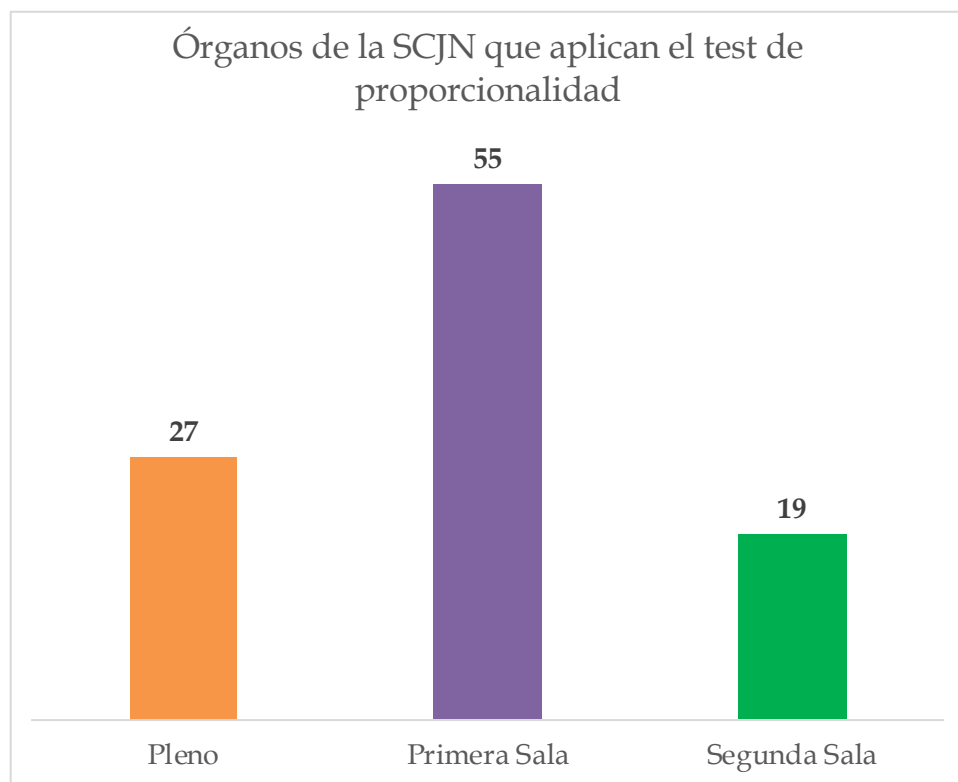
Si el test de proporcionalidad es una metodología que se ha consolidado, podríamos esperar que su aplicación se dé en ambas salas de la SCJN. La Primera Sala, como se sabe, suele resolver los asuntos relacionados en materias civil y penal, mientras que la Segunda Sala atiende controversias relacionadas con las materias administrativa

³⁷⁹ La polémica, sin embargo, ha quedado resuelta con la nueva redacción del artículo 105, fracción I, de la Constitución, que a partir de la reforma del 11 de marzo de 2021 contempla expresamente la referida posibilidad: “En las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones a esta Constitución, así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Énfasis añadido.

y laboral. Como resulta evidente, en cada una de estas materias es posible que se presenten litigios en los que se analiza la validez de las intervenciones que inciden en algún derecho fundamental.

Dicho lo anterior, conviene analizar la frecuencia con que una y otra sala aplican el test de proporcionalidad en sus resoluciones. La gráfica 4.4 muestra que el test de proporcionalidad es, ante todo, una metodología que ha sido empleada por la Primera Sala de la SCJN para resolver los casos de su competencia. No es menor que 55 de los 101 casos de aplicación (esto es, el 54.5% del total) correspondan a sentencias de la Primera Sala, mientras que en la Segunda Sala apenas se ha aplicado en 19 ocasiones (18.8%). El Pleno, por último, tiene la nada despreciable cantidad de 27 aplicaciones (26.7%).

Gráfica 4.4



Fuente: elaboración propia.

¿Qué dicen estos datos? Pues bien, que en principio parecería sumamente complicado hablar de una consolidación del test de proporcionalidad. Por cada tres sentencias en las que la Primera Sala aplica el test de proporcionalidad, la Segunda Sala apenas dicta una. Esta falta de consolidación resultará más evidente aún en los apartados subsecuentes, como se proceda a realizar el análisis por ponente, pero desde ya es claro que estamos lejos de tener una aplicación homogénea del test.

Ahora bien, conviene hacer un análisis aún más detallado y analizar las vías en las que los diferentes órganos aplican en test de proporcionalidad. La tabla 4.2 presenta un desglose de las aplicaciones del test de proporcionalidad por órgano y vía. Como puede verse, el Pleno ha aplicado el test en 10 acciones de inconstitucionalidad, 13 amparos en revisión, 3 contradicciones de tesis y una controversia constitucional.

Tabla 4.2
Distribución de aplicaciones del test por órgano y vía

	AI	AD	ADR	AR	CT	CC	Total
Pleno	10	-	-	13	3	1	27
Primera Sala	-	1	30	22	2	-	55
Segunda Sala	-	2	3	14	-	-	19
Total	10	3	33	49	5	1	101

Fuente: elaboración propia.

Ya en apartados precedentes se ha dicho mucho sobre la aplicación del test de proporcionalidad en las contradicciones de tesis y en las controversias constitucionales. Aquí sólo cabría apuntar que las cifras de aplicación en los amparos indirectos (10), un medio de control concreto es incluso menor que el correspondiente a las acciones de inconstitucionalidad (13), la vía de control abstracto.

Ahora bien, la tabla 4.2 también permite hacer un comparativo aún más detallado entre la Primera y la Segunda Sala. Como puede verse, no sólo es posible advertir diferencias significativas en términos en el número de aplicaciones, sino también en las vías.

La Segunda Sala, como puede verse, ha aplicado el test de proporcionalidad fundamentalmente para resolver amparos en revisión: 14 de las 19 aplicaciones (el 73.7% del total) se dieron en esta vía. En cambio, el uso en los amparos directos (2) y amparos directos en revisión (3) ha sido muy escaso, mientras que en el resto de las vías –amparos indirectos, contradicciones de tesis y controversias constitucionales– ha sido inexistente.

La Primera Sala, por su parte, ha realizado un uso más extensivo del test de proporcionalidad en las diferentes vías. Ciertamente, el uso en amparos en revisión (14 casos) no es despreciable, pero ello sólo representa el 40% del uso total de la sala. En cambio, la vía en la que la Primera Sala ha empleado el test con mayor frecuencia son los amparos directos en revisión: con 30 casos, la aplicación en esta vía representa el 54.5% para la Primera Sala. Finalmente, la aplicación en amparos directos (1) y en contradicciones de tesis (2) ha sido escasa.

¿Cómo explicar esta notable diferencia entre la Primera y la Segunda Sala? Especialmente, ¿por qué la Primera Sala ha hecho un uso mucho más frecuente del

test en los amparos directos en revisión (30 sentencias en total), mientras que en la Segunda Sala su aplicación ha sido por demás escasa (3 sentencias)? Como se verá en los siguientes apartados, la respuesta a esta interrogante está directamente relacionada con el perfil de los ministros que integran una y otra salas.

2.5 Entre las personas y las leyes: las y los ponentes que usan el test de proporcionalidad

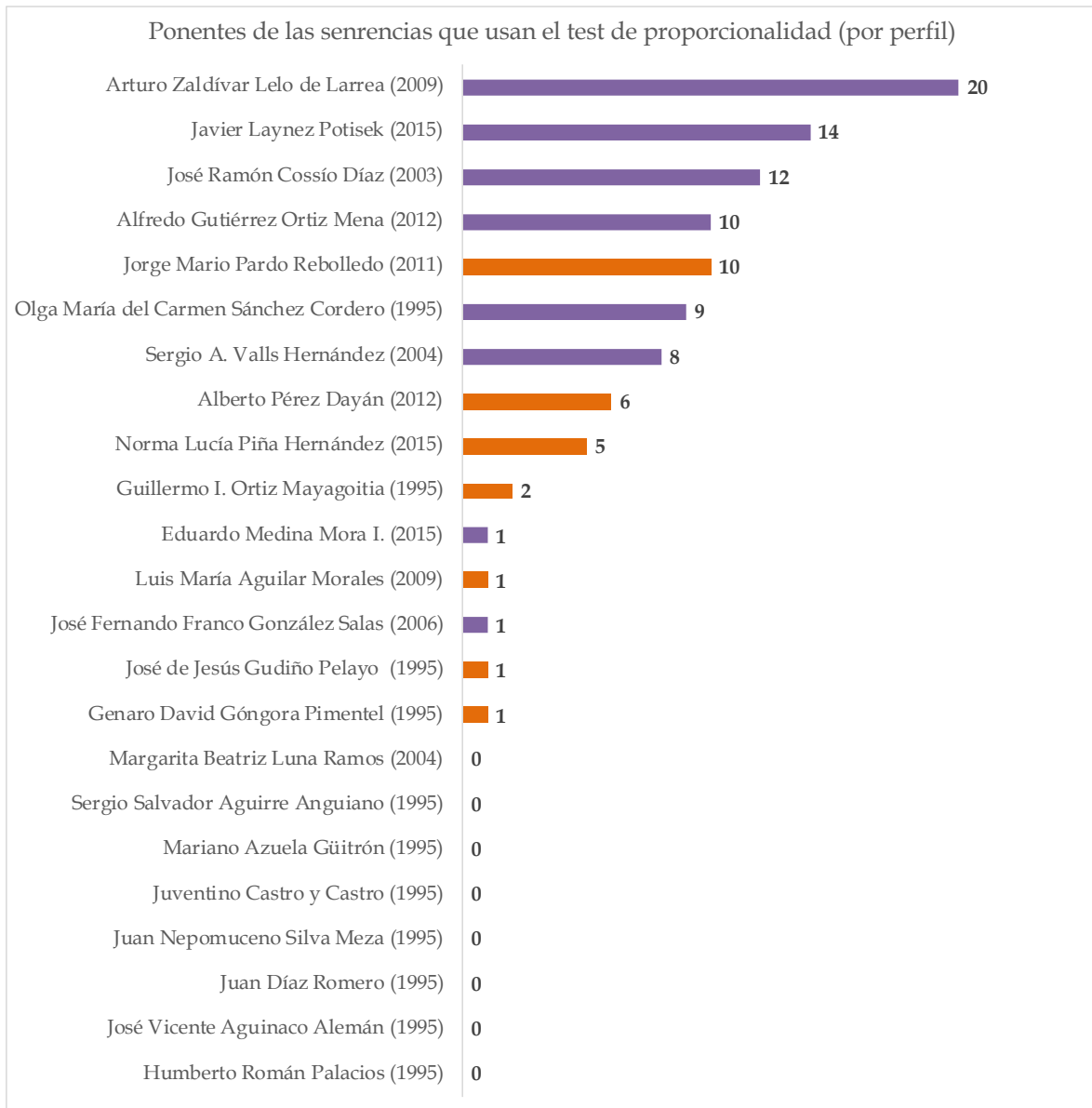
Si el análisis pasa de las instituciones a las personas, conviene preguntarse si el uso del test de proporcionalidad es empleado por la mayoría de las y los ministros de la SCJN, o bien, si se trata de una metodología que responde a las preferencias de ciertas ministras y ministros.

La gráfica 4.5 presenta el número de sentencias en las que se ha aplicado el test de proporcionalidad, considerando a las y los ministros que han formado parte de la SCJN desde 1994. Asimismo, en la gráfica cada color de la barra señala si se trata de un integrante que proviene de la carrera judicial (naranja), o bien, si se trata de un ministro externo (morado). Finalmente, la gráfica también indica (en paréntesis) el año en que las y los ministros iniciaron sus respectivos encargos.

Los datos que se presentan en la gráfica 4.5 da una respuesta contundente —e inquietante—: el test de proporcionalidad es una metodología que está muy lejos de ser una metodología consolidada al interior de la SCJN. Hay al menos dos datos duros que permiten llegar a esta afirmación.

Por una parte, las aplicaciones del test de proporcionalidad se concentran en un puñado de ministros. En efecto, los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (20 aplicaciones), Javier Laynez Potisek (14) y José Ramón Cossío Díaz (12) concentran, en conjunto, un total de 46 aplicaciones, lo cual representa prácticamente la mitad (el 45.5%) de los casos en los que se ha aplicado el test de proporcionalidad.

Gráfica 4.5



Fuente: elaboración propia.

Adicionalmente, existe un segundo grupo de seis ponentes – Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (10), Jorge Mario Pardo Rebolledo (10), Olga María Sánchez Cordero (9), Sergio Valls Hernández (8) y Alberto Pérez Dayán (6) y Norma Lucía Piña Hernández (5) – que concentran 48 de las aplicaciones (47.5%) del total.

Estos nueve ministros concentran 94 de las 101 aplicaciones del test de proporcionalidad (esto es, el 93.0 del total). Para el resto de los ministros el uso del test de proporcionalidad es por demás escaso (seis ministros han aplicado el test en una o dos ocasiones) o de plano inexistente (ocho ministros jamás han echado mano de esta metodología de adjudicación).

¿Cómo explicar estas (notables) diferencias? Sin duda hay dos factores que destacan.

- (1) Periodo de encargo. En la medida en que el test de proporcionalidad fue una metodología que apareció relativamente tarde, no es sorprendente que los ministros que suelen emplearla más son, por lo general, ministros nombrados con posterioridad al 2003 (esto es, cuando se produjo la primera renovación en la SCJN moderna con la llegada de los ministros Cossío Díaz y Luna Ramos). En cambio, los ministros que fueron nombrados en 1994 prácticamente nunca usaron el test de proporcionalidad. La única (y notable) excepción es Sánchez Cordero. Aunque fue nombrada en 1995, lo cierto es que aplicó el test de proporcionalidad en 9 ocasiones (una cifra muy por encima de otros ministros nombrados con posterioridad). Con todo, también queda claro que el haber sido nombrado después de 2003 no garantiza el uso del test. Aquí el caso más notable es el de Margarita Luna Ramos. A pesar de haber sido nombrada en 2003, en ninguna de sus sentencias hizo referencia al test de proporcionalidad. Igualmente, Fernando Franco González, pese haber sido nombrado en 2006, cuenta apenas con una sentencia en la que se aplicó el test de proporcionalidad.
- (2) Pertenencia a la carrera judicial. La segunda variable que tiene una influencia notable es la pertenencia a la carrera judicial. Como puede verse, si analizamos a los cinco ministros que más ha echado mano del test de proporcionalidad, veremos sólo hay un ministro que proviene de la carrera judicial: Mario Pardo Rebolledo, que se encuentra en quinto lugar con 10 aplicaciones. Los otros cuatro ministros –Zaldívar, Laynez, Cossío y Gutiérrez– tienen perfiles distintos a la carrera judicial. Pese a todo, conviene enfatizar que la no pertenencia a la carrera judicial tampoco garantiza que los ministros echen mano de esta metodología. Medina Mora (nombrado en 2015) y Franco (nombrado en 2006) son buen ejemplo de ello.

Por último, en la tabla 4.3 se detalla aún más la aplicación del test de proporcionalidad, considerando tanto el ministro ponente como la vía en que se empleó: acciones de inconstitucionalidad (AI), amparo directo (AD), amparo directo en revisión (ADR), amparo en revisión (AR), contradicción de tesis (CT), controversias constitucionales (CC). Quizá el resultado más notable de esta tabla es que existen al menos dos tipos de perfiles entre los ministros que han empleado el test de proporcionalidad.

Por una parte, se encuentran los ministros que han usado el test de manera casi exclusiva en medios de control concreto para la protección de derechos fundamentales. Ese sería el caso de los ministros Cossío (ADR y AR), Ortiz Mena (ADR y AR) y Pardo (ADR y AR). Por la otra parte, existe otro grupo de ponentes

que han empleado el test de proporcionalidad, además, en vías de control abstracto y de solución de conflictos competenciales. Ese sería el caso del ministro Zaldívar (AI, CT y CC), Laynez (AI) y Sánchez Cordero (AI y CT).

Tabla 4.3
Distribución de aplicaciones del test por ponente y vía

	AI	AD	ADR	AR	CT	CC	Total
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	3	1	10	4	1	1	20
Javier Laynez Potisek	2		3	9			14
José Ramón Cossío Díaz			2	10			12
Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena			3	7			10
Jorge Mario Pardo Rebolledo			7	3			10
Olga María del Carmen Sánchez Cordero	1		3	1	4		9
Sergio A. Valls Hernández	1			7			8
Alberto Pérez Dayán	1	1		4			6
Norma Lucía Piña Hernández			4	1			5
Guillermo I. Ortiz Mayagoitia			1	1			2
Eduardo Medina Mora I.		1					1
Genaro David Góngora Pimentel	1						1
José de Jesús Gudiño Pelayo				1			1
José Fernando Franco González Salas	1						1
Luis María Aguilar Morales				1			1
Total	10	3	33	49	5	1	101

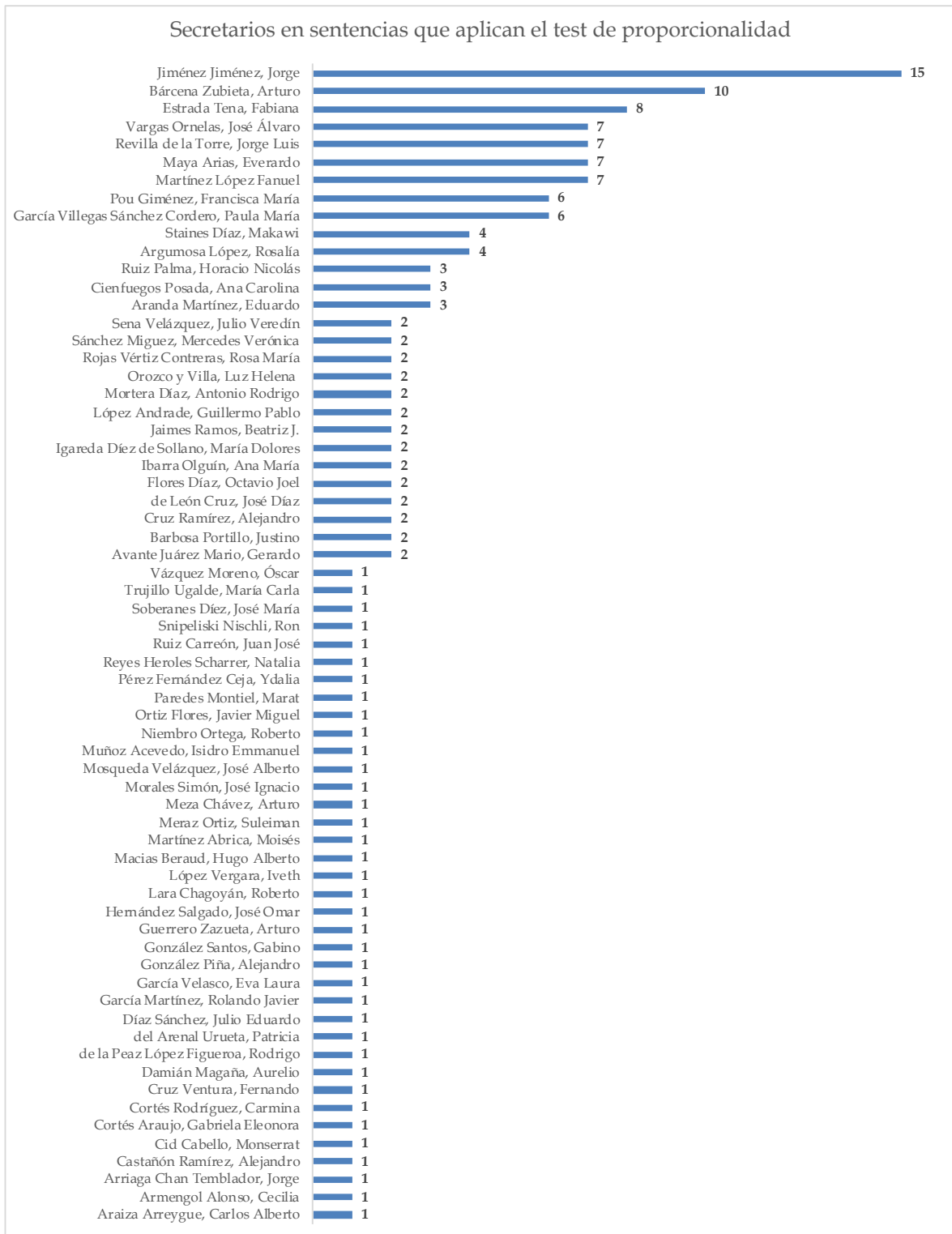
Fuente: elaboración propia.

2.6 La justicia secretarial: las secretarías y los secretarios que usan el test de proporcionalidad

Por último, también conviene hacer una revisión de quiénes son las secretarías y los secretarios de estudio y cuenta que han redactado los proyectos de sentencia en los que se ha aplicado el test de proporcionalidad. La gráfica 4.6 presenta, precisamente, esta información.

Pero antes conviene hacer una precisión metodológica. Aunque son 101 las sentencias en las que se ha hecho una aplicación del test de proporcionalidad, lo cierto es que en cada una de ellas puede aparecer uno o más personas proyectistas. Es por esto por lo que los datos que se presentan a continuación suman 155, que corresponden al número total de menciones a secretarías o secretarios.

Gráfica 4.6



Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, ¿qué nos dicen estos datos? Quizá el hallazgo más notable es que la concentración aquí es aún mayor que en el caso de los ministros. La mayor parte de

las sentencias en las que se aplica el test de proporcionalidad se concentran en un grupo extremadamente reducido de secretarías y secretarios de estudio y cuenta. Siete proyectistas concentran 61 de las 155 menciones (el 39.4%) del total. Esto es por demás notable, sobre todo si consideramos que, por lo general, una ministra o ministro de la SCJN puede tener una decena o más de secretarías y secretarios de estudio y cuenta.

Ello implica al menos dos cosas. Primero, que la aplicación del test de proporcionalidad depende en buena medida de quién sea el secretario proyectista. Y, segundo, que el test de proporcionalidad está muy lejos de ser una metodología de uso extendido. Parece, más bien, que se trata de una preferencia metodológica cuya aplicación depende de las preferencias de las y los secretarios proyectistas.

Este hallazgo es relevante en la medida en que pone el foco en actores que tradicionalmente han sido ignorados.³⁸⁰ Se ha dicho, por ejemplo, que tanto los jueces como académicos que posteriormente se unieron a la judicatura fueron fundamentales para que el análisis de proporcionalidad se incorporara a los regímenes basados en tratados internacionales, como la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Organización Mundial del Comercio (Stone Sweet y Mathews 2008, 161). La evidencia presentada en este capítulo sugiere que lo anterior es correcto: fueron un puñado de ministros quienes promovieron en México la introducción y aplicación del test de proporcionalidad. Pero parece que igualmente importantes fueron las y los secretarios de estudio y cuenta.

En todo caso, queda claro que la aplicación del test de proporcionalidad ha sido producto más de las preferencias individuales que de una consolidación institucional.

³⁸⁰ En México, sólo recientemente se ha comenzado a estudiar sistemáticamente el papel de las y los secretarios de estudio y cuenta. Véanse, en particular, los trabajos de Bárcena Arévalo (2018), Cortez Salinas (2019) y Cortez Salinas y Saavedra Herrera (2021).

3 Conclusiones

En este capítulo he presentado un análisis cuantitativo de todas las sentencias que entre 1995 y 2018 emplearon el concepto de “test de proporcionalidad”. Se trata, en ese sentido, de un estudio más amplio y complementario al presentado en el capítulo anterior, en el que se estudiaron todas las tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias que la Corte empleó en el sistema tradicional de jurisprudencia. Y, como se ha podido ver, los resultados presentados en este capítulo permiten confirmar algunas de las principales tendencias que ya habían sido apuntadas anteriormente. Me explico.

3.1 El concepto de test de proporcionalidad se ha utilizado escasamente en las sentencias de la Corte

Como se ha mostrado, la Corte ha empleado el concepto de test de proporcionalidad en 558 resoluciones, ya sea en el engrose o en los respectivos votos. No obstante, en la mayor parte de estos casos (415) el test de proporcionalidad simplemente se cita o menciona, mientras que en otros más (42) la referencia se encuentra contenida en alguno de los votos de los integrantes de la Corte y no en la resolución aprobada por la mayoría. Lo anterior implica que el test de proporcionalidad en realidad fue aplicado en 101 casos, esto es, el 18.1% de las sentencias que hacen mención explícita a “test de proporcionalidad”. Bajo cualquier parámetro, es claro que el uso del test de proporcionalidad, por lo menos bajo esa denominación, es francamente infrecuente.

3.2 La aparición del concepto en las sentencias de la Corte fue relativamente tardío, pero con el paso del tiempo su uso se estabilizó (en niveles bajos)

El primer asunto que ingresó a la Corte y en el que posteriormente se aplicó el test de proporcionalidad fue la acción de inconstitucionalidad 69/2008. Después de ese primer precedente, la aplicación del test de proporcionalidad se ha mantenido relativamente estable, pero en niveles relativamente bajos. Si se consideran los asuntos recibidos entre 2009 y 2012, se verá que la aplicación del test se realizó entre 6 y 8 sentencias por año. Posteriormente, para los recibidos entre 2013 y 2018 la aplicación aumentó: el máximo fue 16 y, el mínimo 6. Los datos presentados confirman tanto los hallazgos del capítulo anterior como una tendencia que se ha presentado en otras jurisdicciones. Aunque la doctrina suele hablar y citar con frecuencia las decisiones en las que se aplica el test de proporcionalidad, su uso real en las judicaturas parece ser mucho menos frecuente de lo que podría pensarse.

3.3 El test de proporcionalidad es una metodología usada preponderantemente en la Primera Sala.

Los datos presentados en este capítulo confirman en buena medida los hallazgos del anterior. El test de proporcionalidad es una metodología que se ha empleado, fundamentalmente, en la Primera Sala de la Corte. Es por demás significativo que el 54.5% de las aplicaciones correspondan a sentencias de la Primera Sala, seguido por el Pleno (con el 26.7%) y, finalmente, por la Segunda Sala (con apenas el 18.8%). No obstante, como se mostró estas asimetrías parecen explicarse más por el perfil de las y los integrantes de cada sala, que por diferencias institucionales entre los órganos de la Corte.

3.4 Las aplicaciones del test se concentran en un puñado de ministros, que fueron nombrados a partir de 2003 y que no provienen de la carrera judicial, así como en un grupo aún más reducido de proyectistas.

Las aplicaciones del test de proporcionalidad se concentran en un puñado de ministros. En efecto, los ministros Zaldívar Lelo de Larrea (20 aplicaciones), Laynez Potisek (14) y Cossío Díaz (12) concentran, en conjunto, un total de 46 aplicaciones, lo cual representa prácticamente la mitad (el 45.5%) de los casos en los que se ha aplicado el test de proporcionalidad.

Asimismo, los ministros que suelen emplear esta metodología son, por lo general, integrantes nombrados a partir de 2003, cuando se produjo la primera renovación en la Corte moderna con la llegada de los ministros Cossío Díaz y Luna Ramos. En cambio, los ministros que fueron nombrados en 1994 prácticamente nunca usaron el test de proporcionalidad. Y son, además, integrantes que no son jueces de carrera. Si se analiza a los cinco ministros que más han echado mano del test de proporcionalidad, se verá sólo hay un ministro que proviene de la carrera judicial: Mario Pardo Rebolledo, que se encuentra en quinto lugar con 10 aplicaciones.

Finalmente, es importante notar que la mayor parte de las sentencias en las que se aplica el test de proporcionalidad se concentran en un grupo extremadamente reducido de secretarios de estudio y cuenta. Siete secretarios concentran 61 de las 155 menciones (el 39.4%) del total. Esto es por demás notable, sobre todo si consideramos que, por lo general, un ministro de la SCJN puede tener 10 o más secretarios de estudio y cuenta.

3.5 En las sentencias de la Corte también es posible encontrar un uso poco ortodoxo del test de proporcionalidad

Como se vio, la mayoría de las aplicaciones del test de proporcionalidad se dieron en las vías del amparo. Esto no es sorprendente, pues buena parte de la literatura insiste en que el test es una metodología de naturaleza casuística y que para determinar en una colisión cuál principio debe prevalecer es indispensable tomar en consideración los hechos concretos del caso. Sin embargo, la evidencia empírica presentada en este capítulo también muestra que el test de proporcionalidad se aplicó en vías como las acciones de inconstitucionalidad (10 casos), las contradicciones de tesis (5 casos) e incluso en una controversia constitucional (1 caso). Esto significa que, en la práctica, el test de proporcionalidad es más flexible y tiene alcances mayores que lo que podría sugerir un sector importante de la doctrina.

Ahora bien, parece que esta aplicación poco ortodoxa del test de proporcionalidad no ha sido del todo afortunada, al menos en algunos casos. La controversia constitucional 179/2017 es un buen ejemplo. Como se mostró, en ese caso se aplicó un test de proporcionalidad que confunde la afectación a un principio constitucional (la independencia judicial) con la existencia de un trato diferenciado; que mezcla los elementos del test de proporcionalidad con los del test de igualdad; que presenta una versión extremadamente exigente del examen de idoneidad; que utiliza una concepción del examen de necesidad que resulta incompatible con la optimización que busca el test; y que afirma, pero que nunca justifica, los pesos que otorga a cada principio en la proporcionalidad en sentido estricto.

Se trata, para decirlo pronto, una aplicación confusa, errática y mal justificada del test de proporcionalidad. Por supuesto, no es posible generalizar este hallazgo a todos los usos poco ortodoxos o no del test. Pero ciertamente es un hallazgo que invita a seguir analizando críticamente la forma en que se ha expandido, con poca coherencia, la aplicación de esta metodología de adjudicación constitucional.

3.6 El test de proporcionalidad está lejos de ser una metodología que se haya consolidado en las sentencias de la Suprema Corte

Vistos de manera conjunta, los hallazgos de este capítulo sugieren que el test de proporcionalidad está muy lejos de ser una metodología que se haya consolidado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A pesar de lo que podrían sugerir ciertos trabajos académicos, el uso del test es relativamente infrecuente y su aplicación parece estar condicionada por las preferencias particulares de un grupo de ministros con ciertas características: nombrados a partir de la primera renovación de la Corte y no pertenecientes a la carrera judicial.

Esta conclusión parece ser consistente con la literatura comparada. Al estudiar los casos de Canadá y Sudáfrica, Petersen (2017, 183) encontró que tanto la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema canadiense, “han sido muy renuentes para emplear la ponderación cuando revocan piezas legislativas” y que “en ambas jurisdicciones, las decisiones que emplean la ponderación son más la excepción que la regla”. Eso implica, entre otras cosas, que el test de proporcionalidad es una metodología que sigue conviviendo y coexistiendo con otras aproximaciones en la Suprema Corte.³⁸¹ En sentido similar, en Brasil, aunque algunos autores hablan de las “reiteradas referencias” al principio de proporcionalidad en el Supremo Tribunal Federal, lo cierto es que un trabajo de 2016 apenas encontró poco más de cien sentencias recurrieron al test (Andrade Neto 2018, 1).

Quizá la única notable excepción sea Alemania. Al analizar este caso, Petersen (2017, 184) encontró que al Tribunal Federal Constitucional alemán “le tomó más de dos décadas desarrollar a la ponderación como el instrumento central de la adjudicación de los derechos fundamentales que es hoy en día”. Pero lo cierto es que, pasado este tiempo, el test de proporcionalidad se convirtió en la metodología claramente consolidada, al grado en que “de 1978 en adelante, el tribunal constitucional basó en la ponderación alrededor de un tercio de las decisiones en las que declaró una ley como inconstitucional”.

³⁸¹ En este sentido específico, el caso mexicano se parece al estadounidense, en el cual “las aproximaciones ponderativas y no ponderativas coexisten en muchas áreas del derecho constitucional” (Aleinikoff 1987, 1003)

Conclusiones

1 Un símil (a manera de introducción)

Durante algunos años he tenido el privilegio de dar clases en la Licenciatura en Derecho del CIDE. Una regla de oro, establecida en el reglamento de docencia, es la obligación de las personas profesoras consistente en “[d]ar a conocer a sus alumnos, desde la primera sesión del curso, la bibliografía, los requisitos de asistencia, y los criterios con base en los cuales se conformará la calificación final de la asignatura”. Asimismo, el reglamento establece la posibilidad de realizar modificaciones cuando establece que las profesoras y profesores, en su caso, deberán “informar oportunamente cualquier cambio a dichos criterios”.³⁸²

Creo que la inmensa mayoría de quienes impartimos clases cumplimos con la norma y entendemos su sentido: dar certeza a las personas alumnas sobre las reglas del juego a lo largo del semestre. Se trata de un parámetro mínimo, pues lo cierto es que la libertad de cátedra es amplia y que en el programa coexisten los más variados métodos de evaluación: desde aproximaciones tradicionales como los exámenes de conocimientos escritos y orales, hasta otros más novedosos como la simulación de procedimientos arbitrales o judiciales, pasando por metodologías intermedias como el análisis de sentencias, la redacción de documentos jurídicos, los ejercicios cortos y los ensayos académicos.

Hay, por supuesto, escuelas de derecho que han optado por otras rutas pedagógicas. En diversos espacios académicos se suelen priorizar – o de plano exigir – cierto tipo de metodologías que se plantean como superiores o, incluso, únicas. Así las materias teóricas, sustantivas, procesales y aún interdisciplinarias se evalúan principal o exclusivamente con un método. Pueden ser exámenes orales, escritos o de otro tipo. En estos casos, la forma de evaluar es siempre, o casi siempre, la misma.

Hay, sin embargo, otros espacios que han apostado por la pluralidad. En mi caso, siempre he creído que las personas alumnas se benefician de la diversidad metodológica. Diferentes tipos de materias, conocimientos y habilidades demandan metodologías distintas. Los exámenes orales seguramente son útiles para verificar la comprensión de conceptos jurídicos fundamentales. El análisis y crítica de sentencias y otros documentos son una buena herramienta para aprender la aplicación de los cánones y reglas de interpretación. Y la redacción, revisión y corrección de documentos jurídicos suele ser indispensable para desarrollar capacidades argumentativas.

En el programa del CIDE, aunque se suele buscar cierto balance entre las metodologías, cada persona profesora tiene relativa libertad de elegir los métodos de evaluación que estime más convenientes para los propósitos de su curso. Pero ciertamente hay límites. No vale dejar de especificar los criterios de evaluación y,

³⁸² Artículo 32, fracción VI, del Reglamento de Docencia del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

casi al final del curso, decidir arbitrariamente cómo se califica. No valen, tampoco, los cambios sin previo aviso, como anunciar que la evaluación será mediante un trabajo escrito y, al final, aplicar sólo un examen oral. Tampoco valen los tratos diferenciados no justificados, como evaluar a algunas personas alumnas con ejercicios prácticos, a otras más con exámenes escritos y al resto con su participación, según la libre elección de la persona profesora.

Proporciones guardadas, creo que sucede algo similar con las metodologías de adjudicación que sirven para resolver los conflictos entre derechos fundamentales. Ciertamente hay quienes sostienen posiciones un tanto extremas y alegan que una metodología específica es superior, necesaria o única. Pero lo cierto es que, en su mayoría, en varias jurisdicciones los tribunales suelen aplicar de manera simultánea metodologías de distinta naturaleza, que varían dependiendo de la materia y la cuestión jurídica a resolver.

Esta diversidad metodológica, sin embargo, no necesariamente es sinónimo de arbitrariedad judicial. Siempre y cuando las cortes definan con claridad cuáles metodologías se utilizarán, las personas, las empresas y los poderes estatales sabrán cuáles son las reglas del juego y podrán actuar en consecuencia. Por lo general, nada impide que una corte de última instancia cambie o ajuste una metodología de adjudicación, pero se espera que lo haga infrecuentemente, dando argumentos de peso que justifiquen la modificación y, en algunos casos, con aviso previo. Finalmente, el trato igualitario es una regla de oro: no vale que casos sustancialmente idénticos sean juzgados a partir de metodologías distintas, pues sabemos que diferentes metodologías pueden producir resultados contradictorios.

Tanto en la enseñanza del derecho como en la adjudicación constitucional, sin duda hay debates razonables y posiciones encontradas. Pero también parecen existir algunos consensos mínimos sobre ciertas formas de proceder que no parecen aceptables. La arbitrariedad en los métodos a emplear y los tratos diferenciados no justificados son dos buenos ejemplos de ello.

Como se ha visto, la historia que se presenta en esta tesis es la historia de una metodología que se presenta como la mejor, incluso como la única, pero que tiene deficiencias estructurales, que llegan al grado de impedir que cumpla con su finalidad última. Se trata de una metodología que debe ser replanteada y, sobre todo, valorada a la par de otras alternativas que, como cualquiera, tienen ventajas y desventajas. Y, finalmente, es la historia también de una metodología que, en el caso mexicano, se ha aplicado de manera errática y desarticulada. Se trata, en suma, de una metodología a la que quizá le falta un poco de modestia en el plano teórico y muchísima consistencia en la práctica judicial mexicana.

2 Los resultados y sus implicaciones

Este trabajo doctoral se ha enfocado en algunas de las principales discusiones en torno al test de proporcionalidad. Se trata de una metodología con vocación de universalidad y que durante las últimas décadas ha experimentado una notable expansión a lo largo y ancho del mundo. En particular, he mostrado tres tesis, que realizan aportaciones a campos distintos del conocimiento jurídico –la teoría analítica del derecho, al derecho comparado y los estudios jurídicos empíricos– y que tienen consecuencias diferenciadas. A continuación, abordo estas cuestiones.

2.1 Sobre la estructura, deficiencias y replanteamiento del test de proporcionalidad

En primer lugar, echando mano de la lógica aplicada al derecho y la aritmética ponderativa, he presentado una formalización completa del test de proporcionalidad que permite entender las relaciones entre sus exámenes, identificar sus deficiencias estructurales, replantear sus componentes, resolver viejos y nuevos debates, y explicar fenómenos recientes de la práctica jurisdiccional.

Específicamente, he mostrado que el test de proporcionalidad no es, en realidad, un examen estrictamente escalonado con tres componentes, sino la conjunción de dos exámenes independientes –proporcionalidad en sentido estricto y necesidad– que tienen dos precondiciones: que la medida genere una afectación a un derecho y que sea idónea para alcanzar una finalidad legítima. Asimismo, he mostrado que –si se quiere seguir el modelo alexiano– en todo análisis de proporcionalidad en el que se cumplan las precondiciones se deben realizar ambos exámenes, en el orden señalado.

Más importante aún, he mostrado que, tal como lo plantea Alexy y la inmensa mayoría de la literatura, el test de proporcionalidad no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Se trata de un hallazgo que no es menor. Si los principios (incluidos los derechos fundamentales) son mandatos de optimización y la versión alexiana del test no permite optimizar la realización de los derechos, entonces la relación que existe entre la naturaleza de los derechos fundamentales y el test alexiano no es de necesidad, sino de posible incompatibilidad. No es posible sostener, por tanto, que el test de proporcionalidad se derive de la naturaleza que tienen los derechos fundamentales –según la teoría alexiana–, ni que sea una metodología necesaria o inevitable.

En ese sentido, he mostrado también que, si se quiere cumplir con la finalidad de optimizar la realización de los derechos fundamentales, el test debe ser redefinido. En particular, he mostrado que el examen de necesidad debe ser reemplazado por otro examen que es más exigente: el examen de optimalidad. Como he mostrado, la

conjunción del examen de proporcionalidad en sentido estricto y este nuevo examen – lo que podríamos definir como un test de maximalidad – permite garantizar, en el agregado, la mayor realización de los derechos fundamentales, amén de que permite explicar algunas observaciones empíricas – en particular, sobre el proceder del Tribunal Federal Constitucional alemán – que la literatura no había podido explicar con las herramientas disponibles.

Finalmente, esta tesis ha hecho dos aportaciones adicionales. Por un lado, muestro que es falsa la tesis alexiana consistente en que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas. En realidad, como se ha visto, los tres subprincipios se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que los dos últimos subprincipios del test alexiano – necesidad y proporcionalidad en sentido estricto – se relacionan con las posibilidades jurídicas. Por el otro, también he mostrado que el test de proporcionalidad alexiano no es útil para evaluar todo tipo de proporcionalidad. Sirve para analizar el tipo de proporcionalidad que realiza análisis de costo-beneficio, pero no la proporcionalidad que busca una relación de correspondencia.

¿Qué implicaciones tienen estos resultados? La primera es que, tanto en la teoría como en la práctica, la estructura del test debe cambiar. Como mínimo, debe abandonarse la idea de que el test es una metodología estrictamente escalonada y que si una medida no pasa el examen de necesidad entonces es posible detener el análisis. Como se ha visto, proceder de esta forma abre la posibilidad de que se opte por medidas alternativas que, aunque necesarias, no son proporcionales, situación que generaría una pérdida neta en términos del análisis costo-beneficio. Eso implica que, al menos, debe reconocerse que al cumplirse con las dos condiciones del test – que la medida genere una afectación y que sea idónea – es necesario hacer, siempre, tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad, tan to para la medida bajo análisis como para las medidas alternativas.

Ahora bien, si nos tomamos en serio las tesis alexianas sobre la naturaleza de los derechos fundamentales y sobre la finalidad última de su modelo, entonces habría que aceptar que el examen de necesidad debe ser reemplazado por un examen de optimalidad como el que propongo. Sólo de esta forma es posible garantizar la realización de los derechos fundamentales en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas. Ahora bien, conviene enfatizar que esta última implicación es claramente condicional en la aceptación de una tesis previa: la sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad resulta indispensable sólo si se acepta la tesis alexiana sobre la naturaleza de los derechos.

Si se adopta, en cambio, una posición más modesta en términos ontológicos y epistemológicos, entonces creo que la implicación es distinta. En este caso, los que habría que reconocer es que en realidad estamos frente a tres posibles tests, que

incrementan su grado de exigencia y disminuyen su grado de deferencia con la medida y sus autores (típicamente, el poder legislativo):

- (1) Test que incorpora sólo el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este test es el menos exigente y el más deferente con el creador de la medida. Sólo exige que los costos (en términos del derecho afectado) sean menores que los beneficios (en términos de la finalidad legítima) y no considera ninguna medida alternativa. Este test no es otra cosa que lo que en ciertas jurisdicciones entenderíamos por ponderación simple o *balancing*.
- (2) Test que incorpora tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad. Este test está en una posición intermedia tanto en exigencia como en deferencia. Además de garantizar que los costos sean menores que los beneficios, este test garantiza que no haya una medida igual o más idónea pero menos restrictiva. Como puede verse, estamos básicamente frente al modelo alexiano, aunque aquí es indispensable la modificación apuntada: se requiere hacer tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el de necesidad (en ese orden). A este test lo podríamos denominar el test de proporcionalidad corregido.
- (3) Test que incorpora tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de optimalidad. Es el test más exigente y menos deferente. Garantiza no sólo que los costos sean menores que los beneficios, sino que el beneficio neto que genera la medida sea mayor que el de cualquier otra medida alternativa. Se trata, como se ha visto, de lo que he denominado el test de maximalidad.

Estos tres tests, como se ha visto, garantizan un mínimo (que los costos sean menores que los beneficios) y después abren un abanico para los operadores jurídicos, que pueden optar entre diversos grados de exigencia y deferencia con los creadores de las medidas.

Finalmente, conviene apuntar una última implicación de los hallazgos del primer capítulo: la necesidad de aplicar con mayor cuidado el test de proporcionalidad (o la ponderación simple o el test de maximalidad). Como se ha visto, cualquiera de las tres variantes del test sólo es compatible con la proporcionalidad entendida como análisis de costo-beneficio, pero no como relación de correspondencia. Ello implica, necesariamente, que su uso es inadecuado cuando se busca determinar, entre otras cosas, la correspondencia entre la gravedad de la infracción y la sanción (como en el derecho penal y administrativo sancionador), cuando se busca determinar si un impuesto es proporcional a la capacidad contributiva de una persona (en materia fiscal) o cuando se busca determinar si la asignación de espacios legislativos es

proporcional a la votación de un partido político (en materia electoral). Tanto la doctrina como los tribunales deben tener presente que, en estos casos, la aplicación del test de proporcionalidad carece de toda racionalidad y, por tanto, debe ser abandonada.

2.2 Sobre la existencia de metodologías de adjudicación alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano

Esta tesis también ha mostrado que sí existen alternativas serias al test de proporcionalidad. En particular, analicé y formalicé (cuando fue posible) cinco aproximaciones metodológicas distintas: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, especialmente la teoría absoluta de García Amado, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos de Moreso, (iii) los tests o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

El análisis que presenté no tiene pretensiones de exhaustividad. Ni analicé todas y cada una de las alternativas que se plantean en la literatura especializada, ni mucho menos realicé un análisis integral de cómo se han aplicado dichas metodologías en las más variadas jurisdicciones. Lo que presenté fue un análisis y formalización de algunas de las metodologías que mayor fuerza tienen tanto en la doctrina como en la práctica jurisprudencial, a fin de compararlas y contrastarlas con el test de proporcionalidad, así como para identificar sus ventajas y desventajas.

Específicamente, mostré cinco tesis. En primer lugar, se mostró que existen algunas metodologías que son claramente alternativas al test de proporcionalidad en la medida en que parten de concepciones distintas de los derechos y que apuestan por su delimitación como estrategia para evitar conflictos entre derechos fundamentales. Este sería el caso de algunas teorías absolutas del contenido esencial, como la teoría absoluta de García Amado.

Se trata de una teoría que plantea una tipología de derechos fundamentales, en donde algunos son absolutos y otros más tienen un carácter residual. Y, en términos generales, se podría decir que García Amado apuesta por la tijera como herramienta para evitar la báscula. Si los derechos, atendiendo a su naturaleza, se delimitan con propiedad, se evitan las colisiones y, con ello, la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad o cualquier otra metodología ponderativa.

Sin embargo, se mostró que —al menos en su estado actual— la teoría de García Amado no cuenta con una explicación convincente de cómo resolver posibles conflictos entre derechos que, bajo esta teoría, tendrían un carácter absoluto. Asimismo, parece que esta teoría abre la puerta a una limitación excesiva de derechos fundamentales que tienen un carácter residual, como las libertades de pensamiento, de opinión, de expresión y de movimiento. Y, finalmente, parece que

esta teoría tampoco es del todo adecuada para lidiar con las tensiones entre diferentes dimensiones de un mismo derecho que, de acuerdo con la tipología propuesta, podrían tener una distinta naturaleza. Pese a todo, se trata de una teoría que nos recuerda la importancia de la delimitación de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, se mostró que existen otras metodologías que aceptan la posibilidad de que existan conflictos entre derechos pero que los resuelven a partir de parámetros que prescindan de los exámenes del test de proporcionalidad. En este supuesto podríamos ubicar a la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso.

Moreso busca una alternativa entre el “especificacionismo”, la estrategia que delimita los derechos para así evitar conflictos (como la de García Amado), y el “particularismo”, la postura que acepta las colisiones y las resuelve ponderando a partir de las circunstancias del caso (como la de Alexy). Usando la metáfora del propio Moreso, diríamos que esta teoría defiende la idea de que hay una opción intermedia entre seguir a rajatabla las recetas de un extraordinario recetario y la confianza ciega en un extraordinario cocinero.

La receta, según Moreso, consiste en recurrir a las sentencias ejemplares, reales o hipotéticas, pues ellas son el parámetro a partir del cual se pueden encontrar los elementos que permiten construir reglas que resuelven las colisiones entre derechos. Esta teoría, sin embargo, no está exenta de problemas. No hay nada en su teoría que nos diga cuáles han de ser los elementos por seleccionar para confeccionar esas reglas. La teoría de Moreso supone, además, que siempre habrá sentencias ejemplares que podremos emular y sobre las cuales no hay disputas serias sobre su corrección. Y, finalmente, ante la falta de pautas claras se trata de una teoría que finalmente parece apostar por la intuición y en las habilidades del cocinero.

Pese a todo, parece que es una aproximación más realista a la forma en la que, en los hechos, se realiza parte de la adjudicación judicial. Es difícil pensar seriamente que en los casos difíciles los tribunales aplican mecánicamente un conjunto de normas exhaustivo y externamente impuesto, de la misma forma que es improbable que las y los jueces constitucionales resuelvan los conflictos entre derechos mediante el cálculo matemático de las variables de la fórmula alexiana. Parece justo reconocer, como Moreso, que la judicatura toma decisiones siempre a partir de un conjunto de decisiones previas, algunas de ellas genuinamente paradigmáticas, que terminan siendo relevantes para la resolución de casos futuros. Pero una cosa es reconocer la importancia de ciertos casos paradigmáticos y otra pensar que la adjudicación constitucional puede depender más de la intuición educada que del método sistemático o que de las cualidades de las personas juzgadoras.

En tercer lugar, se mostró que existen aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (principalmente, los de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ni procedimientos

estandarizados para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos. Ese sería el caso de las metodologías *ad hoc*.

Los tests *ad hoc* están en una posición intermedia entre los trajes a la medida (el test de proporcionalidad, que da soluciones específicas a partir de las circunstancias del caso) y las unitallas (las teorías absolutas, que apuestan por delimitaciones de derechos que son aplicables a todo caso). En ese sentido, podríamos decir que los tests *ad hoc* son algo así como las tallas estandarizadas. Son más flexibles que la unitalla pero menos precisos que la sastrería. Su limitada diversidad y su relativa rigidez son virtudes y defectos al mismo tiempo. Así como no todas las marcas siguen los mismos diseños y modelos, ni los mismos parámetros para definir sus tallas, las cortes han confeccionado tests *ad hoc* con los más variados argumentos y resultados. Bajo esta categoría se agrupa un número amplio pero limitado de reglas y estándares. Hay margen para escoger, pero no mucho. Quizá en la mayoría de los casos haya un ajuste adecuado, pero nada lo garantiza. Lo cierto es que tienen vocación de permanencia: para bien y para mal, no cambian de un día a otro.

En cuarto lugar, se mostró que existen otras metodologías alternativas que, aunque comparten algunos elementos del test de proporcionalidad, lo cierto es que también presentan diferencias estructurales e incorporan exámenes de una naturaleza distinta a los del modelo alexiano. Este es el caso de los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense. Como se ha visto, a diferencia del modelo alexiano, los niveles de escrutinio implican un primer paso (examen de importancia) en el que se hace una ponderación implícita y abstracta; establecen un examen de nivel de idoneidad o de conexión que es más exigente que el examen de idoneidad alexiano; incorporan un examen de confección estrecha que opera en el nivel del ajuste (y no en el del peso o la eficacia); y, finalmente, sí tienen una estructura genuinamente escalonada.

En términos generales, puede decirse que los niveles de escrutinio, especialmente el estricto, tienen la bondad y el problema de dar una mayor importancia y protección a ciertos derechos. De esta forma, se limita en mayor medida las intervenciones estatales que los afectan. Pero, al mismo tiempo, ello tiene un costo: se hace más difícil que los poderes públicos adopten medidas que buscan garantizar otros intereses o principios. Asimismo, he mostrado que, en términos generales, los niveles de escrutinio intermedio y estricto demandan el cálculo de variables de difícil medición que igualmente son exigidos por el test alexiano, como pesos abstractos, niveles de idoneidad y niveles de afectación. En ese sentido, no se trata de tests —sobre todo los escrutinios intermedio y estricto— que sean más fáciles de aplicar que el test alexiano.

En quinto lugar, se mostró que existen metodologías que pueden ser consideradas simplemente como uno de los exámenes del test de proporcionalidad.

Específicamente, la ponderación simple (o *balancing*) es formalmente equivalente al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En esta medida, la ponderación es una alternativa al test en la medida en que pueden resolver conflictos entre derechos prescindiendo de uno de los elementos del test. No abundo mucho en el tema, pues en el apartado anterior ya he mostrado la relación ponderación simple, test de proporcionalidad y test de maximalidad.

¿Qué implicaciones tienen estos resultados? De nueva cuenta, creo que ello depende de la posición que uno adopte. Si no se está dispuesto a cuestionar o dudar sobre las premisas fundamentales del modelo alexiano, entonces la respuesta es clara: el test de proporcionalidad debe ser abandonado y ser sustituido por el test de maximalidad que propongo. Pero en este caso, tanto la teoría como la práctica debe hacerse cargo de los muchos cuestionamientos y críticas que se han hecho al modelo alexiano: la dificultad de distinguir entre normas formuladas a manera de reglas y normas formuladas a manera de principios; el problema para determinar el peso abstracto y concreto que tienen los principios en colisión, así como la seguridad de las premisas empíricas; y, finalmente, la falta de parámetros que permiten determinar cuáles son las circunstancias relevantes que hacen que, en un caso concreto, un principio tenga precedencia sobre otro.

Ahora bien, si de adopta una postura más modesta en términos epistemológicos y ontológicos, entonces creo que la implicación es distinta. En este caso, lo que habría que aceptar es que estos tres tests que siguen una lógica ponderativa —la ponderación simple, el test de proporcionalidad corregido y el test de maximalidad— son sólo algunas de las alternativas con las que cuenta la judicatura y otros operadores jurídicos para resolver los potenciales conflictos entre derechos fundamentales.

En ese sentido, también habría que reconocer que tanto los niveles de escrutinio estadounidense como los tests *ad hoc* son metodologías serias que coexisten —y seguramente seguirán coexistiendo— con la ponderación, la proporcionalidad y la maximalidad en diversas jurisdiccionales. Asimismo, habría que considerar que la teoría absoluta de García Amado y la teoría de los casos paradigmáticos ponen énfasis en aspectos relevantes y que suelen pasarse por alto: la importancia de la delimitación de los derechos fundamentales, de los precedentes en la argumentación y de la definición clara de las circunstancias que hacen que un principio tenga precedencia sobre el otro. Incluso si uno acepta o no acepta aspectos clave de estas teorías —como la tipología de derechos de García Amado o el papel central que le da Moreso a los casos paradigmáticos— estos tres elementos son clave incluso en las metodologías claramente ponderativas.

Desde esta perspectiva, entonces, el debate sobre las metodologías de adjudicación ya no debería ser sobre por qué algunos tribunales se niegan a adoptar una metodología en particular, especialmente, el test de proporcionalidad. Por el

contrario, bien haríamos en discutir las ventajas y desventajas de adoptar una y otra metodologías de adjudicación para resolver determinados tipos de controversias. Y, por supuesto, también habría que discutir la corrección y consistencia con la que se aplican las diferentes metodologías. Sobra decirlo, pero la efectiva protección de los derechos fundamentales no sólo demanda la selección de metodologías adecuadas, sino también una aplicación correcta y consistente de las mismas.

2.3 Sobre la falta de consistencia y consolidación de la aplicación del test de proporcionalidad en la Suprema Corte mexicana

El análisis argumentativo y cuantitativo que he presentado sobre el uso del concepto “test de proporcionalidad” tanto en los criterios relevantes como en las sentencias de la Suprema Corte sugiere que el test no es una metodología ni que se aplique consistentemente, ni que sea ampliamente utilizada, ni que ocupe un lugar central en jurisprudencia del tribunal constitucional mexicano. En particular, ambos análisis sugieren que hay siete grandes tendencias.

En primer lugar, el concepto de “test de proporcionalidad” tuvo una lenta incorporación tanto en las sentencias de la Suprema Corte como en su sistema tradicional de jurisprudencia. No fue sino hasta después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 que comenzaron a publicarse tesis aisladas y jurisprudencias obligatorias en las que expresamente se hizo referencia al concepto. La aparición en las sentencias de la Corte también fue relativamente tardía, pero con el paso del tiempo su uso se estabilizó en niveles bajos.

En segundo lugar, la evidencia sugiere que el concepto ha sido utilizado escasamente en las sentencias de la Corte. En total, poco más de cien las sentencias que expresamente refieren al concepto de “test de proporcionalidad” y que además aplican esta metodología de adjudicación constitucional. Aunque la doctrina suele hablar y citar con frecuencia algunas decisiones en las que se aplica el test de proporcionalidad, su uso sistemático en la Corte mexicana parece ser mucho menos frecuente de lo que podría pensarse. Esto sugiere que el test está lejos de ser una metodología ampliamente utilizada en la Suprema Corte mexicana.

En tercer lugar, tanto en los criterios relevantes como en las sentencias, el test es una metodología empleada principalmente en la Primera Sala, por ministros que no provienen de la carrera judicial y nombrados a partir de 2003, y por un puñado de secretarías y secretarios de estudio y cuenta. Parece, por tanto, que el test está lejos de ser una metodología consolidada en términos institucionales.

En cuarto lugar, también queda claro que la Corte ha empleado diversas variantes del test de proporcionalidad: desde concepciones claramente alexianas o alemanas, hasta tests inspirados en los juicios de igualdad provenientes de la jurisprudencia española, pasando por otros que contienen elementos de los niveles de escrutinio

estadounidenses y por tests híbridos cuya estructura y componentes en ocasiones son verdaderamente problemáticos. Esta variedad y falta de coherencia ha impedido la consolidación del test como metodología de adjudicación constitucional.

En quinto lugar, la evidencia también muestra que el test de proporcionalidad no sólo se ha empleado para analizar intervenciones en derechos fundamentales, sino también la proporcionalidad de las penas, la proporcionalidad y equidad de los tributos, así como la violación a garantías institucionales. La Corte comenzó a utilizar el test ahí donde la Constitución mexicana emplea expresamente la palabra “proporcionalidad” y “proporcional”, quizá sin reparar que el test no es apto para resolver las cuestiones donde la proporcionalidad busca una correspondencia entre dos variables (como la proporcionalidad de las penas o de las contribuciones fiscales). Esto evidencia una falta de entendimiento de la lógica subyacente en el test y sus variantes: el análisis costo-beneficio.

En sexto lugar, también he mostrado que la aplicación del test, en sus diferentes variantes ha tenido no pocos problemas argumentativos. Incluso en aquellos casos en los que el test se usa para analizar intervenciones en derechos fundamentales, su aplicación suele ser, con frecuencia, más un instrumento retórico que una metodología de adjudicación que dote de cierta racionalidad a la solución de conflictos entre principios. Asimismo, en muchas tesis es posible advertir una evidente falta de definición de cuestiones elementales, como los exámenes que forman parte del test.

En séptimo lugar, ha sido posible advertir un uso poco ortodoxo del test de proporcionalidad. Por una parte, aunque la mayoría de las aplicaciones se dieron en las vías del amparo, lo cierto es que también se ha aplicado las acciones de inconstitucionalidad, las contradicciones de tesis e incluso en una controversia constitucional. Por la otra, el test se ha utilizado más para realizar análisis en un plano general o abstracto (*facial challenges*) que análisis en concreto o aplicados (*as-applied challenges*). Es notable cómo la mayoría de las tesis se analiza la inconstitucionalidad de normas o medidas sin hacer referencia alguna a las circunstancias particulares del caso. Por último, las tesis aisladas y de jurisprudencia no sólo se refieren a cuestiones relevantes sobre la interpretación o conformidad de ciertas disposiciones, sino que también se usan para fijar criterios orientadores y obligatorios sobre la metodología que habrá de emplearse para realizar dichas tareas, y aún frente a criterios que se refieren a cuestiones fácticas.

Antes de abordar las implicaciones de estos hallazgos conviene enfatizar, de nueva cuenta, que los resultados de los capítulos tercero y cuarto no son estrictamente exhaustivos, pues es posible que el test de proporcionalidad se aplique sin hacer referencia expresa a su denominación, o bien, bajo otros nombres. En este sentido, los análisis que he presentado deben ser considerados como parciales y complementarios a estudios previos y, sobre todo, futuros.

Pese a todo, los resultados son sugerentes y permiten derivar varias consecuencias relevantes. La primera es que falta mucho camino si es que se quiere consolidar al test de proporcionalidad como una metodología de adjudicación constitucional. La evidencia sugiere que el uso del test de proporcionalidad no depende –como debería– del tipo de violación constitucional que se alega, sino de la muy particular preferencia de un número reducido de ministros que comparten ciertas características –ajenos a la carrera judicial, nombrados a partir de 2003 y de la Primera Sala– y de un puñado de secretarios.

En ese sentido, las discrepancias por sala, ponente y secretarios son preocupantes, por decirlo amablemente. Si consideramos que la asignación de casos a ponentes sigue un método cuasi-aleatorio,³⁸³ entonces cada ministra y ministro debería recibir un número prácticamente idéntico de casos en los que potencialmente se puede (o debe) usar el test de proporcionalidad. Por tanto, las muy marcadas diferencias sugieren, simple y sencillamente, que el resto de las y los ministros –notablemente, de carrera judicial, designados en 1994 y de la Segunda Sala– utilizaron otro tipo de metodologías para resolver asuntos potencialmente idénticos. Y esto, por supuesto, tiene enormes problemas en términos de consistencia y de trato igualitario.

Como decía, bajo una perspectiva más modesta, la Suprema Corte no está obligada a utilizar necesariamente el test de proporcionalidad alexiano, ni la ponderación simple, ni el test de maximalidad. Pero, como cualquier otro tribunal, sí debe ser consistente en la aplicación de las metodologías de adjudicación. De nueva cuenta, si cada ministra o ministro –o, peor aún, si cada secretaria o secretario de estudio y cuenta– tiene la libertad de elegir la metodología de su gusto, ello abre la puerta a la discrecionalidad y, eventualmente, a la arbitrariedad. Así parece entenderlo, precisamente, la jurisprudencia obligatoria de la Segunda Sala de la Corte que, con todas sus letras, señala que el test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio y hasta la interpretación conforme son metodologías por las que pueden optar libre y hasta arbitrariamente las personas juzgadoras.

Por supuesto, ni el problema es exclusivo para la aplicación del test de proporcionalidad, ni la solución es sencilla. Existen factores estructurales –como la carga de trabajo o la forma en que se confeccionan las sentencias de la Corte–³⁸⁴ que seguramente explican parte de este fenómeno. Lo que quiero decir, simplemente, es que las notables discrepancias en el uso del test sugieren que la Corte mexicana tiene enormes problemas en términos de consistencia argumentativa.

³⁸³ Sobre las asignaciones cuasi-aleatorias (*as-if random assignments* o *quasi-random assignments*) en los estudios jurídicos empíricos, véase el trabajo de Thorley (2020).

³⁸⁴ Sobre los problemas para la confección de sentencias en la Corte, véanse, por mencionar algunos ejemplos, los trabajos de Elizondo Mayer-Serra y Magaloni Kerpel (2010), Cossío Díaz y Lara Chagoyán (2012), Lara Chagoyán (2017) y Martín Reyes (2020c).

La anterior conclusión se refuerza si consideramos otros de los hallazgos de esta investigación. Por un lado, es claro que la Corte ni siquiera ha terminado de definir cuáles son los elementos del test de proporcionalidad, ni las materias o cuestiones en las que ha de aplicarse. Como se ha visto, en los criterios relevantes de la Corte hay tests con los más variados elementos. Por otro, incluso en los casos en los que la Corte parece optar por un modelo específico, lo cierto es que muchas veces la referencia al test es mucho más retórica que argumentativa. Y, por último, es claro que el test se ha aplicado para resolver controversias que no demandan un examen de costo-beneficio, sino de correspondencia, por lo que su aplicación es francamente inadecuada. Esto implica que, sin claridad en su definición y sin consistencia en su aplicación, el test de proporcionalidad, más que una metodología que inyecta racionalidad a adjudicación constitucional termina siendo más una herramienta para el decisionismo judicial.

Finalmente, hay otros hallazgos que invitan a realizar investigaciones futuras. Por un lado, se ha visto que el test de proporcionalidad se ha aplicado en vías abstractas del control de constitucionalidad, como las acciones de inconstitucionalidad, así como en mecanismos de unificación de criterios, como las contradicciones de tesis. Por la otra, incluso en los criterios relevantes contenidos en la resolución de amparos es claro que la Corte mexicana no hace referencia a las circunstancias particulares del caso, sino que analiza la constitucionalidad de la medida en un plano general o facial. Esto invita, creo, a replantear en trabajos futuros otras de las ideas imperantes en la literatura, especialmente la idea de que el test tiene una vocación necesariamente casuística. Ahondo más sobre esta y otras posibles líneas de investigación en el siguiente apartado.

3 Posibles líneas de investigación

Los principales hallazgos de mi tesis abren diversas líneas de investigación. A continuación, expongo algunas de ellas.

3.1 El uso no casuístico del test de proporcionalidad: control de constitucionalidad abstracto e impugnaciones faciales (facial challenges)

Como se ha visto, un sector de la doctrina sostiene que el test de proporcionalidad tiene necesariamente una vocación casuística. En uno de los más recientes trabajos que analizan el test de proporcionalidad fuera de América y Europa, por ejemplo, se ha afirmado que “la proporcionalidad no trata de que las cortes decidan entre la protección de un derecho constitucional y el avance de objetivos estatales legítimos en lo abstracto; en cambio, la ponderación es una comparación y consideración de los *trade-offs* en situaciones concretas, de tal forma que sea posible hacer elecciones racionales entre posibles alternativas”.³⁸⁵

En un sentido muy similar se ha pronunciado Dieter Grimm, quien fuera magistrado del Tribunal Federal Constitucional alemán, explica así el tercer paso del test de proporcionalidad: “Esta ponderación no es abstracta. El Tribunal Constitucional no reconoce una jerarquía entre los diversos derechos fundamentales. La ponderación, por tanto, debe ser concreta”.³⁸⁶

Un sector de la doctrina, por tanto, suele rechazar la posibilidad de que el test de proporcionalidad se aplique en el control abstracto de constitucionalidad o al margen de las circunstancias específicas del caso. Sucede, sin embargo, que la práctica jurisdiccional muestra lo contrario. Un hallazgo relevante de mi tesis doctoral es que el test sí se ha aplicado en vías abstractas de control, como las acciones de inconstitucionalidad, así como en otras en las que no se resuelven casos concretos, como las contradicciones de tesis. De la misma forma, se ha visto que incluso en los criterios relevantes derivados de sentencias dictadas en la vía del amparo, la Corte no suele hacer referencia en su argumentación a las circunstancias particulares del caso concreto, sino que analiza, en general, la constitucionalidad de una medida.

Si bien otro sector de la literatura acepta que el test es compatible con el control abstracto,³⁸⁷ lo cierto es que aún no contamos con una buena teoría que permita reconciliar, por una parte, las exigencias del test de proporcionalidad – especialmente, la estimación de los costos y los beneficios que genera la medida en el caso – con la naturaleza del control abstracto – que se distingue, precisamente, por la ausencia de un caso concreto –.

³⁸⁵ Yap (2020, 16).

³⁸⁶ Grimm (2007, 394).

³⁸⁷ Por ejemplo: Huerta Ochoa (2003, 940-941), Vázquez (2016a, 31) y Cárdenas Gracia (2014, 69).

Creo que la solución pasa por el desarrollo de una buena teoría. La doctrina y la jurisprudencia estadounidenses proveen algunas herramientas particularmente útiles. Aunque en el sistema estadounidense el control abstracto no existe, las cortes y la literatura constantemente han distinguido entre impugnaciones de aplicación (*as-applied challenges*) –en las cuales se sostiene que una ley es inconstitucional y debe ser inaplicada sólo en el caso bajo análisis o en un subconjunto de casos, por sus circunstancias particulares– de las impugnaciones generales o faciales (*facial challenges*) –en las cuales se sostiene que todas o buena parte de las aplicaciones de la ley son inconstitucionales y, por tanto, debe ser inaplicada en todo caso–.³⁸⁸

Más aún, la literatura ha reconocido que la posibilidad de hacer uno u otro tipo de análisis depende de la estructura del test o metodología de adjudicación constitucional que se emplee³⁸⁹, amén de que existen casos en los que las cortes no sólo ponderan los intereses específicos de las partes de una disputa,³⁹⁰ ni tampoco contextos específicos, sino más amplios.³⁹¹

Pues bien, lo que me interesaría demostrar es que el test de proporcionalidad es, en términos generales, una metodología que admite ambos tipos de control (facial y de aplicación). Dicho de otro modo, mostrar que el test es compatible con las impugnaciones en las cuales se alega que una medida es inconstitucional por su aplicación al caso concreto, como las otras en las que se alega que la medida es siempre o generalmente inconstitucional, como sería incluso el control abstracto de constitucionalidad.

Incluso parte de la literatura ha apuntado, aunque sin desarrollar del todo, la compatibilidad entre ciertas metodologías de adjudicación provenientes del control concreto de constitucionalidad, por un lado, y el control de constitucionalidad abstracto a cargo de los tribunales constitucionales europeos, por el otro. De acuerdo con algunos trabajos,³⁹² las doctrinas de la amplitud excesiva (*overbreadth doctrine*) y

³⁸⁸ Kreit (2010).

³⁸⁹ Fallon (2000, 1324).

³⁹⁰ En este sentido, Aleinikoff (1987, 978) señala que, en el caso de Estados Unidos, la Corte Suprema “no sólo resuelve disputas individuales en los litigios constitucionales; establece principios generales sobre los poderes públicos y los derechos individuales que las legislaturas las legislaturas conocerán y las cortes inferiores seguirán. Por lo tanto, la Corte usualmente parece que realiza una ponderación global, examinando los intereses de todo un grupo”.

³⁹¹ Así lo explican Newton y May, refiriéndose al uso de la proporcionalidad en el derecho internacional, especialmente en el contexto de los conflictos armados: “En la complejidad de la guerra y del cambio de estrategia, las consideraciones de proporcionalidad bien podrían justificar una moderación que sería apropiada en contextos específicos, pero que estarían completamente fuera de lugar a la luz de consideraciones estratégicas más amplias. A la inversa, [...] algunas limitaciones articuladas en términos de proporcionalidad podrían ser indeseables desde el punto de vista de los actores que están bajo fuego, pero que serían exigidas por objetivos políticos o estratégicos más amplios de la operación” (2014, 20).

³⁹² Ferreres Comella (2004, 490).

el efecto amedrentador (*chilling effect*), articuladas por la Corte Suprema estadounidense, son ejemplos en los que “la posibilidad del control abstracto les permite a las cortes proteger ciertos derechos, o ciertos aspectos de ellos, que serían mucho más difíciles de proteger si la revisión se realizara en el contexto de un caso particular”.³⁹³

En la práctica lo vemos tanto implícitamente como explícitamente. Por ejemplo, en una tesis de la Octava Época,³⁹⁴ es evidente que la SCJN distingue entre ambos niveles de análisis, para enfatizar que los principios de equidad y proporcionalidad en materia tributaria deben analizarse desde un punto de vista general (y no de las características del caso individual).

Mediante esta distinción entre el nivel de análisis de constitucionalidad (aplicado o facial) y el tipo de vía de control (concreta o abstracta) es posible generar una teoría que llene el vacío advertido en la literatura y que permita entender por qué el uso del test de proporcionalidad en el control abstracto de constitucionalidad es mucho más frecuente que lo que sugiere el sector dominante de la doctrina. Asimismo, creo

³⁹³ Ferreres Comella (2004, 490-491) lo explica de la siguiente forma: “Esta doctrina permite que una corte declare la inconstitucionalidad facial de una ley, si ésta limita conductas que están protegidas bajo la Primera Enmienda, incluso cuando también protege conductas que no están protegidas. La idea es que la existencia de una ley así podría generar un ‘efecto amedrentador’, ya que indebidamente desalentaría al discurso constitucionalmente protegido. El punto interesante acerca de esta doctrina es que aquel cuyo discurso no ha sido privilegiado de cualquier manera puede hacer el planteamiento de que la ley es inconstitucional. Es por ello que esta doctrina es vista por algunos jueces estadounidenses como un elemento extraño en el sistema de adjudicación constitucional. La idea de que el control de constitucionalidad está ligada a la resolución de casos hace difícil de aceptar que la persona cuyo acto no está protegido pueda plantear exitosamente que la ley es inconstitucional sobre la base de que prohíbe a otros individuos, que no son partes en el litigio, que realicen un discurso constitucionalmente protegido. Parece que existe una desconexión entre la doctrina sustantiva y el contexto procedimental de la adjudicación. El hecho de que esta doctrina se haya generado en Estados Unidos, y que siga en funcionamiento, muestra que las doctrinas sustantivas pueden crecer y desarrollarse en contextos procedimentales. De cualquier forma, la tensión permanece. En contraste, este problema no surge en un sistema que permite que ciertas instituciones públicas controviertan las leyes en abstracto. En ese sistema no existe una desconexión entre la sustancia y el procedimiento. El público interesado en que no exista una ley que amedrente el discurso puede ser protegido mediante una institución pública que alegue que la ley, porque es excesivamente amplia, afectará negativamente los intereses discursivos de la comunidad en su conjunto”.

³⁹⁴ Véase la jurisprudencia de rubro “PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS, FALTA DE. DEPENDE DE CIRCUNSTANCIAS GENERALES”, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo III, primera parte, enero-junio de 1989, pág. 232, registro 205990. En dicha tesis se señala lo siguiente: “El alegato de un causante en el sentido de que su capacidad contributiva ha disminuido por circunstancias diversas y que, por este hecho, el impuesto que debe cubrir resulta desproporcionado e inequitativo, no es razón para considerar que la ley que lo impone es inconstitucional, toda vez que tal determinación no puede derivar de situaciones particulares de un contribuyente, sino que depende de circunstancias generales. El carácter desproporcionado o inequitativo de una contribución únicamente puede derivar, por la propia naturaleza de la ley fiscal que la establece, de su relación con el conjunto de los sujetos pasivos”.

que esta distinción ayudará a clarificar, entre otras cosas, el tipo de análisis que deben realizar las cortes y, sobre todo, los efectos de sus sentencias.

3.2 El test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio y el juicio de igualdad

Entre las muchas metodologías de adjudicación que ofrece tanto la doctrina como la práctica jurisdiccional es posible identificar tres que han adquirido particular relevancia por la frecuencia con que han migrado a las más variadas judicaturas del mundo: (i) el modelo alemán del test de proporcionalidad, (ii) los niveles de escrutinio estadounidenses y (iii) el juicio de igualdad que, entre otros, emplea del Tribunal Constitucional español.³⁹⁵ Se trata de tres metodologías que comparten ciertos elementos, pero que presentan marcadas diferencias en cuanto a su estructura. Sucede, sin embargo, que con frecuencia los tribunales constitucionales mezclan y confunden estas metodologías, como lo muestra tanto la doctrina como la práctica jurisdiccional.³⁹⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación es un extraordinario ejemplo de esta tendencia.

Otro de los principales hallazgos de mi tesis doctoral fue la manera en la que el Pleno y las salas generaron y aplicaron, con poca consistencia, una serie de test híbridos. Así, por ejemplo, la Corte combinó un juicio de igualdad y un test de proporcionalidad con diferentes niveles de escrutinio para analizar las violaciones al principio de igualdad o equidad tributaria;³⁹⁷ aplicó los niveles de escrutinio para analizar tanto intervenciones en derechos fundamentales, como violaciones al principio de igualdad y hasta conflictos en vías para analizar conflictos competenciales;³⁹⁸ y confeccionó un test de proporcionalidad que a la vez es juicio de igualdad y, en otros casos, es mera idoneidad.³⁹⁹

³⁹⁵ Giménez Gluck (2004).

³⁹⁶ Conesa Labastida (2009).

³⁹⁷ Véase la tesis 1a. LIII/2012 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2000683, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VII, tomo 1, pág. 882, abril de 2012, con el rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. EN ATENCIÓN A LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MISMAS, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE REQUIERE DE UN MÍNIMO Y NO DE UN MÁXIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN”.

³⁹⁸ Véase la tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.), de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2004712, de la 10ª Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXV, tomo 2, pág. 1052, octubre de 2013, con el rubro “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”.

³⁹⁹ Véase la tesis de jurisprudencia 2a./J. 11/2018 (10a.), aprobada por la Segunda Sala de la SCJN en sesión privada del 24 de enero de 2018, con el número de registro 2016133, de la 10ª Época, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 51, tomo I, pág. 510, con el rubro “TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN”.

Este tipo de estrategias son problemáticas no sólo cuando se usan de forma poco sistemática, sino también porque la combinación de elementos provenientes de diferentes tests puede hacer que no se alcance la finalidad que se pretende. En particular, resulta indispensable distinguir entre las metodologías que son aptas para resolver *tratos diferenciados* (el juicio de igualdad y una de las variantes de los niveles de escrutinio estadounidenses) y *colisiones entre derechos, principios e intereses* (el test de proporcionalidad y la otra variante de los niveles de escrutinio).

En esta tesis presenté una formalización completa del test de proporcionalidad alexiano, así como una primera comparación entre éste y los niveles de escrutinio estadounidense. En trabajos posteriores, creo que sería relevante hacer un análisis más detallado de las tres metodologías de adjudicación que he señalado, pues creo que las deficiencias e incompatibilidades que generan los tests híbridos son más nítidas cuando se formalizan los elementos de los distintos test y juicios. Lo que busco, en suma, es generar un marco más claro que permita comprender (y criticar) de mejor forma el empleo de metodologías mixtas de adjudicación, que se ha vuelto muy frecuente en diversas jurisdicciones.

3.3 Test de proporcionalidad y principio de interdependencia

Sobre la reforma de derechos humanos de 2011 se ha escrito mucho y, al mismo tiempo, muy poco. Y quizá uno de los mayores pendientes en nuestra doctrina sea el desarrollo sobre las consecuencias concretas que tienen principio de interdependencia para la adjudicación constitucional.

Este principio suele entenderse como el hecho de que “el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la relación de otro derecho o grupo de derechos”,⁴⁰⁰ o bien, “que la realización de los derechos no puede darse de manera aislada, porque existe una dependencia –conceptual y práctica–”⁴⁰¹ entre diferentes derechos. Sobre estas definiciones, más o menos básicas, suele haber poca controversia. Lo que no queda claro es cuáles son las consecuencias prácticas de este principio.

La formalización del test de proporcionalidad que realicé en esta tesis puede ser empleada para distinguir y analizar algunas de las distintas maneras en que el principio de interdependencia puede ser empleado, de manera relevante, en la adjudicación constitucional. En términos generales, creo que el principio puede servir para: (i) crear ámbitos de protección que no estarían cubiertos si sólo se consideraran derechos humanos en lo individual,⁴⁰² (ii) para construir finalidades

⁴⁰⁰ Vázquez y Serrano (2011, 151-152).

⁴⁰¹ Salazar y otros (2015, 99).

⁴⁰² Esa es, si bien entiendo, una de las propuestas de Medellín Urquiaga (2019) a partir de su interpretación de diversas sentencias de la Corte IDH. Y creo que –más allá del cuestionable uso de la palabra “penumbras” (Berger 1997, 316)–, el planteamiento es similar a la idea expresada por el

(legítimas, importantes o apremiantes) que no existirían sin la consideración conjunta de los derechos interdependientes y (iii) para incrementar, en la ponderación, el peso o importancia de los derechos interdependientes, de tal forma que su magnitud sea mayor a la que tendrían los derechos individualmente considerados. De esta forma, creo que es posible incorporar plenamente el principio de interdependencia de manera relevante y clara en la adjudicación constitucional a partir de la formalización que he presentado.

3.4 Estudios empíricos que ahonden en la aplicación del test de proporcionalidad en la Suprema Corte mexicana

Otra línea de investigación que sin duda merece ser desarrollada está relacionada con el estudio empírico del test de proporcionalidad. Como se ha reconocido en la literatura, en la actualidad la mayor parte de los trabajos sobre el test de proporcionalidad suelen estar concentrados en el plano normativo.⁴⁰³ Así, se suelen discutir tanto las bondades como los problemas teóricos del test de proporcionalidad, pero son pocos los estudios empíricos que han analizado sistemáticamente la aplicación del test de proporcionalidad.

Quizá la mayor excepción a lo anterior sea el trabajo recientemente coordinado por Kremnitzer, Steiner y Lang,⁴⁰⁴ en el cual se estudia sistemáticamente la aplicación del test en el Tribunal Constitucional Federal alemán,⁴⁰⁵ la Corte Suprema de Canadá,⁴⁰⁶ el Tribunal Constitucional de Chile,⁴⁰⁷ la Corte Suprema de la India,⁴⁰⁸ la

juez Douglas en la sentencia del caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965): “*The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. [...] Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers ‘in any house’ in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the ‘right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.’ The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: ‘The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.’” Como ha señalado jocosamente Dixon (1976, 84), la creación del derecho fundamental fue producto de una conjunción de diversas disposiciones de la Carta de Derechos de la Constitución estadounidense: “*Justice Douglas, in good form then, skipped through the Bill of Rights like a cheerleader – ‘Give me a P... give me an R... an I...,’ and so on, and found P-R-I-V-A-C-Y as a derivative or penumbral right’.*”*

⁴⁰³ Kremnitzer, Steiner y Lang (2020, 4).

⁴⁰⁴ Kremnitzer, Steiner y Lang (2020).

⁴⁰⁵ Lang (2020).

⁴⁰⁶ Hardcastle (2020).

⁴⁰⁷ Covarrubias Cuevas (2014).

⁴⁰⁸ Chandra (2020).

Corte Suprema de Israel,⁴⁰⁹ el Tribunal Constitucional polaco⁴¹⁰ y la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁴¹¹

Como se ha visto, en este trabajo presenté un primer estudio empírico sobre la aplicación del test de proporcionalidad en el Suprema Corte mexicana. Y, aunque el número de casos es similar al analizado en dichos estudios (como se muestra en la tabla 5.1), lo cierto es que la base de datos que emplee es mucho más limitada en términos de las variables analizadas.

Tabla 5.1
Estudios empíricos de la aplicación del test de proporcionalidad en Alemania, Canadá, India, Israel, Polonia y Sudáfrica

Tribunal constitucional o suprema corte	Núm. casos	Periodo	Fuente
Tribunal Constitucional Federal (Alemania)	114	2000-2017 (18 años)	Lang (2020)
Corte Suprema de Canadá	120	1986-2017 (31 años)	Hardcastle (2020).
Corte Suprema de la India	98	2004-2016 (13 años)	Chandra (2020)
Corte Suprema de Israel	161	2006-2015 (10 años)	Steiner (2020)
Tribunal Constitucional (Polonia)	100	2010-2015 (4.5 años)	Śledzińska-Simon (2020)
Corte Constitucional de Sudáfrica	101	1995-2017 (22 años)	Stacey (2020)
Suprema Corte de Justicia la Nación (México)	101	1995-2018 (24 años)	Martín Reyes (2021)

Fuente: Kremnitzer, Steiner y Lang (2020).

Por lo anterior, creo que sería indispensable emprender un análisis que, entre otras cosas, cuantifique en cada caso de aplicación: (i) el número y tipo de exámenes que tiene el test, (ii) si la medida pasa o no todos los exámenes del test, (iii) el número de exámenes que se realizan, (iv) el número de exámenes que se cumplen o incumplen y (v) en qué examen, en su caso, se detiene el análisis de proporcionalidad. Ello permitiría contar con una radiografía mucho más precisa sobre la aplicación del test de proporcionalidad en México, así como contrastar los resultados obtenidos con la práctica de otros tribunales constitucionales.

⁴⁰⁹ Steiner (2020).

⁴¹⁰ Śledzińska-Simon (2020).

⁴¹¹ Stacey (2020).

3.5 Discurso gubernamental y nuevas tecnologías: entre el escrutinio estricto, la razonabilidad y la no regulación.

Para actuar el gobierno y las autoridades democráticamente electas necesitan hablar y comunicarse con el público. Al hacerlo, actúan indudablemente como autoridades y, en esa medida, se trata de actos de autoridad sujetos a los límites que impone la constitución. Pero también es claro que se trata de autoridades democráticamente electas, que fueron votadas bajo la promesa de implementar un programa específico de gobierno y que, en esa medida, se espera que actúen desde ese punto de vista.

Por lo mismo, en la regulación del discurso gubernamental parecen poco razonables las soluciones de extremo: no es posible, por una parte, sujetarlos a estándares muy estrictos que inhiban la toma de postura por parte de las autoridades; y, por la otra, tampoco es posible renunciar a cierto nivel de control pues, se insiste, se está frente a actos de autoridad sujetos a los límites que pone el poder y no frente al ejercicio de derechos. Las soluciones, por tanto, parecen encontrarse en el centro, en la búsqueda de un equilibrio entre ambos extremos.⁴¹²

Cuál es el balance correcto, no obstante, no es del todo claro, y los problemas son aún mayores si consideramos los retos que imponen las nuevas tecnologías y, particularmente, las redes sociales. ¿Es posible (y deseable) regular la forma en que interactúan las autoridades con la ciudadanía? ¿Cuáles son los límites que tienen las autoridades cuando hablan y actúan a través de plataformas digitales como Twitter, Facebook y otras redes sociales? Las respuestas a estas interrogantes no son evidentes, pero el derecho comparado ofrece algunas alternativas.

⁴¹² Esta parece ser, precisamente, la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH): “[E]n una sociedad democrática no sólo es legítimo, sino que en ocasiones constituye un deber de las autoridades estatales, pronunciarse sobre cuestiones de interés público. Sin embargo, al hacerlo están sometidos a ciertas limitaciones en cuanto deben constatar en forma razonable, y deberían hacerlo con una diligencia aún mayor a la empleada por los particulares, en razón de su alta investidura, del amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población, y para evitar que los ciudadanos y otras personas interesadas reciban una versión manipulada de determinados hechos. Además, deben tener en cuenta que en tanto funcionarios públicos tienen una posición de garante de los derechos fundamentales de las personas y, por tanto, sus declaraciones no pueden desconocer éstos ni constituir formas de injerencia directa o indirecta o presión lesiva en los derechos de quienes pretenden contribuir a la deliberación pública mediante la expresión y difusión de su pensamiento. Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado”. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, sentencia de 22 de junio de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 195. Véanse, además, los siguientes precedentes: *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 139; y *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), pág. 131.

Las cortes estadounidenses han regulado y formalizado dos doctrinas que resultan particularmente relevantes y que están en medio de la disputa sobre el control del discurso gubernamental en redes sociales. La primera es la doctrina del foro público (*public forum doctrine*), que establece fuertes límites a las acciones que buscan limitar el discurso en espacios públicos. La doctrina distingue, por un lado, los foros públicos tradicionales (calles, parques, etc.) y los foros públicos designados (espacios geográficos pero también virtuales que el gobierno ha abierto a las actividades expresivas), en los cuales cualquier restricción debe pasar necesariamente por un escrutinio estricto; y, por la otra, los foros no públicos (espacios que son propiedad del gobierno pero que no han sido abiertos para actividades expresivas), y en los cuales las restricciones son sujetas a un mero estándar de razonabilidad.⁴¹³

La segunda es la doctrina del discurso gubernamental, la cual le permite al gobierno apoyar, con un gran amplitud, ciertos programas, políticas públicas y puntos de vista sin sujetarse al test de escrutinio estricto que supondría la aplicación de la Primera Enmienda, que reconoce el derecho a la libre expresión.⁴¹⁴ Detrás de esta doctrina está la idea de que “los ganadores de las elecciones tienen el derecho a controlar al gobierno y a usar sus mecanismos para promover sus objetivos políticos”.⁴¹⁵ Se trata, en suma, de una doctrina que da un muy amplio margen para la acción gubernamental, incluida la realizada en redes sociales.

Dados los muy distintos estándares que se aplican en cada una de estas doctrinas, y los diferentes niveles de regulación que suponen, no es casualidad que buena parte de las disputas judiciales en torno a la actuación de autoridades en redes sociales gire en torno a la determinación de si se está frente a un foro público, o bien, frente a un foro gubernamental. Pero las líneas entre una y otra, como ha apuntado la doctrina, no son del todo claras, y mucho menos en los nuevos espacios digitales.

Debido a lo anterior, el caso estadounidense representa un extraordinario caso para estudiar la pertinencia las regulaciones de redes sociales que se construyen a partir de niveles de escrutinio. Este trabajo busca responder a varias preguntas. ¿En qué medida es deseable utilizar los niveles de escrutinio para resolver este tipo de disputas? ¿Son adecuadas las doctrinas del foro público y del discurso gubernamental para hacer frente a los retos que imponen las redes sociales? ¿Tienen las judicaturas la capacidad para brindar soluciones efectivas a estos retos?

⁴¹³ Park (2009, 120).

⁴¹⁴ Graham (2011).

⁴¹⁵ Park (2009, 123).

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos, y Eugenio Bulygin. 2012. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2^a ed. Buenos Aires: Astrea.
- Aleinikoff, Alexander. 1987. «Constitutional Law in the Age of Balancing.» *The Yale Law Journal* 96 (5): 943-1005.
- Alexander, Larry. 2012. «Legal Objectivity and the Illusion of Legal Principles.» En *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, de Matthias Klatt, 115-131. Nueva York: Oxford University Press.
- Alexy, Robert. 1989. *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Nueva York: Oxford University Press.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. 1997. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2000. «On the Structure of Legal Principles.» *Ratio Juris* 13 (3): 294-304.
- Alexy, Robert. 2002a. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Alexy, Robert. 2002b. «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales.» *Revista Española de Derecho Constitucional* 22 (66): 13-64.
- Alexy, Robert. 2002c. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Nueva York: Clarendon Press / Oxford.
- Alexy, Robert. 2003a. «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality.» *Ratio Juris* 16 (2): 131-140.
- Alexy, Robert. 2003b. «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison.» *Ratio Juris* 16 (4): 433-449.
- Alexy, Robert. 2004. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, Robert. 2005. «Balancing, constitutional review, and representation .» *International Journal of Constitutional Law* 3 (4): 572-581.
- Alexy, Robert. 2007a. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, Robert. 2007b. «Thirteen Replies.» En *Law, Rights and Discourse The Legal Philosophy of Robert Alexy*, de George Pavlakos, 333-366. Portland: Hart Publishing.
- Alexy, Robert. 2008. «La fórmula del peso.» En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, de Miguel Carbonell, 13-42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alexy, Robert. 2009. «On Constitutional Rights to Protection.» *Legisprudence* 3 (1): 1-17.
- Alexy, Robert. 2010. «The Construction of Constitutional Rights.» *Law & Ethics of Human Rights* 4 (1): 20-32.
- Alexy, Robert. 2014a. «Formal principles: Some replies to critics.» *International Journal of Constitutional Law* 12 (3): 511-524.

- Alexy, Robert. 2014b. «Constitutional Rights and Proportionality.» *Revue, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* 22: 51-65.
- Alexy, Robert. 2015a. «Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa.» En *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, de Jorge Luis Fabra Zamora y Leonardo García Jaramillo, 219-234. México: IIJ-UNAM.
- Alexy, Robert. 2015b. «Analysis, Human Dignity and Proportionality.» *Espaço Jurídico Journal of Law* 16 (3): 83-96.
- Alexy, Robert. 2016. «The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights.» *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (1): 1-17.
- Alexy, Robert. 2017. «Proportionality and Rationality.» En *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, de Vicki C. Jackson y Mark Tushnet, 13-29. Nueva York: Cambridge University Press.
- Alexy, Robert. 2018. «Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak.» *International Journal of Constitutional Law* 16 (3): 871-879.
- Alexy, Robert. 2019a. «La ponderación en la aplicación del derecho.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 91-106. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019b. «La fórmula del peso.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 141-162. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019c. «Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 163-180. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019d. «Los principios formales. Algunas respuestas a los críticos.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 265-280. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019e. «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 281-295. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019f. «La dimensión absoluta y la dimensión relativa de los derechos fundamentales.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 297-316. Lima: Palestra.
- Alexy, Robert. 2019g. «El deber ser real y la optimización.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 317-331. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019h. «¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad.» En *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, de Gonzalo Villa Rosas, 333-349. Lima: Palestra Editores.
- Alexy, Robert. 2019i. «Mart Susi's internet balancing formula.» *European Law Journal* 25 (3): 213-220.
- Alvez, Amaya. 2010. «¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un

- mecanismo constitucional?» *Revista de la Facultad de Derecho de México* 60 (253): 357-380.
- Adside, Charles. 2020. «The Establishment Clause Forbids Coercion, Not Cooperation, between Church and State: How the Direct Coercion Test Should Replace the Lemon Test.» *North Dakota Law Review* 95 (3): 533-567.
- Aguiló Regla, Josep. 2005. «Tres preguntas sobre principios y directrices.» *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28: 329-340.
- Aguilar Reynoso, Sofía del Carmen, y Sara Isela Contreras Medrano. 2020. «¿Cómo entiende la Corte la 'esfera de lo indecible'? El caso de la educación inicial para comunidades indígenas.» *Derecho en Acción* (CIDE).
- Ahumada, Marian. 2005. *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Cizur Menor: Civitas.
- Amaya, Alvez. 2010. «¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?» *Revista de la Facultad de Derecho de México* 60 (253): 357-380.
- Anderson, Bruce. 2013. «Weighing and Balancing in the Light of Deliberation and Expression.» En *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*, de Christian Dahlman y Eveline Feteris, 113-123. Dordrecht: Springer.
- Andrade Neto, João. 2018. *Borrowing Justification for Proportionality. On the Influence of the Principles Theory in Brazil*. Cham: Springer.
- Aragón Reyes, Manuel. 1998. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ariza Zapata, Carolina. 2012. «La ductilidad en los principios constitucionales en materia tributaria.» *Estudios de Derech* LXIX (153): 287-314.
- Arzo Santisteban, Xabier. 2014. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2019. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel. 2001. «Entrevista a Robert Alexy.» *Doxa* (24): 671-687.
- Atienza, Manuel. 2011. «Cómo evaluar sentencias judiciales.» *Dianoia* LVI (69): 113-134.
- Atienza, Manuel. 2017. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. 1996. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. 2017. *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*. Editado por Mirjam Künkler y Tine Stein. Vol. I. Oxford: Oxford University Press.
- Bücheler, Gebhard. 2015. *Proportionality in Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Bárcena Arévalo, Erika. 2018. «La reproducción judicial y la cultura jurídica. El sistema de nombramiento de personal en la Suprema Corte mexicana.» *Oñati Socio-Legal Series* 8 (5): 739-759.

- Baer, Susanne. 1999. «Equality: the jurisprudence of the German Constitutional Court.» *Columbia Journal of European Law* 5: 249-279.
- Baker, Aaron. 2008. «Proportional, Not Strict, Scrutiny: Against a US 'Suspect Classifications' Model Under Article 14 ECHR in the U.K.» *The American Journal of Comparative Law* 56 (4): 847-894.
- Barak, Aharon. 2012. *Proportionality*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barry, Brian. 1965. *Political Argument*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Beatty, David M. 2004. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Berger, Raoul. 1997. *Government by the Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Bernal Pulido, Carlos. 2003. «Estructura y límites de la ponderación.» *Doxa* 26: 225-238.
- Bernal Pulido, Carlos. 2005. «Tribunal Constitucional, legislador y principio de proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera.» *Revista Española de Derecho Constitucional* (74): 417-444.
- Bernal Pulido, Carlos. 2006. «On Alexy's Weight Formula.» En *Arguing Fundamental Rights*, de Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen, 101-110. Dordrecht: Springer.
- Bernal Pulido, Carlos. 2014. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales para el legislador, 4a. ed.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bomhoff, Jacco. 2013. *Balancing Constitutional Rights*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Borowski, Martin. 2007. «Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union.» *Legisprudence* 1 (2): 197-240.
- Borowski, Martin. 2021. «Necesidad y ponderación.» En *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 233-270. México: SCJN / CEC.
- Bouzat, Gabriel. 2016. «Principio de razonabilidad como límite a los poderes políticos.» En *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria. Tomo I*, de Roberto Gargarella y Sebastián Guidi, 173-192. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Breger, Marshall, y Gary Edles. 2000. «Established by Pactice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies.» *Administrative Law Review* 52 (4): 1111-1294.
- Brems, Eva, y Laurens Lavrysen. 2015. «'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights.» *Human Rights Law Review* 15: 139-168.
- Brożek, Bartosz. 2007. «The Weight Formula and Argumentation.» En *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, de George Pavlakos, 319-330. Portland: Hart Publishing.

- Bumke, Christian, y Andreas Voskuhle. 2019. *German Constitutional Law. Introduction, Cases, and Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Bustillos, Julio. 2009. *La justicia constitucional en México: análisis cuantitativo de las resoluciones en materia constitucional*. México: IIJ-UNAM.
- Carbonell, Miguel. 2008. «El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.» En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, de Miguel Carbonell, 9-12. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Cárdenas Gracia, Jaime. 2014. «Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLVII (139): 65-100.
- Cárdenas Soriano, Gustavo. 2021. «Libertad de expresión y daño moral: estudio argumentativo sobre el estándar de malicia efectiva.» En *El razonamiento judicial bajo la lupa argumentativa*, de Ramsés S. Montoya Camarena, Norberto Alvarado Alegría y Antonio Guiza Cabrera, 155-181. México: Editorial Libitum.
- Carter, Edward. 2013. «Actual Malice in the Inter-American Court of Human Rights.» *Communication Law and Policy* 18 (4): 395-423.
- Cass, Ronald A. 2013. «Weighing Constitutional Anchors: New York Times Co. v. Sullivan and the Misdirection of First Amendment Doctrine.» *First Amendment Law Review* 12: 399-421.
- Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. 2018. «La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad.» *Estudios en derecho a la información* (6): 49-67.
- Chandra, Aparna. 2020. «Limitation Analysis by the Indian Supreme Court.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 458-541. Nueva York : Cambridge University Press .
- Chemersinsky, Erwin. 1998. «Substantive due process.» *Touro Law Review* 15 (4): 1501-1534.
- Chemersinsky, Erwin. 2000. «Content Neutrality as a Central Problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's Application.» *Southern California Law Review* 41: 49-64.
- Chemersinsky, Erwin. 2015. *Constitutional Law. Principles and Policies*. New York: Wolters Kluwer.
- Chen, Jim. 2013. «La Constitución de los Estados Unidos en español: un servicio para el pueblo americano.» *Constitutional Commentary* 28 (3): 347-381.
- Cianciardo, Juan. 2016. «The Principle of Proportionality, Rights Theory and the Double Effect Doctrine.» En *Bioethical Decision Making and Argumentation*, de Pedro Serna y José-Antonio Seoane, 107-126. Suiza: Springer.
- Clérico, Laura. 2008. «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto.» En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, de Miguel Carbonell, 125-173. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Clérico, Laura. 2012. «Sobre 'casos' y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?» *Isonomía* (37): 113-145.

- Clérico, Laura. 2015. «Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» En *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, de Jorge Luis Fabra Zamora y García Jaramillo, 429-451. México: IIJ-UNAM.
- Clérico, Laura. 2016. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Cohen, Amichai, y David Zlotogorski. 2021. *Proportionality in International Humanitarian Law: Consequences, Precautions, and Procedures*. Nueva York: Oxford University Press.
- Cohen-Eliya, Moshe, y Iddo Porat. 2009. «The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law.» *San Diego Law Review* 46 (2): 367-413.
- Cohen-Eliya, Moshe, y Iddo Porat. 2013. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Conesa Labastida, Luisa. 2009. «La tropicalización del principio de proporcionalidad: La experiencia de Colombia y México en el ámbito de igualdad.» *Revista de Derecho Público* (77): 351-377.
- Copi, Irving M., Carl Cohen, y Kenneth McMahon. 2014. *Introduction to Logic*. Essex: Pearson.
- Correa, Ponce, Patricio. 2020. «Afectación de la propiedad privada por la incautación de bienes y otras medidas cautelares reales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Revista Derecho del Estado* (47): 287-317.
- Cortez Salinas, Josafat. 2014a. *La Suprema Corte de Justicia en México. ¿Cuándo vota contra el Presidente?* México: IIJ-UNAM.
- Cortez Salinas, Josafat. 2014b. «Análisis Cualitativo Comparado: las decisiones de la Suprema Corte contra el Ejecutivo en México.» *Revista Mexicana de Sociología* 76 (3): 413-439.
- Cortez Salinas, Josafat. 2019. «Secretarios de estudio y cuenta en la Suprema Corte de México: Un actor esencial pero olvidado.» *Política y Gobierno* 26 (2).
- Cortez Salinas, Josafat, y Camilo Saavedra Herrera. 2021. «La sentencia es de quien la trabaja: estructura organizacional y justicia constitucional en México (1996-2005).» *Perfiles Latinoamericanos* 29 (58): 1-29.
- Cossío Díaz, José Ramón, y Roberto Lara Chagoyán. 2012. «En el país de las sentencias institucionales.» *Nexos*.
- Covarrubias Cuevas, Ignacio. 2014. «¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).» *Estudios Constitucionales* 12 (1): 163-237.
- Criado-Castilla, Juan Felipe. 2016. «El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural de concreción normativa del mandato de tratamiento igual.» *Pensamiento Jurídico* (44): 343-385.

- Crow, Kevi. 2017. «A Taxonomy of Proportionality in International Courts.» *iCourts Working Paper Series* (2017): 4-28.
- Daly, Tom Gerald, y Micha Wiebusch. 2018. «The African Court on Human and Peoples' Rights: mapping resistance against a young court .» *International Journal of Law in Context* 14: 294-313.
- Díaz Domínguez, Alejandro. 2016. «El tribunal electoral y los gastos de los partidos políticos en México.» *Perfiles Latinoamericanos* 24 (47): 69-94.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. 2008. «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español.» En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años de investigador del derecho. (Tomo V. Juez y sentencia constitucional)*, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. México: IIJ-UNAM / Marcial Pons.
- Díez Gargari, Rodrigo. 2012. «Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte.» *Cuestiones Constitucionales* (26): 65-106.
- Dixon, Robert G. 1976. «The New Substantive Due Process and the Democratic Ethic: A Prolegomenon.» *Brigham Young University Law Review* 43 (1): 43-88.
- Domingo, Pilar. 2000. «Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico.» *Journal of Latin American Studies* 32 (3): 705-735.
- Dworkin, Ronald. 1978. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Elizondo Mayer-Serra, Carlos, y Ana Laura Magaloni Kerpel. 2010. «La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia.» *Cuestiones Constitucionales* (23): 27-60.
- Encinas, Gabriel. 2021. «La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia.» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (44): 377-407.
- Epstein, Richard A. 1986. «Was New Y as New York Times v ork Times v. Sulliv . Sullivan Wrong?» *The University of Chicago Law Review* 53: 782-818.
- Eskridge, William. 2016. *Interpreting Law: A Primer on How to Read Statutes and the Constitution*. St. Paul: Foundation Press.
- Fleming, James, y Linda C. McClain. 2013. *Ordered Liberty: Rights, Responsibilities, and Virtues*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fallon, Richard. 2000. «As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing.» *Harvard Law Review* 113 (6): 1321-1370.
- Fallon, Richard. 2006. «Strict judicial scrutiny.» *UCLA Law Review* 54: 1267-1337.
- Fallon, Richard. 2019. *The Nature of Constitutional Rights. The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ferrajoli, Luigi. 2008. «La esfera de lo indecible y la división de poderes.» *Estudios Constitucionales* 6 (1): 337-343.

- Ferrajoli, Luigi. 2011. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Vol. 1. Teoría del derecho. Madrid: Trotta.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2011. «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano.» *Estudios Constitucionales* 9 (2): 531-622.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Rubén Sánchez Gil. 2009. *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso "Ley de Medios"*. México: UNAM.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Rubén Sánchez Gil. 2012. «Foreign Precedents in Mexican Constitutional Adjudication.» *Mexican Law Review* IV (2): 293-307.
- Ferrerres Comella, Víctor. 2004. «The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?» *International Journal of Constitutional Law* 2 (3): 461-491.
- Ferrerres Comella, Víctor. 2009. *Constitutional Courts and Democratic Values. An European Perspective*. New Haven: Yale University Press.
- Friedman, Barry. 2006. «Taking Law Seriously.» *Perspectives on Politics* 4 (2): 261-276.
- Gallagher, Michael. 1991. «Proportionality, Disproportionality and Electoral Systems.» *Electoral Studies* 10 (1): 33-51.
- Gandini, Luciana, y Mauricio Padrón Innamorato. 2017. «Una revisión de los abordajes metodológicos en las investigaciones en derecho recientes en la UNAM: ¿sapos de otro pozo?» En *Las ciencias sociales en la UNAM. Análisis de la producción académica contemporánea*, de Khemvirg Puente Martínez y Fiorella Mancini Ghirardi, 145-170. México: UNAM.
- García Amado, Juan Antonio. 2009. «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica.» En *Derechos sociales y ponderación*, de Ricardo García Manrique, 249-332. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, Juan Antonio. 2012. «Sobre ponderaciones. Debatendo con Manuel Atienza.» En *Un debate sobre ponderación*, de Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado, 39-88. Lima-Bogotá: Palestra / Temis.
- García Amado, Juan Antonio. 2016. «Conflictos entre derechos: qué son y cómo se resuelven.» En *Razonar sobre derechos*, de Juan Antonio García Amado. Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Amado, Juan Antonio. 2017. *Decidir y argumentar sobre derechos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- García Amado, Juan Antonio. 2019. «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico: un análisis (parcial) de la teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy.» En *Temas actuales de derecho administrativo-económico*, 195-230. Asunción: Banco Central del Paraguay.
- García Amado, Juan Antonio. 2021. «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.» En *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 77-118. México: CEC / SCJN.

- García Figueroa, Alfonso. 2011. «La revancha neoconstitucionalista de Grecia contra Roma. Notas sobre la inviabilidad de las relgas en el estado constitucional.» En *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, de Javier Espinoza de los Monteros y José Ramón Narváez H., 141-156. México: IJ-UNAM.
- Gardam, Judith. 1993. «Proportionality and Force in International Law.» *The American Journal of International Law* 87 (3): 391-413.
- Gardam, Judith. 2004. *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Gardbaum, Stephen. 2008. «The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism.» *Michigan Law Review* 107 (2008): 391-466.
- Gargarella, Roberto. 2008. *Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución*. Vol. 1, de *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, de Roberto Gargarella, 403-427. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Garner, Bryan A., et al. 2016. *The Law of Judicial Precedent*. Toronto: Thomson Reuters.
- Giménez Gluck, David. 2004. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch.
- González Carvallo, Diana Beatriz, y Rubén Sánchez Gil. 2021. «Introducción.» En *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, XV-XXVII. México: SCJN / CEC.
- González Galindo, Gustavo. 2013. *La ponderación de los derechos fundamentales: Estudio de las colisiones de derechos derivadas de manifestaciones públicas*. México: Porrúa.
- González Zuppa, Rodrigo. 2021. «El desarreglo de los métodos de adjudicación.» En *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 345-360. México: CEC / SCJN.
- Graham, Alyssa. 2011. «The Government Speech Doctrine and Its Effect on the Democratic Process.» *Suffolk University Law Review* 44 (3): 703-725.
- Grimm, Dieter. 2007. «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence.» *University of Toronto Law Journal* 57: 383-397.
- Guastini, Riccardo. 2013. «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales.» *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional* (8): 71-79.
- Guastini, Riccardo. 2014. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, Riccardo. 2018. «Aplicar principios constitucionales.» *Revista de Derecho* 3 (1): 11-22.
- Gunn, T. Jeremy. 2006. «Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis.» *Emory International Law Review* 19: 465-498.
- Gunther, Gerald. 1972. «Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection.» *Harvard Law Review* 86 (1): 1-48.
- Günther, Klaus. 1993. *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*. Albany: State University of New York Press.
- Habermas, Jürgen. 1996. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: The MIT Press.

- Habermas, Jürgen. 2010. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hapla, Martin. 2020. «The twilight of the separation of powers: Proportionality as a method of solving institutional issues.» *Hungarian Journal of Legal Studies* 61 (1): 71-84.
- Hardcastle, Lorian. 2020. «Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 134-192. Nueva York: Cambridge University Press .
- Hemphill, C. Scott. 2016. «Less Restrictive Alternatives in Antitrust Law.» *Columbia Law Review* 116: 927-990.
- Henckels, Caroline. 2012. «Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration.» *Journal of International Economic Law* 15 (1): 223-255.
- Hinojo Rojas, Manuel. 1996. «Al hilo de la declaración de 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.» *Anuario Español de Derecho Internacional* 12: 491-522.
- Hsu, Jimmy Chia-Shin. 2013. «What Would Happen To the Actual Malice Doctrine in a Severely Polarized Democracy?—The Case of Taiwan.» *Opinio Juris in Comparatione* 1 (1): 1-49.
- Huerta Ochoa, Carla. 2003. «La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XXXVI (108): 927-950.
- Hurley, Susan L. 1989. *Natural Reasons: Personality and Polity*. Nueva York: Oxford University Press.
- Hurka, Thomas. 2005. «Proportionality in the Morality of War.» *Philosophy & Public Affairs* 33 (1): 34-66.
- Ibarra Olgún, Frida Daniela. 2019. «La Suprema Corte y el uso de los niveles de escrutinio: su inconveniencia para el test de proporcionalidad.» *Derecho en Acción* (CIDE).
- Insignares-Cera, Silvana, y Viridiana Molinares-Hassan. 2012. «Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional colombiana.» *Vniversita* (124): 91-118.
- Jackson, Vicki C. 2004. «Being Proportional about Proportionality.» *Constitutional Commentary* 21: 803.
- Jackson, Vicki C. 2015. «Constitutional Law in an Age of Proportionality.» *Yale Law Journal* 124: 3094-3196.
- Jestaedt, Matthias. 2012. «Doctrine of Balancing — its Strengths and Weaknesses.» En *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, de Matthias Klatt, 152-173. Nueva York: Oxford University Press.
- Jones, Katherine. 2019. «On Account of Sex: How Massachusetts's Equal Rights Amendment Can Protect Choice.» *Boston University Public Interest Law Journal* 28 (1): 53-85.

- Klatt, Matthias. 2011. «Positive Obligations under the European Convention on Human Rights.» 71: 691-718.
- Klatt, Matthias. 2015. «Balancing competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts.» *Global Constitutionalism* 2 (2): 195-226.
- Klatt, Matthias. 2021. «Ponderación de derechos e intereses. Sobre la tesis asimétrica de Schauer.» En *El test de proporcionalidad; Convergencias y divergencias*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 373-409. México: SCJN / CEC.
- Klatt, Matthias, y Moritz Meister. 2012a. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Nueva York: Oxford University Press.
- Klatt, Matthias, y Moritz Meister. 2012b. «Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I·CON controversy.» *International Journal of Constitutional Law* (10): 687-708.
- Klatt, Matthias, y Moritz Meister. 2017. *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. México: IJ-UNAM.
- Klatt, Matthias, y Johannes Schmidt. 2012. «Epistemic discretion in constitutional law.» *International Journal of Constitutional Law* 10 (1): 69-105.
- Klein, Bruce Forrest. 1984. *Oklahoma City University Law Review* 9: 317-352.
- Kalven, Harry. 1964. «The New York Times Case: A Note on 'The Central Meaning of the First Amendment'.» *The Supreme Court Review* 191-221.
- Kaplow, Louis. 2019. «Balancing Versus Structured Decision Procedures: Antitrust, Title VII Disparate Impact, and Constitutional Law Strict Scrutiny.» *University of Pennsylvania Law Review* 167: 1375-1462.
- Kastellec, Jonathan P. 2010. «The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees.» *Journal of Empirical Legal Studies* 7 (2): 202-230.
- Kelso, R. Randall. 2013. «United States Standards of Review versus the International Standard of Proportionality: Convergence and Symmetry.» *Ohio Northern University Law Review* 39: 455-504.
- Khosla, Madhav. 2010. «Proportionality: An assault on human rights?: A reply.» *International Journal of Constitutional Law* (8): 298-306.
- Koppelman, Andrew. 2014. «Beyond Levels of Scrutiny: Windsor and Bare Desire to Harm.» *Western Reserve Law Review* 64 (3): 1045-1072.
- Kreit, Alex. 2010. «Making Sense of Facial and As-Applied Challenges.» *William & Mary Bill of Rights Journal* 18: 657-707.
- Kremnitzer, Mordechai, Talya Steiner, y Andrej Lang. 2020. «Introduction. Analysing Proportionality Comparatively and Empirically.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 1-21. Nueva York : Cambridge University Press .
- Lang, Andrej. 2020. «Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 22-133. Nueva York: Cambridge University Press.

- Lara Chagoyán, Roberto. 2017. «Decidir, argumentar y engrosar: el caso Martín del Campo.» *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (40): 281-299.
- Latapie Aldana, Ricardo. 2021. «¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad?» En *Discriminación. Piezas para armar*, de Ana María Ibarra Olguín, 141-210. México: CEC / SCJN.
- Letsas, George. 2015. «Rescuing Proportionality .» En *Philosophical Foundations of Human Rights*, de Rowan Cruft, S. Matthew Liao y Massimo Renzo. Oxford University Press.
- Lewis, Anthony. 1983. «New York Times v. Sullivan Reconsidered: Time to Return to 'The Central Meaning of the First Amendment'.» *Columbia Law Review* 83 (3): 603-625.
- Lewis, John Bruce, y Bruce L. Ottley. 2014. «New York Times v. Sullivan at 50: Despite Criticism, the Actual Malice Standard Still Provides Breathing Space for Communications in the Public Interest.» *DePaul Law Review* 64 (1): 1-64.
- Lindahl, Lars. 2016. «On Robert Alexy's Weight Formula for Weighing and Balancing.» En *Rights: Concepts and Contexts*, de Horacio Spector y Brian Bix, 173-193. Nueva York: Routledge.
- Lopera Mesa, Gloria Patricia. 2005. «El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo.» *Revista Española de Derecho Constitucional* (73): 381-410.
- López Ayllón, Sergio, y Florencio Valladares. 2009. «Las acciones de inconstitucionalidad en la Constitución mexicana: balance empírico de doce años de ejercicio.» *Cuestiones Constitucionales* 21: 175-211.
- López Sánchez, Rogelio. 2016. *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Nuevos modelos hermenéuticos y argumentativos*. México: Porrúa.
- Möller, Kai. 2012. «Proportionality: Challenging the critics.» *International Journal of Constitutional Law* (10): 709-731.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. 2001. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw Hill.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. 2008. «¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?» En *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. (Tomo II, Tribunales constitucionales y democracia)*, de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. México: IJ-UNAM / Marcial Pons.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura. 2011. «La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional.» *Documento de trabajo de la División de Estudios Jurídicos (CIDE)* (57): 1-22.
- Magaloni Kerpel, Ana Laura, y Ana María Ibarra Olguín. 2008. «La configuración jurisprudencial de los derechos fundamentales: El caso del derecho constitucional a una defensa adecuada.» *Cuestiones Constitucionales* 19: 107-147.
- Magaloni, Beatriz, Arianna Sánchez, y Eric Magar. 2011. «Legalist vs. Interpretativist: The Supreme Court and the Democratic Transition in

- Mexico.» En *Courts in Latin America*, de Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, 187-218. Nueva York: Cambridge University Press.
- Marks, Noah. 2015. «Least Restrictive Means: *Burwell v. Hobby Lobby*.» *Harvard Law & Policy Review Online* 9: 19-30.
- Martín Reyes, Javier. 2012a. «El tribunal de los militantes. El control judicial de los conflictos intrapartidistas en México.» *América Latina Hoy* 62: 131-153.
- Martín Reyes, Javier. 2012b. «Un garantismo en tensión. La primera integración del TEPJF y el control jurisdiccional de la vida interna de los partidos políticos.» *Justicia Electoral* 10 (1): 223-266.
- Martín Reyes, Javier. 2012c. «De jueces, militantes y dirigencias partidistas. Un panorama cuantitativo del control jurisdiccional de los conflictos intrapartidistas en México (1996-2006).» *Veredas* (25): 177-208.
- Martín Reyes, Javier. 2015. «Sobre extorsiones judiciales.» *Nexos, El Juego de la Suprema Corte*.
- Martín Reyes, Javier. 2020a. «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*, de Luis Fernando Zepeda García, Miguel de J. Neria Govea, Samuel Hiram Ramírez Mejía y Rafael Ibarra Garza, 159-176. México: Tirant lo Blanch.
- Martín Reyes, Javier. 2020b. «COVID-19, tratos diferenciados y test de escrutinio estricto.» En *Emergencia sanitaria por COVID-19. Reflexiones desde el derecho (III)*, de Nuria González Martín, 77-83. México: IJ-UNAM.
- Martín Reyes, Javier. 2020c. «Entre la influencia, la deferencia y la indiferencia: El papel de las y los ministros en el engrose.» En *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, de César Astudillo y José Ramón Cossío, 1143-1156. México: Tirant lo Blanch.
- Martín Reyes, Javier. 2021. «Una metáfora (im)perfecta.» En *Pintura y ciencias penales*, de Gerardo Leveaga, Alejandra Silva Carreras y Manuel Jorge Carreón Perea. Ciudad de México: Inacipe.
- Martínez-Zorrilla, David. 2018. «Some Thoughts About the Limits of Alexy's Conception of Principles and Balancing.» En *Proportionality in Law. An Analytical Perspective*, de David Duarte y Jorge Silva Sampaio, 171-192. Cham: Springer.
- Mathews, Jud, y Alec Stone Sweet. 2011. «All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing.» *Emory Law Journal* 60: 797-875.
- Medellín Urquiaga, Ximena. 2019. «Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos.» *Estudios Constitucionales* 17 (1): 397-440.
- Medina Mora F., Alejandra, Pedro Salazar Ugarte, y Daniel Vázquez. 2015. *Derechos humanos y restricciones constitucionales. Los dilemas de la justicia*. México: Porrúa.
- Moreso, José Juan. 1996. *Lenguaje jurídico*. Vol. 11 (El derecho y la justicia), de *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, de Ernesto Garzón Valdés y Laporta Francisco J. Madrid: Trotta.

- Moreso, José Juan. 2006. «Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales.» *Revista Direito GV* 2 (2): 13-30.
- Moreso, José Juan. 2009. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Moreso, José Juan. 2010. «Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos.» *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura* CLXXXVI (745): 821-832.
- Moreso, José Juan. 2012. «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionality and Specificationism.» *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law* 25 (1): 31-45.
- Moreso, José Juan. 2013. «Alexy y la aritmética de la ponderación.» *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional* (8): 59-70.
- Nagel, Robert F. 1985. «The Formulaic Constitution.» *Michigan Law Review* 84 (2): 165-212.
- Neves, Marcelo. 2021. *Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules. Between the Hydra and Hercules*. Nueva York: Oxford University Press.
- Newton, Michael, y Larry May. 2014. *Proportionality in International Law*. Nueva York: Oxford University Press.
- Park, W. Daniel. 2009. «Government Speech and the Public Forum: A Clash between Democratic and Egalitarian Values.» *Gonzaga Law Review* 45 (1): 113-148.
- Pereira Otero, Christian Alexander. 2014. «Aproximación jurídica al contenido y alcance del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad individual en el constitucionalismo colombiano.» *Revista Temas Socio Jurídicos* 33 (67): 71-85.
- Peters, Anne. 2009. «Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law.» *Vienna Journal on International Constitutional Law* 3 (3): 170-198.
- Petersen, Niels. 2013. «How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law.» *German Law Journal* 14 (8): 1387-1408.
- Petersen, Niels. 2017. *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Petersen, Niels. 2020. «Alexy and the "German" Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test.» *German Law Journal* 21: 163-173.
- Petit Guerra, Luis Alberto. 2016. *El contenido mínimo prestacional del derecho fundamental a la educación gratuita "desde" las constituciones de España y Venezuela*. Sevilla: Tesis doctoral presentada en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla.
- Pinto, Mónica. 1997. «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.» En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, de Martín Abregú, 1-9. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Pirker, Benedikt. 2013. *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review. A Theoretical and Comparative Study*. Groningen: Europa Law Publishing.

- Pou Giménez, Francisca. 2014. «Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLVII (140): 585-616.
- Pou, Francisca. 2017. «Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy.» En *Judicial Politics in Mexico. The Supreme Court and the Transition to Democracy*, de Andrea Castagnola y Saúl López Noriega. Nueva York: Routledge.
- Pou Giménez, Francisca. 2021. «Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte.» En *Discriminación. Piezas para armar*, de Ana María Ibarra Olguín, 323-381. México: CEC / SCJN.
- Pozas-Loyo, Andrea, y Julio Ríos-Figueroa. 2018. «Anatomy of an informal institution: The 'Gentlemen's Pact' and judicial selection in Mexico, 1917-1994.» *International Political Science Review* 39 (5): 647-661.
- Prieto Sanchís, Luis. 2000. «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación.» *Cuadernos de Derecho Público* (11): 9-30.
- Ramshaw, Adam. 2019. «The case for replicable structured full proportionality analysis in all cases concerning fundamental right.» *Legal Studies* 39: 120-142.
- Rawls, John. 1999. *A Theory of Justice. Revised Edition*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2007. «Fragmentation of Power and the Emergence of Effective Judiciary in Mexico, 1994-2002.» *Latin American Politics and Society* 49 (1): 31-57.
- Ríos-Figueroa, Julio. 2016. *Constitutional Courts as Mediators: Armed Conflict, Civil-Military Relations, and the Rule of Law in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Ríos Granados, Gabriela. 2008. «Control de proporcionalidad en el derecho tributario mexicano.» *Documento de trabajo núm. 108*. México: IJ-UNAM, marzo.
- Ríos Granados, Gabriela. 2021. «Recepción del test de proporcionalidad en la jurisprudencia tributaria en México.» En *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 211-241. México: CEC / SCJN.
- Ríos Granados, Gabriela, y Rubén Sánchez Gil. 2020. «Principios constitucionales en materia tributaria: derechos humanos de los contribuyentes.» En *Manual de Derecho Fiscal*, de Gabriela Ríos Granados, 17-60. México: IJ-UNAM.
- Rivers, Julian. 2007. «Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing.» En *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, de George Pavlakos, 167-188. Portland: Hart Publishing.
- Roca Trías, Encarnación, y María Ángeles Ahumada Ruiz. 2013. «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española.» *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España XV Conferencia Trilateral*: 1-37.
- Rubio Llorente, Francisco. 1997. *La forma del poder. (Estudios sobre la Constitución)*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Ruiz Sáenz, Ángela. 2011. «Intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público versus derechos individuales.» *DS: Derecho y salud* 21 (2): 171-178.
- Scalia, Antonin, y Bryan A. Garner. 2012. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: Thomson/West.
- Schauer, Frederick. 2003. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Schauer, Frederick. 2009. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schauer, Frederick. 2010. «Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text.» *Law & Ethics of Human Rights* 4 (1): 33-45.
- Sánchez Gil, Rubén. 2007. *El principio de proporcionalidad*. México: IIJ-UNAM.
- Sánchez Gil, Rubén. 2009. «Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México.» *Cuestiones Constitucionales* (21): 471-489.
- Sánchez Gil, Rubén. 2012. *Escritos procesales constitucionales*. México: Porrúa.
- Sánchez Gil, Rubén. 2017. «Estudio preliminar.» En *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, de Matthias Klatt y Moritz Meister. México: IIJ-UNAM.
- Sánchez Gil, Rubén. 2021a. «Proporcionalidad y juicio constitucional en México.» En *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 23-. México: SCJN / CEC.
- Sánchez Gil, Rubén. 2021b. «Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto.» En *El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, 43-75. México: CEC / SCJN.
- Salazar Ugarte, Pedro. 2009. «Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana.» En *Garantismo espurio*, de Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera, 11-89. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Fontamara.
- Salazar Ugarte, Pedro. 2011. «Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción.» *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (34): 289-310.
- Salazar Ugarte, Pedro. 2017. «Justicia constitucional, justicia convencional y derechos humanos.» *Ex Legibus* (7): 129-139.
- Salazar Ugarte, Pedro, Paulina Barrera Rosales, Vladimir Chorny Elizalde, Ana Gaitán Uribe, Javier Martín Reyes, y María Guadalupe Salmorán Villar. 2015. *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*. México: IIJ-UNAM.
- Sacks, Jeffrey J., Leslie Sinclair, Julie Gilchrist, Gail C. Golab, y Randall Lockwood. 2000. «Breeds of dogs involved in fatal human attacks in the United States between 1979 and 1998.» *Journal of the American Veterinary Medical Association* 217 (6): 836-840.

- Saavedra Herrera, Camilo. 2013. *Democracy, judicialisation and the emergence of the Supreme Court as a policy-maker in Mexico*. Londres: Tesis de doctorado, London School of Economics.
- Saavedra Herrera, Camilo. 2020. «Las llaves de la Suprema Corte: fragmentación política y litigio constitucional en México.» *Revista Mexicana de Sociología* 82 (2): 429-460.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. 1990. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Seidman, Talya. 2015. «The Strictest Scrutiny: How the Hobby Lobby Court's Interpretation of the Least Restrictive Means Puts Federal Laws in Jeopardy.» *Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal* 14: 133-159.
- Sitzmann, Joseph E. 2019. «High-Value, Low-Value, and No-Value Guns: Applying Free Speech Law to the Second Amendment.» *The University of Chicago Law Review* 86: 1981-2030.
- Śledzińska-Simon, Anna. 2020. «Proportionality Analysis by the Polish Constitutional Tribunal.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 385-457. Nueva York : Cambridge University Press .
- Sobrevilla, David. 1996. «El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy.» *Isonomía* (4): 97-113.
- Soto Mota, Adrián, Andrés Castañeda Prado, Luis F. Fernández Ruiz, y Javier Martín Reyes. 2021. «¿Cómo salvar más vidas cuando los recursos son escasos? Una alternativa ante la COVID-19.» En *COVID-19 y bioética*, de María de Jesús Medina Arellano y Gustavo Ortiz Millán, 293-310. México: IJ-UNAM.
- Sotomayor Trelles, José Enrique. 2019. «Empates de ponderación, democracia y libertad.» *Ius Inkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política* (8): 346-354.
- Spence, Roy G., y David Yokum. 2015. «Scrutinizing Strict Scrutiny.» *Vermont Law Review* 40: 285-351.
- Stacey, Richard. 2020. «Proportionality Analysis by the South African Constitutional Court.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 193-284. Nueva York : Cambridge University Press .
- Steiner, Talya. 2020. «Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court.» En *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, de Mordechai Kremnitzer, Talya Steiner y Andrej Lang, 285-384. Nueva York : Cambridge University Press .
- Stern, James Y. 2020. «First Amendment Lochnerism & the Origins of the Incorporation Doctrine.» *University of Illinois Law Review* 2020 (5): 1501-1540.
- Stone Sweet, Alec. 2020. «The Necessity of Balancing: Hong Kong's Flawed Approach to Proportionality, and Why It Matters.» *Hong Kong Law Journal* 50 (2): 541-568.

- Stone Sweet, Alec, y Giacinto della Cananea. 2014. «Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration: A Response to Jose Alvarez.» *International Law and Politics* 46: 911-954.
- Stone Sweet, Alec, y Jud Mathews. 2008. «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism.» *Columbia Journal of Transnational Law* 47: 72-164.
- Stone Sweet, Alec, y Jud Mathews. 2019. *Proportionality, Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*. Nueva York: Oxford University Press.
- Sullivan, E. Thomas, y Richard S. Frase. 2009. *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Nueva York: Oxford University Press.
- Susi, Mart. 2019. «The internet balancing formula.» *European Law Journal* 25 (2): 198-212.
- Thorley, Dane. 2020. «Randomness Pre-Considered: Recognizing and Accounting for “De-Randomizing” Events When Utilizing Random Judicial Assignment.» *Journal of Empirical Legal Studies* 17 (2): 342-382.
- Tschentscher, Axel. 2014. «Interpreting Fundamental Rights-Freedom versus Optimization.» En *Debates in German Public Law*, de Hermann Pünder y Christian Waldhoff, 43-56. Londres: Hart Publishing.
- Tsakyraakis, Stavros. 2009. «Proportionality: An assault on human rights?» *International Journal of Constitutional Law* 7 (3): 468-493.
- Tsakyraakis, Stavros . 2010. «Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla.» *International Journal of Constitutional Law* 8 (2): 307-310.
- Tushnet, Mark. 2011. «Progressive Constitutionalism: What Is 'It'?» *Ohio State Law Journal* 72 (6): 1073-1082.
- Tushnet, Mark. 2014. «New York Times v. Sullivan Around the World.» *Alabama Law Review* 66 (3): 337-356.
- Tushnet, Mark. 2017. «Making Easy Cases Harder.» En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, de Vicki C. Jackson y Mark Tushnet, 303-321. Nueva York: Cambridge University Press.
- Tuzet, Giovanni. 2020. «Alexy & Economics.» *Bocconi Legal Studies Research Paper* (3542475): 1-18.
- Upegui Mejía, Juan Carlos. 2018. «Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México.» *Estudios en derecho a la información* 5: 35-57.
- Urbina, Francisco J. 2017. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Nueva York: Cambridge university Press.
- Vázquez, Daniel. 2016a. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. México: IIJ-UNAM.
- Vázquez Valencia, Luis Daniel. 2016b. «La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test.» *Alegatos* (92): 79-106.
- Vázquez, Luis Daniel, y Sandra Serrano. 2011. «Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.» En *La reforma*

- constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, de Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte. México: IJ-UNAM.
- Varrige, Michael. 2019. «Continuing Stigma: Why the FDA's Policy Deferring Men Who Have Sex with Men from Donating Blood Is Unconstitutional & a Poor Policy Choice.» *Syracuse Law Review* 69 (3): 611-633.
- Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra. 2011. *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México: Porrúa.
- Volokh, Eugene. 1996. «Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny.» *University of Pennsylvania Law Review* 144 (6): 2417-2461.
- Von Hirsch, Andrew. 1992. «Proportionality in the Philosophy of Punishment.» *Crime and Justice* 16: 55-98.
- Waldron, Jeremy. 1994. «Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer.» *Hastings Law Journal* 45 (4): 813-824.
- Webber, Grégoire. 2009. *The Negotiable Constitution; On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Webber, Grégoire. 2010. «Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship.» *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23 (1): 179-202.
- Webber, Grégoire. 2017. «Proportionality and Absolute Rights.» En *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, de Vicki C. Jackson y Mark V. Tushnet, 75-99. Nueva York: Cambridge University Press.
- Winkler, Adam. 2006. «Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts.» *Vanderbilt Law Review* 59 (3): 793-.
- Wright, R. George. 2006. «Content-Based and Content-Neutral Regulation of Speech: The Limitations of a Common Distinction.» *University of Miami Law Review* 60 (3): 333-354.
- Wright, R. George. 2015. «Content-Neutral and Content-Based Regulations of Speech: A Distinction that Is No Longer Worth the Fuss.» *Florida Law Review* 67 (6): 2081-2102.
- Yap, Po Jen. 2020. «Proportionality in Asia: Joining the Global Choir.» En *Proportionality in Asia*, de Po Jen Yap, 14-27. Cambridge: Cambridge University Press.
- Youm, Kyu Ho. 2002. «Freedom of Expression and the Law: Rights and Responsibilities in South Korea.» *Stanford Journal of International Law* 38: 123.
- Youm, Kyu Ho. 2014. «The 'Actual Malice of New York Times Co. v. Sullivan: A Free Speech Touchstone in a Global Century.» *Communication Law and Policy* 19 (2): 185-210.
- Zaldívar, Arturo. 2021. «Presentación.» En *El test de proporcionalidad. Convergencias y divergencias*, de Diana Beatriz González Carvallo y Rubén Sánchez Gil, IX-XIII. México: SCJN / CEC.
- Zavala Arredondo, Marco Antonio. 2021. «El aquelarre electoral.» En *Ni tribunal ni electoral*, de Juan Jesús Garza Onofre y Javier Martín Reyes. México: CIDE / IJ-UNAM.

Zavala Arredondo, Marco Antonio. 2013. «El principio de proporcionalidad y los requisitos de elegibilidad en México.» En *5 años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, de Joel Reyes y Iván Castillo, 191-229. México: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán.