



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**PROPORCIONALIDAD EN LA COLISIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS**

**TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA:  
JOSÉ LUIS PÉREZ FERNÁNDEZ**

**TUTOR PRINCIPAL  
DR. CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR  
DR. EDUARDO ALFONSO ROSALES HERRERA  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN  
DR. VICTOR CAPILLA MORA  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN ESTADO DE MÉXICO, MARZO 2023**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

# PROPORCIONALIDAD EN LA COLISIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS

---

## Contenido

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPÍTULO I ARGUMENTOS QUE INTRODUCEN AL TEST DE PROPORCIONALIDAD</b>	3
<b>1.1 Diferencia entre reglas y principios</b>	3
1.1.1 Ronald Dworkin	5
<b>1.2. Robert Alexy: Estructura de la proporcionalidad</b>	6
1.2.1 Institucionalización de la razón	6
1.2.2 Fórmula del peso	9
1.2.3 Estructura de la proporcionalidad	15
<b>1.3 Aharon Barak: Proporcionalidad de los derechos</b>	17
1.3.1 La naturaleza de la proporcionalidad interpretativa	21
1.3.2 El alcance de los derechos y el interés público	23
1.3.3 Interés público como parte de la proporcionalidad	24
1.3.4 El alcance de los derechos constitucionales y el derecho de otros	25
1.3.5 Los derechos de otros y el conflicto de derechos constitucionales	26
1.3.6 Derechos constitucionales contradictorios	27
<b>1.4 Conflictos entre derechos constitucionales y Estado de Derecho</b>	28
1.4.1 Conflictos entre derechos constitucionales en forma de reglas	28
1.4.2 Conflictos entre derechos constitucionales en forma de principios	29
<b>1.5 Proporcionalidad interpretativa entre derechos formados como principios constitucionales</b>	31
<b>1.6 Martin Luteran: Efectos negativos de la proporcionalidad</b>	32
1.6.1 Doctrina del Doble Efecto	33
1.6.2 Reconstruyendo la proporcionalidad	35
1.6.3 El significado perdido de la proporcionalidad	39
1.6.3.1 Intención y previsión	39
1.6.4 Responsabilidad de los efectos secundarios	40
<b>1.7 Grégoire C.N. Webber: El enfoque recibido a la limitación de los derechos</b>	42

1.7.1 La proporcionalidad y las limitaciones a los derechos.	43
1.7.1.1 Objetivo del interés público	44
1.7.1.2 Idoneidad	47
1.7.1.3 Necesidad	47
1.7.1.4 Proporcionalidad en sentido estricto, la Ley de Ponderación	48
1.7.2 Intensidad de interferencia a un derecho	49
1.7.2.1 Grado de importancia de satisfacer el principio de interés público	49
1.7.2.2 Proporcionalidad entre el derecho y el interés público	49
1.7.3 El reto de la inconmensurabilidad	52
1.7.4 La imposibilidad de ponderación técnica	53
1.7.5 Proporcionalidad y razón práctica	56
1.8 Jacco Bomhoff: ponderación de intereses	57
1.8.1 La jurisprudencia de intereses en Alemania: <i>Interessenjurisprudenz</i> como una teoría pura del método	58
1.8.2 Autonomía y neutralidad	58
1.9 Andrea Morrone: Orden de necesidad y urgencia	59
1.9.1 El fundamento del orden de necesidad y urgencia	61
1.9.2 El orden de necesidad y urgencia después de la Constitución	61
1.10 Aharon Barak vs Robert Alexy un enfoque diverso	62
<b>CAPÍTULO II CAMBIO DE PARADIGMA CONSTITUCIONAL</b>	67
2.1 Constitucionalismo Garantista	67
2.2. Rigidez Constitucional	72
2.2.1 Legalidad	74
2.2.2 Plenitud Deónica	75
2.2.3 Jurisdiccionalidad	78
2.2.4 Accionabilidad	81
2.3 Constitucionalismo Principialista	83
2.3.1 Conexión o separación entre Derecho y moral	88
2.3.2 Objetivismo moral en el constitucionalismo mexicano	90
2.4 Perspectiva del Neoconstitucionalismo Mexicano	91
2.4.1 Garantía jurisdiccional de la Constitución	94
2.4.2 Fuerza Vinculante de la Constitución.	97
2.4.3 Sobreinterpretación de la Constitución	99
2.4.4 Interpretación Conforme de las Leyes	102

<b>2.5 Un nuevo paradigma Constitucional</b>	106
2.5.1 Principio pro persona	111
2.5.2 Aplicación del principio pro persona en materia Administrativa.	113
2.5.3 Aplicación del principio pro persona en materia Legislativa.	115
2.5.4 Aplicación del principio pro persona en materia Judicial.	118
<b>CAPÍTULO III EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA JUDICIAL Y LA DEMOCRACIA</b>	120
<b>3.1 Niels Petersen. Proporcionalidad y Activismo Judicial</b>	120
3.1.1 Democracia y el sistema judicial.	120
3.1.1.1 Corrigiendo las fallas del mercado político	121
3.1.1.2 Protección contra el monopolio legislativo y el proceso político.	123
3.1.1.3 Corrección de los efectos externos	125
3.1.1.4 Vicio y virtud de la independencia judicial	126
3.1.2 Balance y comparación de valores inconmensurables	127
3.1.2.1 La crítica de la inconmensurabilidad	128
3.1.2.2 El peso de la fórmula de Alexy y el intento de racionalizar el balance	129
3.1.2.3 Normalizando el peso de los valores en competencia y alternativa al balance	131
3.1.3 Deterioro de la seguridad jurídica	132
3.1.4 La proporcionalidad y el rol de los jueces	133
3.1.4.1 El Poder Judicial y su legitimación política	134
3.1.4.2 Legitimación judicial en el balance	135
3.1.5 Selección de casos en el diseño de la investigación del Profesor Niels Petersen y la clasificación de argumentos judiciales.	136
3.1.6 La proporcionalidad, argumentos aparte del balance	137
3.1.7 Argumentos sustantivos fuera de la proporcionalidad	139
3.1.8 Proporcionalidad como una construcción doctrinal	141
3.1.9 Punto de partida en el nacimiento del balance en Alemania	142
3.1.9.1 La jurisprudencia temprana	143
3.1.9.2 Balance como un predominante marco de argumentación y la fuerza institucional de la Corte Constitucional Alemana	144
3.1.10 Balance en la jurisprudencia de la Suprema Corte Canadiense. Énfasis en el test del medio menos restrictivo	146
3.1.11 La renuencia a confiar en el balance en Sudáfrica. El juicio Makwanyane como origen de la proporcionalidad	148

3.1.11.1 Balance y revisión legislativa	150
3.1.11.2 La precaria posición institucional de la Corte constitucional sudafricana	151
3.1.11.3 La evitación del balance por la debilidad del objetivo legítimo	152
3.2 David M. Beatty. El último Estado de derecho	154
3.2.1 El Control Judicial y la Democracia	154
3.2.2 Interpretación Originalista en la Constitución	156
3.2.2.1 Fallas de la teoría originalista	158
3.2.3 Proporcionalidad	161
3.2.3.1 Neutralidad de la Proporcionalidad	161
3.2.3.2 Proporcionalidad y derecho privado	163
3.2.3.3 Perspectiva de la Proporcionalidad	164
3.2.3.4 La lógica de la proporcionalidad	165
3.2.3.5 La justificación de la proporcionalidad	167
3.3 Legitimidad de las limitaciones a los Derechos Fundamentales	170
3.4 La interpretación de los Derechos Fundamentales	173
3.5 Interpretación del Propósito de los Derechos Fundamentales	181
3.6 Interpretación textual de los Derechos Fundamentales	184
3.6.1 Indeterminación metodológica en la interpretación textual de los Derechos Fundamentales	186
3.6.2 Constitucionalismo conservador	188
3.7 Subsunción	189
3.8 Proporcionalidad interpretativa y proporcionalidad constitucional	191
3.9 Alcances y límites de los Derechos Fundamentales	194
3.10 Proporcionalidad interpretativa vs Proporcionalidad Constitucional	200
<b>CAPÍTULO IV HACIA UNA NUEVA ESTRUCTURA DE LA PROPORCIONALIDAD</b>	203
4.1 Un nuevo paradigma de la proporcionalidad	205
4.2 Proporcionalidad de los derechos fundamentales en México	208
4.2.1. Análisis del marco normativo	209
4.2.2. Evaluación del grado de intervención de las normas en los derechos fundamentales	209
4.2.3 Análisis de la proporcionalidad en sentido amplio de la intervención del derecho	211
4.2.4 Constitucionalidad de los fines perseguidos con la intervención del derecho fundamental	213

4.2.5 Idoneidad de la intervención del derecho fundamental	215
4.2.6 Necesidad de la intervención del derecho fundamental	217
4.2.7. Proporcionalidad en sentido estricto de la intervención del derecho	219
4.3 Eliminación de la etapa de la evaluación de la idoneidad en el test de proporcionalidad en las leyes fiscales en la jurisprudencia.	222
4.4 Propuesta para la resolución de la inconmensurabilidad en la fórmula de Robert Alexy	231
4.5 Propuesta de modelos para el test de proporcionalidad para México	236
4.5.1 Dimensión interpretativa subconstitucional	237
4.5.2 Dimensión Constitucional	238
4.5.3 Propuesta de estructura de proporcionalidad para México	239
4.5.4 Análisis de la proporcionalidad de restricción de libertades en casos de alerta sanitaria	243
4.5.5 Limitación del derecho a la libertad de creencia vs el derecho a la vida y sus posibles efectos.	251
4.5.5.1 Contexto.	251
4.5.5.2 Colisión de Derechos.	257
CONCLUSIONES	263
BIBLIOGRAFÍA	267

# PROPORCIONALIDAD EN LA COLISIÓN Y LIMITACIÓN DE DERECHOS

---

## INTRODUCCIÓN

La realidad política y jurídica en México, hace innegable la afirmación de la existencia de un cambio de paradigma constitucional en el que establecer garantías como un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales, no basta cuando no se conoce el alcance, contenido y protección o grado de realización de los mismos. El Constitucionalismo Garantista imperante como modelo jurídico en nuestro país sufre un radical cambio tras el reconocimiento e introducción de principios a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, lo que lo convierte en un Constitucionalismo Principialista en el que es forzoso advertir el contenido de las normas: reglas, valores y hechos sociales presentados como enunciados normativos. De igual manera, es importante contrastar dichos modelos de derecho y su implicación en la creación, aplicación e interpretación de las normas jurídicas, lo que posibilitará la elección de una solución idónea que resuelva la problemática suscitada entre dos normas legales.

Pero ¿qué ocurre cuando la problemática se presenta entre un precepto constitucional y una norma legal? ¿Cuál es el mejor criterio para resolver una colisión de derechos? Evidentemente, la interpretación no basta para dar solución a dichos conflictos, toda vez que no se trata de una simple incompatibilidad de normas en abstracto, sino que se trata de un caso específico en el que choca el derecho de un *sujeto A* frente al derecho de un *sujeto B*. En los casos de colisión de derechos debe apelarse a la argumentación jurídica y a un criterio que permita comprender el conflicto y resolverlo de acuerdo a todos los componentes del sistema legal y a las condiciones necesarias y suficientes que determinen que el criterio a elegir es constitucionalmente permitido para proteger el derecho de uno pero, también constitucionalmente permitido para limitar el derecho de otro.



Para lo anterior se tiene que acudir al test de proporcionalidad, el cual se analiza bajo el enfoque de algunos temas tratados por Robert Alexy, Aharon Barak, Martin Luteran, Grégoire C. N. Webber, Jacco Bomhoff, Andrea Morrone, Niels Petersen y David M. Beatty, y proponer una solución a la inconmensurabilidad en la fórmula de Robert Alexy, una nueva estructura de la proporcionalidad, y finalmente analizar la restricción de libertades en algunos casos de alerta sanitaria.

## CAPÍTULO I ARGUMENTOS QUE INTRODUCEN AL TEST DE PROPORCIONALIDAD

### 1.1 Diferencia entre reglas y principios

Cuando dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, que concurren en el ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, impide su aplicación simultánea. Antes de declarar la existencia de una colisión normativa, el juzgador debe recurrir a la interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla, en caso de que pueda suponerse que se trata de una simple incompatibilidad de normas.

En ese orden de ideas, lo primero a exponer es qué se entiende por reglas y principios. Por regla se entiende un enunciado cuyo contenido refiere un determinado modo de actuar, ya sea exigiendo realizar u omitir una conducta o también pudiendo establecer posibilidades a realizar por parte de una persona, cabe señalar que dicho enunciado se caracteriza por ser “siempre condicional y se compone de dos elementos antecedente o prótasis y consecuente o apódosis. El antecedente es el supuesto fáctico o de hecho (hipótesis condicionante) y el consecuente es la consecuencia jurídica por la realización de la hipótesis, con la cual surge el operador deóntico que ella establece.”<sup>1</sup>

Por lo que respecta a los principios Riccardo Guastini explica que son una norma que se caracteriza por su posición en el sistema jurídico ya que:

“...es una norma “fundamental”, esto es, una norma que: a) En primer lugar, caracteriza el sistema jurídico del cual trata (o de uno de sus sectores), en el sentido que constituye un elemento esencial para la identificación de la fisonomía del sistema; b) En segundo lugar, da fundamento axiológico (otorga justificación ético política) a una pluralidad de otras normas del sistema; c) En tercer

---

<sup>1</sup> Cfr. Burgoa Toledo, Carlos, *La interpretación de las disposiciones fiscales*, México, DOFISCAL, 2011, p. 344.

lugar, no exige a su vez algún fundamento, alguna justificación ético política, porque es concebida, en la cultura jurídica existente, como una norma evidentemente “justa” o “correcta”<sup>2</sup>

Asimismo, indica que los principios son normas jurídicas indeterminadas que:

“puede asumir dos formas distintas: a) la “defectibilidad”, (defeasibility), y b) la generalidad.

i) Los principios en cuanto normas “defectibles”. Una norma es “indefectible” – y por tanto una “regla” – en la medida que establece en forma completa, exhaustiva, todos los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica que ella misma establece, así como las excepciones en presencia de las cuales la consecuencia no se produce.

Al contrario, una norma es “defectible” (defeasibility), – y por tanto, un “principio”– cuando no establece exhaustivamente los hechos condicionantes, o bien no enumera todas la excepciones.”<sup>3</sup>

El Poder Judicial de la Federación considera el criterio basado en la distinción entre principios y reglas, para que prevalezca la norma que cumpla mejor con alguno o varios principios comunes a las reglas que estén en conflicto. Esta posición se explica sobre la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de un fin, como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, mientras que las reglas son expresiones generales con menor grado de abstracción, con las que se busca la realización de

---

<sup>2</sup> Guastini, Riccardo, Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N.º 08, agosto 2007, Lima, p. 634, disponible en el sitio web: [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci\\_\\_n\\_un\\_analisis.pdf](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.pdf) Fecha de consulta: [19 de marzo de 2017]

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 635.

los principios y valores que las informan; de este modo la regla tiene una mayor concreción que el principio.<sup>4</sup>

### 1.1.1 Ronald Dworkin

Ronald Dworkin agregaría que las fuentes del Derecho no se resumen a simple reglas sino que hay principios previos a dichas reglas, en las que la esfera de lo moral no puede distar mucho de la esfera jurídica. Para Dworkin un principio es “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure alguna situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”<sup>5</sup>

La concepción de Derecho de Ronald Dworkin, además agregaría una importante diferencia entre principios y normas la cual se explica a partir del todo o nada, esto es, “Las reglas son, o bien, aplicables, o bien, no aplicables. Esto significa que, si se realizan los presupuestos de la hipótesis normativa en ella prevista, la consecuencia de derecho debe aplicarse; en cambio, cuando no se cumplen los mismos dicha consecuencia no debe aplicarse.”<sup>6</sup>

Sin embargo, esa inevitable aplicación o inaplicación de la regla no acaece en los principios, ya que éstos según Dworkin, no conducen a una única consecuencia jurídica, porque “un principio sólo puede hacerse valer como un argumento a favor o en contra de determinada decisión. Un principio presenta así para cada caso un deber ser parcial e incompleto y de ninguna forma un deber ser definitivo”,<sup>7</sup> Dworkin indica que la definitividad de un principio puede advertirse hasta la interpretación del mismo, por lo que termina concluyendo que los

---

<sup>4</sup> Véase en este sentido la tesis que se lee: ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN, localizable en: Novena Época, Registro: 165344, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Febrero de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.4o.C.220 C, Página: 2788.

<sup>5</sup> Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, trad. Martha Guastavino, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

<sup>6</sup> Rojas Amandi, Víctor, El concepto de Derecho de Ronald Dworkin, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 378, disponible en el sitio web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28798/26039> Fecha de consulta: [25 de marzo de 2017]

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 380.

principios, a diferencia de las reglas que pueden ser válidas o inválidas, tienen una dimensión denominada la dimensión del peso, en la que “los principios pertenecen a su estructura y constituyen a la vez el único criterio relevante para determinar si un principio especial debiera influir o no una determinada decisión jurídica.”<sup>8</sup>

El pensamiento de Dworkin permitió identificar como fuentes del derecho a los principios y las normas, dio pauta para comprender la complejidad del derecho y también sentó las bases para desarrollar teorías en relación a la interpretación de las normas y la argumentación jurídica en los principios.

## **1.2. Robert Alexy: Estructura de la proporcionalidad**

### **1.2.1 Institucionalización de la razón**

Continuando en la línea para elegir la mejor solución a un conflicto entre derechos cuyo contenido colisiona dos principios, Alexy agregaría que la solución se encuentra en la argumentación ya que “Incluso la mejor teoría sustantiva siempre sería vulnerable al error por razones de falta de claridad conceptual, falta de sistema y falta de conclusión argumentativa. Tal estado de cosas equivaldría a una seria restricción de la racionalidad.”<sup>9</sup> pero, sugiere que las condiciones de la racionalidad contengan criterios de no contradicción, claridad del lenguaje, confiabilidad de premisas empíricas, así como reglas y formas de las consecuencias normativas<sup>10</sup> del control constitucional, como una

---

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality” en Vicki C. Jackson y Mark Tushnet (ed.), *Proportionality New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, U.S.A., 2017 p. 21.

<sup>10</sup> Al respecto considera “...The conditions of discursive rationality can be made explicit by means of a system of principles, rules, and forms of general practical discourse. This system comprises criteria that demand noncontradiction, clarity of language, reliability of empirical premises, and sincerity, as well as rules and forms that speak to the consequences, to universalizability, and to the genesis of normative convictions” lo que se traduce como “...Las condiciones de la racionalidad discursiva pueden explicitarse mediante un sistema de principios, reglas y formas de discurso práctico general. Este sistema comprende criterios que exigen no contradicción, claridad de lenguaje, confiabilidad de premisas empíricas y sinceridad, así como reglas y formas que hablan de las consecuencias, de la universalización y de la génesis de las convicciones normativas.” Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality” ..., cit., p. 24.

institucionalización de la razón, aun contra la elección de los ciudadanos<sup>11</sup> ya que dicha institucionalización es el deber impuesto razonado.

La teoría de Alexy se centra en la argumentación y la teoría del discurso. Retoma diversas de las premisas expuestas por Habermas tales como: la pretensión de corrección y la de justificabilidad. Retoma este binomio ya que en la pretensión de corrección se halla el fundamento de las decisiones jurisdiccionales. Asimismo, para el jurista alemán la justificación de las decisiones tomadas por los órganos de control constitucional resulta vital para la futura justificación, es decir, brinda la pauta para la solución de próximas controversias; no obstante, si una decisión no está justificada no se le resta su valor de decisión. El problema de una decisión no justificada se presenta en el hecho de que las decisiones judiciales no procuran estar justificadas definitivamente, sino únicamente en el caso que

---

<sup>11</sup> En relación a la justificación jurídica Gaetano Carcaterra considera lo siguiente "E il dover essere giuridico implica tutti e due i caratteri del dover essere in generale, la imperatività e la giustificabilità. Da una parte esso è ben dotato della *virtus* imperativa: *virtus legis haec est, imeprare, vetare, permettere, punire*. Dall'altra pero rappresenta la rinuncia allo scontro fisico delle volontà, che è proprio del mondo degli imperativi puri e semplici, e transfigura questo mondo sul piano della giustificazione e della controversia ragionata..." "... *si deve fare questo, perché il diritto dice è obbligatorio farlo, e si deve osservare chò che il diritto dice* - ecco il ragionamiento completo e correcto. il <<si deve>> della conclusione è lo stesso <<si debe>> del principio del dover essere usato prescrittivamente in prima persona, atto di partecipazione alla volontà comunitaria che rende positivo il diritto ideato. Giudicare è giustificare, e giustificare e assumersi la responsabilità del diritto secondo il quale si giudica: per giudicare e giustificare secondo il diritto bisogna volvere l'atuazione di quel diritto e volvere che un diritto ci sia. Così, la giustificazione giuridica è guidata da entrambe le componenti della norma generatrice, dal criterio di individuazione e dal principio del dover essere del diritto, che forniscono le due premesse del sillogismo nel quale formalmente il ragionamiento è in ultima analisi rappresentabile." Lo que se traduce como: "Y el deber ser jurídico implica las características de deber ser en general, imperatividad y justificación. Por un lado, está bien dotado de la *virtus* imperativa: *virtus legis haec est, imeprare, vetare, permettere, punire*. Por otro lado, representa la renuncia al choque físico de voluntades, que es propio del mundo de los imperativos puros y simples, y transfigura este mundo en términos de justificación y controversia razonada." "...esto debe hacerse, porque la ley dice que es obligatorio hacerlo, y debe observarse que lo que dice la ley es el razonamiento completo y correcto. el << si debe >> de la conclusión es el mismo << si debe >> del principio de tener que ser usado prescrittivamente en primera persona, un acto de participación en la voluntad de la comunidad que hace positivo el derecho concebido. Juzgar es justificar, y justificar y asumir la responsabilidad del derecho según el cual uno juzga: para juzgar y justificar de acuerdo con la ley, uno debe querer la entronización de ese derecho y que haya un derecho. Así, la justificación legal se guía por ambos componentes de la regla generadora, por el criterio de identificación y por el principio de la existencia de la ley, que proporciona las dos premisas del silogismo en el que el razonamiento es en última instancia representable". Carcaterra, Gaetano, *Dal Giurista al Filosofo Livelli el Modelli della Giustificazione*, Bologna, G. Giapichelli Editore - Torino, 2007, pp. 11 y 29.

ocupan, es decir, evitar la justificación de una decisión también evita la justificación de la justicia.

“Ulfrid Neumann afirma que estos límites de la argumentación jurídica conducen a una diferencia cualitativa entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Afirma que la argumentación jurídica puede depender de una ley no razonable. Esta separación entre la racionalidad discursiva y la racionalidad jurídica es apresurada y pasa por alto dos aspectos. El primero es que tomando en cuenta el carácter abierto de los resultados de un proceso racional, se pueden dar razones para la institucionalización de procedimientos de decisión como la legislación parlamentaria, de tal modo que, los límites del discurso jurídico no le priven de su carácter de procedimiento racional. El segundo aspecto, que es más importante aquí, es que la decisión jurídica que aplica correctamente una ley no razonable o injusta, no satisface en absoluto la pretensión de corrección que ésta plantea necesariamente en todos los aspectos de la misma.”<sup>12</sup>

Con el argumento anterior Alexy explica que no hay decisión jurídicamente perfecta, pero también habrá podido advertirse que su pensamiento no se limita a una cuestión puramente jurídico-interpretativa sino que remite a elementos morales en los que la validez se presenta si y sólo si la solución o el argumento es aceptado, no obstante, tal argumentación no tiene lugar en todos los conflictos sino sólo en aquellos en los que se vean involucrados principios. Debe resaltarse la importancia que Alexy le aporta al método, ya que no se trata de una opinión aceptada sino de un argumento racional y, por tanto, lógico en el que los principios funcionen como un límite de validez para los derechos, ello, ya que “el derecho incluye principios, no sólo como parte de él sino también como límite necesario de su validez; pero los principios deben ponderarse en cada caso difícil (es decir, en

---

<sup>12</sup> Alexy, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 2014, p. 68.

cada caso interesante apropiado para poner a prueba la teoría del derecho como un todo).”<sup>13</sup>

### 1.2.2 Fórmula del peso

En ese sentido, es menester enunciar que según el filósofo alemán, un principio es un mandato de optimización en el que “optimizar significa encontrar la mejor solución mediante su ponderación...Ponderar es pesar; y pesar requiere alguna clase de algoritmo.”<sup>14</sup> Según Alexy, la ponderación es la respuesta a problemas en los que se ven involucrados principios porque de esa forma no se toma una decisión al azar sino que se crea toda una estructura racional la cual “puede transformar cualquier conflicto en un problema matemático, dentro de la certeza del derecho.”<sup>15</sup>

Se explica como un problema matemático ya que Alexy crea una fórmula del peso en la que los elementos a pesar son los principios:

“Dados dos principios,  $P_i$  y  $P_j$ , puede asignarse una magnitud de importancia a cada uno. Si  $P_i$  y  $P_j$  compiten entre sí en un conflicto, es posible construir la fórmula  $W_{i,j} = l_i \div l_j$ , donde  $l_j$  representa la intensidad de interferencia con el principio  $P_i$  en tanto  $l_i$  designa la importancia de satisfacer en este caso el principio rival  $P_i$ . Si para satisfacer  $P_j$ , es necesario infringir  $P_i$ , la magnitud de esta interferencia puede estimarse como seria (4), mediana (2) o leve (1).

De esa manera, el peso concreto de  $P_j$  en relación con  $P_i$  en un conflicto real puede medirse empleando la intensidad de interferencia en  $P_i$  que sea necesaria para satisfacer  $P_j$  ( $l_j$ ) como

---

<sup>13</sup> Guibourg, Ricardo A., Alexy y su fórmula del peso, disponible en el sitio web: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf> Fecha de consulta: [4 de octubre de 2021]

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Ídem.



un divisor de  $l_i$ ; es decir, la importancia concreta de  $P_i$ . Por ejemplo, si el peso concreto de  $P_i$  es moderado ( $l_i = 2$ ) y la interferencia necesaria para satisfacer  $P_j$  es seria ( $l_j = 4$ ), la fórmula del peso tiene como resultado  $2/4$  y debería decidirse en contra de  $P_i$ . Si tanto  $l_i$  como  $l_j$  son medianos, el resultado es  $2/2$  (empate) y el tribunal debería abstenerse de decidir en contra de  $P_i$ .<sup>16</sup>

Así tenemos que la fórmula del peso propuesta por Robert Alexy por primera vez en su poscript en *A Theory of Constitutional Rights*<sup>17</sup>, entendido como el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto está compuesto de la siguiente manera:

$P_i$ = principio de no satisfacción

$l_{pi}$ = Intensidad de intervención en  $P_i$

$G_{pi}$ = Peso abstracto de  $P_i$

$C$ = Circunstancias del caso relevantes para la decisión

De lo anterior se obtiene que  $IPiC$  se compone de:

$P_i$ = principio

$l$ = Intensidad de la intervención en el principio

$C$ = Caso concreto

De donde:

$IPiC = l_i$

---

<sup>16</sup> Ídem.

<sup>17</sup> Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, USA, Oxford University Press, 2016, p. 408.

$G_{PiA} = (A = \text{Analogía con C})$

$G_{PiA} = G_i$

Así, en la colisión de principios:

$P_i$  (principio) vs  $P_j$  (principio contrario)

Se entenderá que:

$W_{PjC} = (W = \text{importancia concreta del principio contrario})$

$W_{PjC} = I_j$

De lo anterior se tiene la fórmula diferencial:

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

Y la **fórmula diferencial completa**:

$G_{i,jC} = I_{ic} - I_{jc}$

Y cuando hay una mayor intensidad en la intervención y los grados o valores aumentan se utiliza la fórmula del cociente:

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

Y cuando hay más de un principio en colisión con más pesos abstractos se tiene la siguiente fórmula:

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

La anterior fórmula la cual explica con el denominado ejemplo "*Titanic*" en el que:

“Un oficial militar retirado, afectado de paraplejia, fue mencionado por una revista satírica llamada “Titanic”. Se publicaron dos artículos acerca del militar retirado. En uno de ellos, se lo describió como “un tullido”; en el segundo, lo calificaron como “un asesino nato”. El hombre demandó a la revista y la Corte Federal decidió el caso como un conflicto entre la libertad de expresión de la revista y el “derecho a la personalidad” invocado por el demandante. El tribunal decidió que la revista debía pagar una indemnización por usar la palabra “tullido”, porque con eso se había afectado el derecho del demandante a la personalidad, pero no debía pagarse resarcimiento alguno por llamarlo asesino nato, en razón del contexto altamente satírico en el que la revista había usado tal expresión. La explicación de Alexy es la siguiente.

Llamar tullido al demandante fue una infracción seria del derecho de la personalidad y el peso concreto de  $P_i(W_{ij})$  en este caso era  $2/4$ . En cambio, llamarlo asesino nato representó una infracción moderada, o acaso leve, de aquel derecho y el valor de  $P_i(W_{ij})$  no era mayor que 1 (empate).”<sup>18</sup>

Sin embargo ha desarrollado su fórmula bajo un estándar sin variaciones, salvo la introducción de otros elementos, considera que su Fórmula del Peso, define el peso de un principio  $P_i$  en un caso concreto, que es el peso concreto de  $P_i$ , relativo a la colisión del principio  $P_i (W_{i,j})$  como el cociente, pero del producto de la intensidad de la interferencia con  $P_i(I_i)$ , y el peso abstracto de  $P_i (W_i)$  y el grado de confiabilidad concerniente que la medida en cuestión significa para la no realización de  $P_i (R_i)$ , y, segundo, el producto de los correspondientes valores respecto a  $P_i$ , ahora relacionado a la realización de  $P_j$ . Se expresa como sigue:

---

<sup>18</sup> Ídem.

$$W_{i,j} = \frac{l_i * W_i * R_i}{l_j * W_j * R_j}$$

La Fórmula del Peso, que expresa el cociente de dos productos, es sensible solo si todos los factores pueden ser representados por números. Este es el problema de la graduación, Robert Alexy ha propuesto una escala tríadica, en la cual se implementan los valores de “ligero” (l) “moderado” (m) y “serio” (s) a la intensidad de la interferencia y al peso abstracto.<sup>19</sup> Estos valores son expresados por los números 2<sup>0</sup>, 2<sup>1</sup>, 2<sup>2</sup>, respectivamente, que es por 1, 2 y 4. Por lo que respecta al lado epistémico que es Ri y Rj, uno puede trabajar con las etapas de “confiable” o “seguro” (r), “plausible” (p) y “notablemente falso” (e), a los cuales se le asignarán los números 2<sup>0</sup>, 2<sup>-1</sup>, y 2<sup>-2</sup>, que es 1, ½, y ¼, por medio de esas triadas, cuando es necesario atenuar las graduaciones, se pueden extender a dobles escalas tríadicas. Las variables epistémicas Ri y Rj refieren a premisas empíricas así como premisas normativas, la que puede ser expresada como la ecuación de la confiabilidad de la siguiente manera:

$$R_i = R_i^e * R_i^n$$

En los casos en los cuales tanto la confiabilidad empírica, como la normativa en cuestión Ri y Rj tienen que ser sustituidas por los respectivos productos en el lado del derecho de la ecuación de la confiabilidad.<sup>20</sup> De esta manera la fórmula refinada de la fórmula del peso aparece de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{l_i * W_i * R_i^e * R_i^n}{l_j * W_j * R_j^e * R_j^n}$$

Las dos fórmulas anteriores muestran las numerosas probabilidades posibles en el balance.

Para Alexy la fórmula del peso determina la justicia de una decisión judicial; sin embargo, lo controversial de dicha fórmula es que el jurista alemán no le asigna valor a cada uno de los principios, lo que podría proporcionar una mayor

<sup>19</sup> Alexy, Robert, “*Proportionality and Rationality*” ..., cit., p. 17.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 18.

seguridad en los resultados de sus operaciones. No obstante, con el desarrollo de su teoría y dejando un poco de lado la fórmula del peso Robert Alexy continúa arguyendo que en los casos difíciles, es decir en aquellos casos en los que un derecho se enfrenta a otro como en el ejemplo Titanic en el que colisionaba la libertad de expresión de la revista y el derecho a la personalidad del militar; debía ponderarse de manera racional.

La fórmula del peso es una herramienta que explica cómo funcionan e interactúan los principios en la ponderación, por medio de una estructura inferencial a un silogismo legal, en este sentido lo consideran Matthias Klatt y Moritz Meister.

*“In spite of the use of numbers, it should be noted that the weight formula is by no means an attempt to replace balancing with mere calculation. Rather, it is a formal tool that allows making explicit the inferential structure of balancing principles, just as logical tools allow for making explicit the inferential structure of subsumption according to the legal syllogism.”<sup>21</sup>*

Por lo que la fórmula del peso es útil de manera teórica, pero no es funcional en todos los casos, como lo ha determinado Aharon Barak, incluso así lo ha considerado al respecto Francisco J. Urbina, al estimar que:

*“...whether an interference with a human right is considered proportional and thus acceptable or not will depend on this comparison expressed by the formula. The moral premise of such a method is the idea that enough gains on one principle justify the interference with another one (...) This is what the formula reflects by comparing losses on one principle with gains to the other*

---

<sup>21</sup> Se puede traducir como: “A pesar del uso de números, debe tenerse en cuenta que la fórmula del peso no es de ninguna manera un intento de reemplazar el balance con el mero cálculo. Más bien, es una herramienta formal que permite hacer explícita la estructura inferencial de los principios de equilibrio, así como las herramientas lógicas permiten hacer explícita la estructura inferencial de subsunción según los silogismos legales.” Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, USA, Oxford University Press, 2012, p. 12.

*establishing which principle prevails by reference to the quantity of these gains and losses.*<sup>22</sup>

En ese sentido se expondrá en los apartados subsecuentes.

### 1.2.3 Estructura de la proporcionalidad

Robert Alexy explica que los *“Principles are always prima facie reasons and rules are definitive reasons, so long as no exceptions is to be read into them.”*<sup>23</sup> Es decir, siempre que no haya excepciones, los principios son razones prima facie y las reglas son razones definitivas, así para que un principio sea definitivo es cuando se somete al test de proporcionalidad, que según Alexy:

*“But establishing a preference relation is, according to the Law Competing Principles, to create a rule. We can therefore say that whenever a principle turns out to be dominant reason for a concrete ought-judgment, then that principle is a reason for a rule which in turn is the definitive reason for the judgement.”*<sup>24</sup>

Con ello, según Alexy, el principio de proporcionalidad tiene tres subprincipios siendo estos el de adecuación o idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Y ya que los principios son mandatos de optimización estos subprincipios constituyen la denominada estructura de la ponderación.

---

<sup>22</sup> Lo que se traduce como: “... si una injerencia en un derecho humano se considera proporcional y, por tanto, aceptable o no, dependerá de esta comparación expresada por la fórmula. La premisa moral de tal método es la idea de que suficientes ganancias en un principio justifican la interferencia con otro (...) Esto es lo que refleja la fórmula al comparar las pérdidas en un principio con las ganancias en el otro, estableciendo qué principio prevalece en referencia al cantidad de estas ganancias y pérdidas.” Urbina, Francisco J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, USA, Cambridge University Press, 2018, p. 112.

<sup>23</sup> Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., p. 59.

<sup>24</sup> *Ibídem* p. 60. Lo que podría entenderse como: “Pero establecer una relación de preferencia es, de acuerdo con los Principios de la Ley de Competencia, para crear una regla. Por lo tanto, podemos decir que cuando un principio resulta ser una razón dominante para un juicio de deber concreto, entonces ese principio es una razón para una regla que a su vez se convierte en la razón definitiva del juicio.”

Por principio de adecuación se refiere a prescindir de los medios que pudieran limitar o perjudicar la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven.

“Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio Pa, no fuera idóneo para esto más sí perjudicara la realización de Pb; entonces de omitirse M no se originarían costos para Pa ni para Pb, aunque sí los habría para Pb de emplearse M. Pueden Pa y Pb ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados conjuntamente, Pa y Pb prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra.”<sup>25</sup>

Por principio de necesidad se refiere a la elección de entre dos medios que promuevan un principio de prácticamente igual manera, en el que intervenga menos intensamente un segundo principio procurando un mejorar la posición de uno sin producir costo a la otra.

“La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio Pc afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en Pb. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación.”<sup>26</sup>

Por último, por proporcionalidad en sentido estricto se refiere a “la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que

---

<sup>25</sup> Alexy, Robert, Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, p. 8, disponible en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>, Fecha de consulta: [10 de abril de 2017]

<sup>26</sup> Ídem.

podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.”<sup>27</sup>

La aportación de Robert Alexy se refleja en el hecho de brindar una forma de resolver las colisiones de principios a través de ejercicios de ponderación realizando en base a un estudio axiológico, o mejor dicho sobre una jerarquía axiológica móvil, la valoración de las consecuencias de la aplicación de un principio u otro, estas formas de solución de conflictos fue rebatida por filósofos como Jürgen Habermas, pero también por juristas como el ex Presidente de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak,<sup>28</sup> de quien a continuación se expondrá su teoría.

### **1.3 Aharon Barak: Proporcionalidad de los derechos**

La teoría de la proporcionalidad de Aharon Barak<sup>29</sup> que se abordará en este apartado, será la que trata en su obra “*Proportionality constitutional rights and their limitations*”, por ser una de las más completas y funcionales.

Barak en su obra, considera que la teoría moderna después de la Segunda Guerra Mundial, evidenció la distinción entre: 1) el alcance de los derechos constitucionales y 2) la extensión de su protección. El primero de estos componentes denominado “*supuesto de hecho*” define el contenido y los límites de un derecho; en tanto que el segundo componente denominado “*ámbito de protección*”, remite a las justificaciones para la restricción de un derecho, es decir, establece en qué medida puede ser realizado dicho derecho. Por lo anterior, se determinó que al efectuar un análisis de los derechos fundamentales, el mismo debía estar compuesto por dos etapas en la que inicialmente se estudiaría el supuesto de hecho y posteriormente se analizaría en qué medida puede ser

---

<sup>27</sup> Ibídem, p. 9.

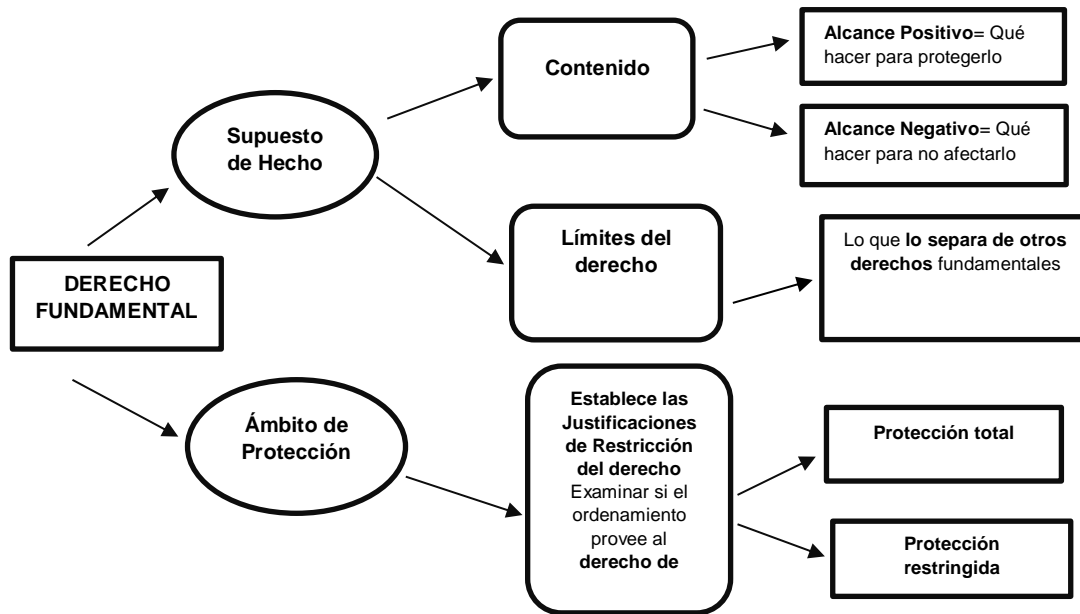
<sup>28</sup> Mas adelante se retomará en la página 48.

<sup>29</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, EUA, 2012.



realizado el derecho. Lo sugerido por Barak se esquematiza de la siguiente manera:

\*Derechos Fundamentales en Aharon Barak



Barak señala que los límites del derecho determinan su posición en el universo de los derechos fundamentales y que las restricciones a un derecho son relativas a la realización del mismo; por lo que, la autorización constitucional correspondiente a la restricción de un derecho se encontrarán en las disposiciones constitucionales especiales denominadas “clausulas restrictivas”.<sup>30</sup> En México, en el primer párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozarán los derechos humanos, sin embargo, en su parte final determina su cláusula restrictiva añadiendo que dichos derechos podrán restringirse y suspender en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece:

<sup>30</sup> Ídem, p. 33.

**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.

La importancia de la teoría en comento se advierte por dos razones, la primera es que al identificar los componentes de un derecho fundamental (alcance y protección) la restricción a un derecho no se realizará respecto de su contenido sino sobre su realización; en virtud de lo anterior, el contenido de un derecho no puede ser restringido, solo puede ser adecuado a los cambios de una sociedad, es decir, a través de la cláusula restrictiva se pueden medir los cambios de un derecho, mismos que deben ser proporcionales a lo determinado en la cláusula constitucional que los prevé, es decir su limitación será conforme a las reformas que sufra la Constitución. En segundo lugar, la restricción a los derechos no podrá realizarse a placer de una autoridad, es necesario que a nivel infraconstitucional se establezcan las restricciones relativas a la realización de un derecho las cuales deberán estar justificadas mediante una ley o una decisión jurisdiccional.<sup>31</sup>

Así, es posible advertir la idea que Barak tiene de una Constitución, pues señala que la función de una Constitución es que la sociedad confronte sus cambios, pues este documento legal contiene mecanismos flexibles para futuros desarrollos. En sentido de metafórico "*living constitution*" (la Constitución viviente), la vida de la Constitución ha derramado un nuevo contenido en viejos principios constitucionales. Por las mismas razones, la metáfora de "*a living tree*" es usada en Canadá. Pero la imagen de "*a living tree*" también es un punto de partida para la limitación constitucional, los cambios de contenido en los valores constitucionales pueden reflejar un cambio en los conceptos básicos de los conceptos de la sociedad respecto sus creencias nacionales. Estos cambios

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 20.

reflejan la historia, tradición y la fe compartida de cada nación, lo que no puede ser considerado como una idea personal<sup>32</sup> del juzgador.<sup>33</sup>

De ahí que también deba considerarse que en algunas democracias comparten valores básicos, que en algunos textos constitucionales son influenciados por otros, tal inspiración comparativa ocurre cuando dos sistemas en su marco ideológico y de lealtad comparten los mismos valores básicos constitucionales, sin embargo cuando no hay limitaciones a los derechos, se comparte una base constitucional común, una inspiración comparativa de la ley que puede ser útil si el recurso comparativo es otro mismo sistema internacional o legal.

Barak estudia la importancia de los valores, las tradiciones, la historia y texto dentro del cual opera un sistema jurídico, destaca la importancia de la interpretación de los derechos fundamentales ya que al estar contenida en la Constitución, no dejan de formar parte de aquellos valores y hechos importantes para una sociedad. Señala que un texto jurídico siempre debe ser interpretado bajo la luz de su comprensión original en orden de prevenir los resultados de una limitación de derechos, lo que no implica la adopción de la actual visión de las mayorías de qué es un derecho, pero también considera la acción del intérprete del texto, en ese sentido, Barak arroja un nuevo término al que denominaría interpretación propositiva.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Incluso el mismo Scalia y Bryan A. Garner, aconsejan que los litigantes no tomen de manera personal las resoluciones judiciales al señalar: “Nor should you accuse the lower court of willful distortion, even if that is obvious. A straightforward recital of the facts will arouse whatever animosity that you want to project. If the court concludes that the law is against you, it will nor award your client the victory just to embarrass a rogue trial judge.” Lo que se traduce como: “Tampoco debe acusar a la Corte inferior de distorsión intencional, incluso si eso es obvio. Un recital sencillo de los hechos despertará cualquier animosidad que desee proyectar. Si el tribunal concluye que la ley está en su contra, tampoco otorgará a su cliente la victoria solo para avergonzar a un juez de juicio deshonesto” Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making Your Case The Art Persuading Judges*, USA, Thomson/West. 2008, p. 35.

<sup>33</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., p. 63.

<sup>34</sup> Para Guido Alpha “... the nature of these rights, which are values in law, ethics, and religion. However, there is a debate over whether they are intrinsically relative or timeless and spaceless, inherent in the person and fundamental to “citizens’ rights” and the legal capacity of the individual. This results in two consequences:

### 1.3.1 La naturaleza de la proporcionalidad interpretativa

De acuerdo a lo propuesto por Barak, un precepto constitucional puede ser interpretado generosamente pudiendo tener lugar en diferentes niveles de abstracción. El nivel más alto de abstracción, es el que le brinda al texto constitucional un significado que permita la realización de su objeto por el cual el ordenamiento jurídico fue creado, es decir, cumplir con los valores, fines y anhelos contenidos en una Constitución, más allá de enfoque legalístico, sin embargo, y pese a ello, la interpretación generosa está limitada por los contornos del texto constitucional o los límites señalados por el mismo, por lo que, este enfoque puede conducir a un resultado expansivo o reducido, a una interpretación limitada, la cual debe alcanzar la unidad y una armonía constitucional, pero que busca proteger los derechos de acuerdo a su propósito y pretende manifestar el enfoque completo de ideas para un derecho particular, reflejando las consideraciones morales subyacentes en ese derecho.

Un Derecho Constitucional puede no reflejar las razones por las cuales se creó, por ejemplo la interpretación del derecho de libertad de expresión puede no incluir el derecho a declarar falsamente, por lo que el alcance de los derechos no puede limitarse mediante la interpretación meramente debido a consideraciones de interés público.

- 
- i) fundamental rights are indivisible, although the bill of rights might lead one to consider the simultaneous protection of all of them unnecessary;
  - ii) fundamental rights are not negotiable, meaning that they cannot be disregarded by agreement."

Lo que se entiende como: "... la naturaleza de estos derechos, que son valores legales, éticos y religiosos. Sin embargo, existe un debate sobre si son intrínsecamente relativos o atemporales y sin espacio, inherentes a la persona y fundamentales para los "derechos de los ciudadanos" y la capacidad legal del individuo.

Esto resulta en dos consecuencias:

- i) los derechos fundamentales son indivisibles, aunque la declaración de derechos podría llevar a uno a considerar innecesaria la protección simultánea de todos ellos;
- ii) los derechos fundamentales no son negociables, lo que significa que no pueden ser ignorados por acuerdo ".

Alpha, Guido, *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law*, Germany, Sellier European law publishers, 2013, p. 3.

Barak considera que entre más alto sea el nivel de abstracción de interpretación proveerá al texto constitucional un significado mayor, realizando los principios básicos del sistema legal, cuyo propósito puede ser referido a la **sombrilla normativa**, que cubre a todos los textos legales que existen en un singular universo legal.<sup>35</sup>

Asimismo, explica que aunque diferentes principios se encontrarán en un constante conflicto, se resolverá a través de la proporcionalidad en la instancia judicial, en la cual se evaluará la legislación y el alcance del poder del Estado.

Barak utilizó un ejemplo en el que el Ministerio del Interior autorizó dejar sin funcionamiento a un periódico que argumentaba que durante la guerra se utilizaría a los soldados israelíes como carne de cañón para servir al imperialismo americano, con lo que el periódico presentó su petición a la Suprema Corte de Israel a fin de pronunciarse sobre la constitucionalidad del mismo, lo que le llevó a determinar la causal específica de la conexión entre la probabilidad de clausurar el periódico y la noción del peligro a la paz pública, así las causales de conexión requeridas para la decisión pueden representarse por la ponderación entre la necesidad de garantizar la paz pública por un lado y la garantía de la libertad de expresión por el otro, la Corte procedió a la ponderación y concluyó que la causal de conexión más adecuada es la de la certidumbre, el Ministerio puede clausurar el periódico si (y solo si) hay certidumbre que la pieza publicada puede conducir al peligro de la paz pública.<sup>36</sup>

La Corte no utilizó una herramienta de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad del precepto legal, más bien interpretó el alcance ejecutivo de la autoridad, determinando que no es constitucional la clausura; la Suprema Corte de

---

<sup>35</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., p. 72.

<sup>36</sup> HCJ 73/53 “Khol Ha’am” Company Limited vs. Minister of the Interior; HCJ 87/53 “Al-Ittihad” Newspaper vs. Minister of the Interior; del 16 de octubre de 1953 Consultable en la versión traducida al inglés en el sitio web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/53/730/000/Z01/53000730.z01.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/53/730/000/Z01/53000730.z01.htm) fecha de consulta [12 de mayo de 2017].

Israel empleó la proporcionalidad interpretativa en otros casos para evaluar la efectividad de la autoridad emitiendo diferentes resoluciones.

La proporcionalidad interpretativa “es aquélla a la que Aharon Barak se refiere como interpretación propositiva, tanto subjetiva (acorde al interprete) como objetiva (acorde al sistema legal) allende de la interpretación que deriva del intencionalismo y del originalismo, lo que implica apearse meramente al texto de las normas, y por tanto, es un ejercicio abstracto pues descansa exclusivamente en el significado del texto legal (tanto su significado explícito como el implícito).”<sup>37</sup>

En síntesis, la proporcionalidad interpretativa es un ejercicio en abstracto, es decir, que se da para efectos de un choque entre dos enunciados normativos no para un caso real y en concreto. Este ejercicio determina el objetivo del propósito<sup>38</sup> de la ley como preceptos o Constitución. Por tanto, es una interpretación propositiva tanto subjetiva, ya que remite al intérprete, como objetiva es decir, que es acorde al sistema legal.

### **1.3.2 El alcance de los derechos y el interés público**

El derecho a la libertad de expresión determina su alcance tomando en consideración el interés público, como es la protección al interés nacional, prevención de publicación de obscenidades o el discurso de odio, es donde Barak considera que el sistema legal está basado en un modelo de etapa singular de revisión judicial. Sin embargo hay modelos de una doble etapa, donde en la primera se determina cual es el derecho y en el segundo la justificación de su

---

<sup>37</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto (Coord.), *El Test de Proporcionalidad Justificación en la Limitación de los Derechos*, Dofiscal, México, 2017, p. 26.

<sup>38</sup> Scott Shapiro, considera que los “...purposes might help resolve certain doubts about the interpretation of legal text-it is plausible to suppose, for example that the policy behind the no-vehicles-in-the-park rule would not be violated by allowing ambulances into the park, hence reliance on purpose would resolve this case-it would be a mistake to think that it can render the law completely determinate.” Lo que se entiende como: “los propósitos pueden ayudar a resolver ciertas dudas sobre la interpretación del texto legal; es plausible suponer, por ejemplo, que la política detrás de la regla de no vehículos en el parque no se violaría al permitir que las ambulancias ingresen al parque, por lo tanto, depender del propósito resolvería este caso; sería un error pensar que puede hacer que la ley sea completamente determinada.” De ahí la necesidad de la proporcionalidad interpretativa, ante tal indeterminación. Shapiro, Scott J., *Legality*, USA, Belknap Harvard, 2011, p. 254.

limitación a su realización. El interés público puede afectar la determinación del alcance de un derecho.<sup>39</sup>

### 1.3.3 Interés público como parte de la proporcionalidad

El interés público<sup>40</sup> es parte de la segunda etapa en la revisión constitucional, como parte de la discusión de la justificación de la limitación de un Derecho Constitucional,<sup>41</sup> además de ser parte de la discusión de las reglas de la proporcionalidad. De acuerdo a la legislación subconstitucional en la limitación del derecho a la libertad de expresión, las consideraciones del interés público pueden ser incluidas dentro de la determinación de proporcionalidad, es decir se

---

<sup>39</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., p.75, adoptado en el modelo de revisión constitucional de doble etapa, como en Alemania, Canadá, Sudáfrica e Israel.

<sup>40</sup> "...el concepto de interés público puede ser utilizado como restrictivo de diversos derechos, ya que el interés público es aquello que es relevante para la mayoría en una comunidad específica, en un tiempo económico, político y social determinado, y que por tanto, es susceptible de ser tutelado por el Estado ..." Huerta Ochoa, Carla, *El Concepto de Interés Público y su Función en Materia de Seguridad Nacional*, en Cisneros Farías, Germán (coord.) et al, *Seguridad Pública*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 156.

<sup>41</sup> Según Joel Feinberg, las justificaciones que pueden considerarse son también las siguientes: "There are perhaps as many as seven liberty-limiting principles that are frequently proposed by leading writers. It has been held that restriction of a person's liberty may be justified:

1. To prevent injury to others (the *private harm principle*);
2. To prevent impairment of institutional practices and regulatory systems that are the public interest, such as the collection of taxes and custom duties (the *public harm principle*);
3. To prevent offence to others (the *offence principle*);
4. To prevent harm to self (*legal paternalism*);
5. To prevent or punish sin, i.e. "to enforce morality as such" (*legal moralism*);
6. To benefit the self (*extreme paternalism*);
7. To benefit others (the *welfare principle*)."

Lo que se entiende como:

"Quizás hay hasta siete principios que limitan la libertad que frecuentemente proponen los principales escritores. Se ha sostenido que la restricción de la libertad de una persona puede estar justificada:

1. Para evitar lesiones a otros (el principio de daño privado);
2. Para evitar el deterioro de las prácticas institucionales y los sistemas reguladores que son de interés público, como la recaudación de impuestos y derechos de aduana (el principio de daño público);
3. Para prevenir ofensas a otros (el principio de ofensa);
4. Para prevenir el daño a uno mismo (paternalismo legal);
5. Para prevenir o castigar el pecado, es decir, "hacer cumplir la moralidad como tal" (moralismo legal);
6. Para beneficiar al yo (paternalismo extremo);
7. Para beneficiar a otros (el principio de bienestar)".

Feinberg, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. USA, Princeton University Press, 1980, pp. 69 a 70.

determinará la constitucionalidad de las limitaciones impuestas por el derecho y su realización, las consideraciones del interés público pueden no ser incluidas en esta etapa, determinando el alcance del Derecho Constitucional de libertad de expresión en sí mismo.

Así, los ideales o intereses pueden entrar en conflicto con otros ideales, los cuales no podrán ser resueltos reduciendo el alcance de estos ideales más que limitando la manera en que serán realizados. El derecho es un concepto en sí mismo, y seguirá existiendo en una forma pura como una aspiración, así la existencia constante entre aspiraciones profundas, será resuelta mediante ponderación en el nivel subconstitucional, tal ponderación será regulada por las reglas de la proporcionalidad, incluido el precepto de limitación.<sup>42</sup>

La proporcionalidad entre las maneras en las que el Derecho Constitucional es realizado y la aspiración opuesta no afecta o cambia la naturaleza del derecho, afecta el derecho al nivel subconstitucional, el estrechamiento de los medios por los cuales un derecho será realizado en un tiempo dado no afecta el derecho en sí mismo. Este modelo analítico está basado, por un lado, en la distinción entre el alcance del derecho y, por el otro, en las formas en que puede ser realizado, lo que permite el examen del alcance total del derecho en la etapa de la revisión constitucional. Mientras se impone la limitación proporcional al derecho en la segunda etapa subconstitucional.

#### **1.3.4 El alcance de los derechos constitucionales y el derecho de otros**

El alcance del derecho de la libertad de expresión no puede ser reducida meramente a consideraciones de derechos a la privacidad o a la buena reputación; sin embargo, debe incluir consideraciones relacionadas con el daño a otras personas en su reputación o su privacidad,<sup>43</sup> la etapa en la revisión de tales

---

<sup>42</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., pp. 76 a 80.

<sup>43</sup> David Lyons considera que "... freedom may be limited only for the purpose of preventing harm to other persons, but the conduct that is interfered with need not itself be considered harmful or dangerous to others." "la libertad puede estar limitada solo con el propósito de prevenir el daño a otras personas, pero la conducta que se interfiere no necesariamente debe considerarse dañina o



consideraciones está en la discusión de las posibilidades de su realización. Los derechos de otras personas son similares a otras discusiones en relación a las consideraciones del interés público, el enfoque correcto podría ser durante la primera etapa de la revisión constitucional, en la segunda etapa el mismo ideal podría ser confrontado con otras consideraciones, dentro de los preceptos de limitación requeridos y las reglas de la proporcionalidad que ellos proveen. Así la localización de esas consideraciones no están al nivel constitucional sino al nivel subconstitucional.

Una ley subconstitucional va a ser declarada constitucional si las limitaciones situadas en el derecho (en la libertad de expresión por ejemplo) son proporcionales, si esas limitaciones fueron impuestas para servir al interés público (tal como la seguridad nacional) o si son impuestas para la protección del derecho de otros (como la protección de la reputación o privacidad), así una permisión a la limitación constitucional a un derecho puede ser reconocido para servir a otro objetivo legítimo reconocido por el sistema (como el interés público o los derechos de otras personas). Tales limitaciones permisibles podrían ejecutarse a través de medios proporcionales que podrían limitar la realización de los derechos de manera proporcional.<sup>44</sup>

### **1.3.5 Los derechos de otros y el conflicto de derechos constitucionales**

El alcance de un Derecho Constitucional puede ser determinado de acuerdo a las razones que subyacen en su propósito, que inevitablemente conducirán a un conflicto, cuya solución se encuentra a nivel subconstitucional, la limitación al derecho de libertad de expresión puede ser constitucional si los medios fueron para proteger la reputación de una persona o su privacidad y el grado de limitación es proporcional.<sup>45</sup>

---

peligrosa para otros.” Lyons, David, *Rights, Welfare, and Mill’s Moral Theory*, NY, Oxford University Press, 1994, p 91.

<sup>44</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., pp. 80 a 81.

<sup>45</sup> *Ibídem*, pp. 81 a 82.

### 1.3.6 Derechos constitucionales contradictorios

Los conflictos entre los derechos constitucionales pueden ser resueltos por las reglas constitucionales relacionadas con la validez de los derechos, sin embargo tales conflictos no pueden afectar la validez de los derechos o su alcance, pero si pueden afectar su realización, los medios por los cuales un Derecho Constitucional puede ser realizado está determinado al nivel subconstitucional, como cuando un precepto de la legislación puede limitar uno de los derechos o ambos.

El conflicto entre principios crea lo que Robert Alexy llama, una “regla constitucional derivativa”, la cual opera a nivel subconstitucional que no afecta el alcance los derechos involucrados, pero si afecta su realización a un grado menor. Se trata de los casos en los cuales un Derecho Constitucional está limitado por una ley subconstitucional, determina la constitucionalidad de su limitación, pero no determina el alcance del derecho limitado.

El caso es diferente cuando el conflicto de legislación es formado como una regla, el conflicto afecta el alcance de los derechos involucrados, o su validez, en esas situaciones no se crea una regla derivativa constitucional, la resolución del conflicto está determinada por las reglas del conflicto de normas, donde aplica en principio al nivel constitucional, es decir, cuando dos normas legales entran en conflicto prevalece la última norma (*lex posteriori derogat legi priori*) a no ser que la norma anterior sea más específica (*lex specialis derogat legi generali*).

Barak pone el ejemplo de conflicto de dos personas, una reclama el derecho a la privacidad y la otra el derecho a la libertad de expresión, donde ya sea una u otra o ambas requieran que el Estado opere a través de sus ramas, legislativa, ejecutiva o judicial para resolver el conflicto, el Estado debe prevenir que el derecho que está siendo limitado se vuelva positivo, esto es que el derecho debe protegerlo, tales acciones pueden ser en forma de legislación, acción administrativa o decisión judicial. En todos esos casos la acción es a nivel subconstitucional, puede apoyar uno limitando otro dentro de las facultades del

Estado, el conflicto es entre los derechos expresados en la legislación a nivel subconstitucional, la constitucionalidad de este precepto va a ser determinado de acuerdo a las reglas de la proporcionalidad.<sup>46</sup>

La conclusión que un conflicto entre derechos constitucionales (en forma de principios) no opera al nivel constitucional y, por lo tanto, no afecta el alcance del derecho involucrado; más bien, tal conflicto opera a nivel subconstitucional y afecta la extensión en su realización.<sup>47</sup>

#### **1.4 Conflictos entre derechos constitucionales y Estado de Derecho**

La resolución de conflictos entre dos derechos formados como principios constitucionales satisfacen el Estado de Derecho cuando el conflicto se resuelve a través de las reglas de proporcionalidad cuyos efectos están en el sentido del nivel subconstitucional, aunque los derechos constitucionales contienen los valores más fundamentales de la sociedad, reflejan los ideales en conflicto, para su máxima realización, la vía para resolver tales conflictos no es a través de la limitación del alcance de uno de los ideales, sino es a través del reconocimiento de la constitucional coexistencia de los ideales en conflicto.<sup>48</sup>

##### **1.4.1 Conflictos entre derechos constitucionales en forma de reglas**

Generalmente una regla en forma de derecho precede de principios; sin embargo, no compensa sus componentes para ser un principio, la resolución de los conflictos entre tales derechos, en los casos donde el conflicto desaparece después de aplicar el proceso interpretativo, donde una de las reglas constitucionales es reconocida como la excepción de la otra, entonces el conflicto

---

<sup>46</sup> I. Villaverde Méndez, considera que "...un límite de un derecho fundamental, sea cual sea su naturaleza, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental. Por consiguiente un límite, al tiempo que priva de protección constitucional a una específica expectativa de conducta objeto inicialmente de un derecho fundamental, permite, precisamente por esa exclusión, el ejercicio de poder público sobre ella o el ámbito en que ella misma se desenvuelve..." Méndez, I. Villaverde, *CAPÍTULO 6 LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*, en Bastida Freijedo, Francisco J., et al., *TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978*, España, Tecnos, 2012, p.120.

<sup>47</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., pp. 83 a 86.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 86.

es imaginario, no obstante cuando se trata de un conflicto genuino, el único resultado posible es que una regla constitucional debe ser declarada inválida (parcial o completamente). No es posible dejar ambas reglas intactas dentro del mismo sistema legal. La determinación de cuál de las dos reglas podría permanecer y cuál debe ser apartada de acuerdo con las reglas de especificación que gobiernan cada sistema legal.

Es común asumir que la última legislación deroga a la anterior, a no ser de que la regla anterior sea la específica, en tal caso la especialidad prevalece sobre la general; en ambos cánones interpretativos son basados en asumir que cualquiera de las dos reglas basadas en el conflicto no pueden producir sus efectos, en consecuencia una de ellas pierde su validez.<sup>49</sup>

#### **1.4.2 Conflictos entre derechos constitucionales en forma de principios**

En primer término, debe explicarse el alcance y validez de los derechos en conflicto que no son afectados ya que los derechos formados como principios de valores fundamentales reflejan ideales, aspiraciones de su máxima realización. Esos ideales tienen diferentes niveles de intensidad en su realización y no pierden su naturaleza fundamental sólo por la cuestión de no ser realizados en toda su extensión. Por ejemplo, tanto la libertad de expresión como el derecho a la buena reputación en conflicto, ambos derechos permanecen válidos dentro del sistema legal, a diferencia de un conflicto de los derechos formados como reglas constitucionales, uno de ellos dejará de subsistir para la aplicación del otro, ya sea por derogación o especialidad.

Lo que no sucede con los derechos formados como principios de valores fundamentales, pues ambos casos permanecerán válidos dentro del sistema legal, una de las mayores diferencias entre los conflictos entre los derechos formados como reglas y los derechos formados como principios es que en los derechos formados como reglas constitucionales uno de los derechos va a perder completamente su alcance constitucional, este no es el caso de los derechos en

---

<sup>49</sup> *Ibíd*em, pp. 86 a 87.

forma de principios constitucionales, los cuales sólo expresan su naturaleza de esos principios aspirando a su completa realización.

De acuerdo a este análisis un conflicto entre dos derechos formados como principios constitucionales no afectará su alcance o su validez, lo que no sucede en el caso de los derechos formados como reglas constitucionales, por lo que la extensión de la protección de los derechos formados como principios, en todo caso se resolverá al nivel subconstitucional.

Por lo que respecta al efecto en la realización del conflicto de los derechos debe indicarse que un conflicto entre los derechos formados como principios, la afectación a la realización de los derechos se encontrará mediante las reglas de la proporcionalidad y los preceptos de limitación, esta clase de reglas determina el resultado del conflicto constitucional de su realización al nivel subconstitucional, sin embargo estas áreas no pueden proveer derechos constitucionales, en todo caso derechos subconstitucionales.

Así, por ejemplo el reclamo al Estado de una persona por su buena reputación, contra otra que reclama la libertad de expresión, dichas controversias son revisadas de acuerdo a las reglas de la proporcionalidad, esta revisión no cambia el alcance de los derechos involucrados, pero afecta la extensión en su protección, por ejemplo, si el reclamo de difamación es inconstitucional y desproporcional en la limitación de los derechos de la libertad de expresión, el resultado de esa revisión opera sólo a nivel subconstitucional.

Aharon Barak da un ejemplo. Una persona llamada Jane Doe, en su reclamo por acoso sexual, el acusado debido a su condición médica, fue relevado de las audiencias, por lo que ella solicitó el acceso completo a esa información que se encontraba en las audiencias y los procedimientos escritos y la Corte le rechazó su petición bajo la justificación de la protección a la privacidad del acusado, por lo que la Corte determinó que la protección a la moral de la víctima no incluye los incidentes donde sus derechos en las audiencias públicas sean ilimitados.

En la sentencia Aharon Barak señaló, entre otras cosas, que la libertad de expresión choca con el derecho a gozar de una buena reputación, y los derechos humanos chocan con los valores y principios fundamentales de la sociedad, como en el caso donde la libertad de expresión está en conflicto con la seguridad nacional y consideraciones de seguridad, hoy no se sostiene que el derecho a la libre expresión no implica una expresión que infrinja sobre otra persona su reputación, por lo que reducirían el alcance de ambos derechos constitucionales y los valores y principios, han creado un marco legal que no acata las limitaciones constitucionales como derecho.

En otra decisión fue más contundente al señalar que no pueden decir que un derecho prevalece sobre otro, ambos derechos continúan existiendo, la resolución de este conflicto no se encuentra a nivel constitucional, puede encontrarse en los diferentes actos legislativos y en su propia interpretación, estos preceptos limitan ambos privacidad y publicidad, su constitucionalidad está determinada de acuerdo a las provisiones del precepto de limitación.<sup>50</sup>

### **1.5 Proporcionalidad interpretativa entre derechos formados como principios constitucionales**

En el caso de Jane Doe, la Corte para garantizar el Derecho Constitucional a una audiencia pública, los derechos de las partes serán considerados en su completo alcance, en un estado de conflicto, el intérprete debe ponderar entre ellos, se considera su peso a la luz del caso. La ponderación se delinea dentro del precepto de limitación de proporcionalidad en stricto sensu, se diseñó para proveer significado al derecho de acuerdo a su propósito. En consecuencia es una proporcionalidad interpretativa, ya que no se aplica el precepto de limitación, lo que sucede también con la conexión racional y los medios necesarios, el único componente relevante es el componente de proporcionalidad en sentido estricto.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> *Ibíd*em, pp. 87 a 92.

<sup>51</sup> *Ibíd*em, p. 92.

## 1.6 Martin Luteran: Efectos negativos de la proporcionalidad

El enfoque de Martin Luteran<sup>52</sup> considera que la proporcionalidad es otra faceta, aun cuando muchos teóricos definen a la proporcionalidad como un test que comprende cuatro consultas dirigidas<sup>53</sup>: (1) la legitimación de los objetivos gubernamentales, (2) la idoneidad de los medios elegidos para lograr esos objetivos, (3) la necesidad de los medios elegidos para alcanzar los medios y (4) el total equilibrio de la acción del Estado (proporcionalidad en sentido estricto o ley de ponderación).

Por ello considera que hay dos enfoques diferentes de proporcionalidad, el primero, como una forma especial de razonamiento legal, un método que lleva a justificar sus conclusiones dadas las premisas diferentes de subsunción, dando diferentes soluciones racionales a dilemas constitucionales; en un segundo enfoque percibe a la ponderación como una metáfora que hace una elección prudente entre alternativas racionalmente igualmente convincentes, estas dos concepciones diferentes del principio de proporcionalidad, proporcionalidad como ponderación y proporcionalidad entre medios y fines.<sup>54</sup>

Sin embargo, hay una importante diferencia entre el test de ponderación y el análisis de la relación entre medios y fines.

Se ha sugerido una diferencia entre los intereses de ponderación y el análisis de los medios y fines, esta diferencia puede reflejarse en las dos diferentes concepciones de proporcionalidad.

Por otra parte, la Corte Constitucional alemana ha decidido utilizar el principio de proporcionalidad en su interpretación constitucional, no obstante, desde antes ya se consideraba a la proporcionalidad, con las condiciones del

---

<sup>52</sup> Luteran, Martin "Towards Proportionality as proportion Between means and ends" en Murphy, Cian C y Green ,Penny (ed.), *Law and Outsiders Norms, Processes and 'Othering' in the 21<sup>st</sup> Century*, EUA y Canadá, Hart Publishing, 2011 pp. 3 a 22.

<sup>53</sup> Citada por Luteran en "The Lost meaning of proportionality" en Huscroft, Grant; Miller, Bradley W., y otro (ed.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, EUA, Cambridge University Press, 2014, p. 21.

<sup>54</sup> Luteran, Martin "*Towards Proportionality...*", cit., p. 5.

principio del doble efecto, como aparece en el texto de Santo Tomás de Aquino citado por el mismo autor en su obra "*Summa Theologiae*", en el que consideró que aunque un acto con buenas intenciones puede ser considerado ilegal si está fuera de proporción respecto del fin, porque si un hombre en autodefensa utiliza una mayor violencia que la necesaria será ilegal, a diferencia si lo hace con moderación será legal.<sup>55</sup>

Otro ejemplo fue de la Corte Europea de Derechos Humanos (por sus siglas en inglés ECHR) en su decisión el caso Lingüístico Belga citado por el mismo autor, donde consideró que un objetivo con un propósito legítimo igualmente es violentado si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines buscados para su realización.

Sostiene que en el primer texto (Santo Tomás de Aquino) determina la proporción entre su actuar y su fin pretendido y el segundo (ECHR) entre la relación de proporcionalidad entre los medios y el objetivo, en ambos textos se abordan los conceptos de objetivo, medios, acción y proporción, sin embargo en dicha estructura en la justificación de su procedencia mediante una acción tendrá efectos positivos y negativos.

Los actos del Estado tendrán dos efectos, uno bueno/deseado o deseable/legitimado y uno malo/indeseable o indeseable/ilegítimo, es donde la correlación entre la ética y la legal proporcionalidad cobran relevancia, puesto que la ética proporcional direcciona el problema de la conducta humana deseada para tener ambos efectos, positivos y negativos, lo que nos conlleva a la doctrina del doble efecto, la cual se encarga de evaluar las acciones humanas.<sup>56</sup>

### **1.6.1 Doctrina del Doble Efecto**

Luteran considera que el principio del doble efecto, el cual, no sólo es interesante por la conexión que tenga con el principio de proporcionalidad, sino

---

<sup>55</sup> *Ibíd.*, pp. 8 a 9.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, pp. 9 a 10.



por los propósitos de los principios de acción sobre los cuales está basado, y puede otorgar una visión en el rol de la proporcionalidad.

Explica que los actos elegidos pueden tener algunos efectos malos, sólo si se persigue un buen fin por buenos medios, el mal se produce como un efecto secundario, la proporcionalidad dentro de este contexto se puede discernir por un lado si es una relación proporcional entre los medios y los fines de una acción particular, si uno de los requerimientos no se cumple, la proporcionalidad entre los medios y los fines se debilita. Por otro lado, la proporcionalidad es más estricta cuando se asocia con sus cuatro condiciones en la doctrina del doble efecto, sin embargo la proporcionalidad no es un criterio sino un juicio conclusivo.

Así la doctrina del doble efecto es análoga a la proporcionalidad en el sentido amplio, es decir, en las tres principales vertientes de la concepción de proporcionalidad de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y el propósito legítimo; sin embargo, es necesario descubrir los principios subyacentes<sup>57</sup> de la proporcionalidad en sentido estricto y la que nos ofrece la doctrina del doble efecto, dichos principios de acción que motiva el actuar de los sujetos y poder servir como líneas para evaluación, dichos principios según el autor son:

---

<sup>57</sup> Jack M. Balkin considera lo siguiente de un principio subyacente: "...Underlying principles do not appear in the constitutional text; they are constitutional constructions. In fact they are often the first step in construction, a special set of heuristics or aids to construction.

Underlying principles are helpful guides to implementing the constitutional plan, explaining the point of present and future construction. Examples are principles such as separation of powers or checks and balances. There is no "separation of powers" or "checks and balances" clause in the constitution. Rather, we ascribe these principles to the constitution. Therefore we say that they "underlie" the text, in the sense of supporting it and making sense of it." Lo que se entiende como: "... Los principios subyacentes no aparecen en el texto constitucional; son construcciones constitucionales. De hecho, a menudo son el primer paso en la construcción, un conjunto especial de heurísticas o ayudas a la construcción.

Los principios subyacentes son guías útiles para impulsar el plan constitucional, explicando el punto de la construcción presente y futura. Ejemplos son principios tales como la separación de poderes o controles y equilibrios. No hay cláusula de "separación de poderes" o "verifica un equilibrio" en la constitución. Más bien, atribuimos estos principios a la constitución. Por lo tanto, decimos que "subyacen" al texto, en el sentido de apoyarlo y darle sentido." Balkin, Jack M., *Living Originalism*, 2014, Belknap Harvard, USA, p. 259.

- La diferencia es la intención de uno y lo que uno está causando y aceptando como un efecto previsible.
- La intención de que los fines y medios estén racionalmente conectados en la acción adoptada entre las alternativas disponibles.
- La evaluación de la responsabilidad por los efectos intencionalmente provocados.

El autor sólo pretende enriquecer el principio de proporcionalidad mediante un bosquejo de una reconstrucción, pretende una defensa sin ser exhaustivo, puesto que en la doctrina del doble efecto ya trata con ideales de significados universales.<sup>58</sup>

### **1.6.2 Reconstruyendo la proporcionalidad**

La doctrina del doble efecto sólo es una herramienta para principios generales de la acción humana, que permite evaluar tanto los buenos como los malos efectos, tanto como la proporcionalidad entre los medios y los fines, la cual no es más que una herramienta judicial para traer más principios generales de la acción del Estado sobre asuntos legales de acciones de permisibilidad con buenos y malos efectos.

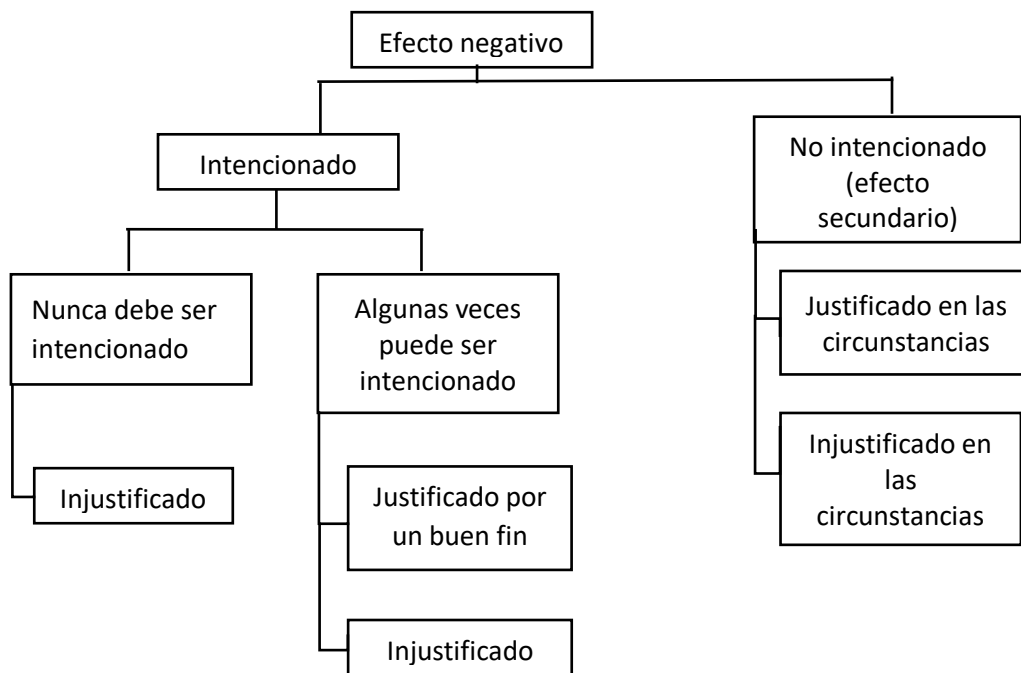
La proporcionalidad no es una solución a todos los problemas judiciales, no es más que una herramienta útil, la cual puede proporcionar un marco estructurado para evaluar las acciones del Estado, la reconstrucción propuesta por Martin Luteran pretende evidenciar las diferencias que puedan ser conciliadas en cada caso.

En este punto la doctrina del doble efecto viene al tema sólo si la acción de un particular causa un efecto negativo el cual no se causó intencionalmente, a diferencia si fue intencional y causó un efecto negativo, el autor provee un diagrama el cual se traduce directamente de la obra en la que participó.

---

<sup>58</sup> Luteran, Martin "Towards Proportionality...", cit., pp. 10 a 13.

Diagrama de Martin Luteran:



59

Para lo anterior es necesaria una lista de intereses legales protegidos, la cual está determinada por el alcance de los derechos, tal categorización entre los intereses intrínsecos e instrumentales, de acuerdo a su nivel de importancia, a través de una jerarquía de intereses protegidos por el mismo derecho; además es necesario que se describa la acción del Estado, su intención y la naturaleza que supone un impacto negativo en los intereses del particular, con lo que se podrá determinar si el efecto negativo fue intencionado, o sólo aceptado como un efecto secundario deseado o quizá imprevisto.

Debe tomarse en consideración que el Estado no debe dañar intereses como la integridad de las personas, como puede ser la tortura, pruebas falsas, presos políticos, erradicar minorías, ya que tendría un efecto negativo si es intencionado y esa es la clase de efectos no debe ser permitida; no obstante, hay

---

<sup>59</sup> *Ibíd*em, p. 14.

algunos intereses que pueden ser intencionalmente dañados, bajo la justificación de un bien buscado.

El autor indica que esa es la diferencia entre expropiar por la necesidad de construir una vía rápida y expropiar la propiedad de un adversario político, por lo que queda claro que el efecto negativo como parte de los medios para legitimar el fin y determinar si los medios son idóneos y necesarios para alcanzar tal fin.

Sin embargo, ciertos efectos negativos son causados sólo como un efecto secundario con razones insuficientes para exonerar al Estado, puesto que debe tomar el debido cuidado en prevenir los efectos negativos secundarios de sus acciones especialmente cuando dichos efectos secundarios son previsibles.<sup>60</sup>

Martin Luteran considera que aún no se ha analizado suficientemente la relación entre los medios y el fin, por lo que es necesario conducir a una toma de decisión estructurada y transparente, más fructífera a un uso de los principios de la proporcionalidad y más apropiado rol de la ponderación, para ello pone el ejemplo del caso Dickson, una persona sentenciada a quince años de prisión, durante los cuales se casó y quería concebir un hijo por inseminación artificial, pero el Secretario de Estado rechazó la petición del Sr. Dickson, quien apeló dicha decisión y posteriormente la Suprema Corte y la Corte de Apelaciones le denegaron dicho recurso, terminando su reclamo en la Corte Europea de Derechos Humanos, y remitida a la Gran Cámara, la cual consideró que debía realizarse una justa ponderación entre los intereses públicos y privados; donde había dos posibles soluciones: no permitir el acceso a la inseminación artificial a ningún prisionero bajo ninguna circunstancia; y, permitir el acceso a la inseminación artificial en cualquier circunstancia.

Sin embargo, la Gran Cámara estaba conociendo un conflicto de intereses, no de derechos, por lo que se encontraba ponderando más limitadamente, pues no es posible ofrecer un principio sobre el cual basar una decisión futura y no es plenamente razonable llegar a una conclusión.

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*, pp. 16 a 17.

Si en el juicio se hubiera observado la proporcionalidad como proporción entre medios y fines, dentro de la reclamación la prohibición del Estado del acceso a la inseminación artificial, para cuando fuera liberado sería un adulto mayor muy entrado en años, la negativa como resultado, de una autoridad competente, donde no cabe duda que es intención del Estado, sin embargo su incapacidad para concebir, saliendo de prisión no es parte de los medios o fines del Estado (y más si durante prisión lo esterilizan) es un infortunado efecto secundario de la política penal.

En cambio, si la Corte encuentra que el interés de los prisioneros de inseminar a sus esposas está protegido por un derecho, como en este caso, el interés fue intencionalmente dañado por el Estado; por otra parte, imaginemos que la Corte determina que el Estado intencionalmente puede prohibir la no inseminación, tendría que justificar que busca un buen fin en las circunstancias, de lo contrario la Corte no está abierta a reconocer el status de los intereses protegidos por un derecho, la Corte no puede aceptar que sea intencionalmente afectado bajo todas las circunstancias, habría cierta tensión permitiendo el infringir intencionalmente ese derecho en la circunstancia que sea.

Si hay un derecho a la inseminación artificial y este es el tipo de interés que puede ser intencionalmente dañado por buenas razones, la Corte necesita considerar que el Estado persigue un buen fin en las circunstancias del caso, y en el caso que nos ocupa, el Sr. Dickson cuando sea liberado probablemente no podrá concebir, esto podría ser uno de los efectos secundarios de la prohibición estatal, este efecto negativo secundario podría haber sido prevenido si el Sr. Dickson se le hubiera permitido el acceso a la inseminación artificial, la Corte debería ser muy cuidadosa en encontrar la acción injustificada del Estado; no obstante, así sucedió, lo que le causará algunos efectos negativos secundarios, lo cual debió evitar el Estado; el principio de proporcionalidad provee respuestas a

problemas judiciales, mediante una significativa estructura, pero a veces falla al desviar el discurso moral.<sup>61</sup>

### **1.6.3 El significado perdido de la proporcionalidad**

Para Martin Luteran<sup>62</sup> los costos y beneficios son deseables o indeseables en los efectos de una medida, para evaluar los costos beneficios de una medida son predicciones antes o después de los efectos de los hechos sobre los efectos de la medida y una métrica para su comparación.

Ningún medio particular elegido puede completamente explicar su costo, la esencia de los medios es una contribución al logro de un fin, los medios en sí mismos son en este sentido benéficos, sólo si la extensión en la cual ellos contribuyen al beneficio del fin consumado.

Entender al medio como puramente “costo” es mal entender su rol en la razón práctica, y conduce a resultados absurdos, si los medios son identificados con el costo de una medida, el grado de daño/costo causado por los medios puede, al menos teóricamente, superar por un grado de beneficio.

#### **1.6.3.1 Intención y previsión**

La distinción entre lo pretendido, lo previsto y causado como un efecto secundario involuntario es crucial para identificar qué es lo que se está resolviendo, la diferencia está en las actitudes del Estado hacia ciertos asuntos estatales, cuando un Estado persigue algo con una acción intencionada, como adoptar la exterminación de algunos ciudadanos, es diferente en característica de un Estado que defiende a sus ciudadanos de un ataque.

Que el Estado elija que hacer como un fin o medio determina más profundamente que tipo de Estado es, con otros efectos que el Estado

---

<sup>61</sup> Ibídem pp. 13 a 17.

<sup>62</sup> Luteran, Martin “The Lost meaning of proportionality” en Grant Huscroft, Bradley W. Miller, y otro (ed.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, EUA, Cambridge University Press, 2014, pp. 29 a 35.

previsiblemente causa y acepta pero no pretende. Tal efecto lateral negativo es lamentable, indeseable y minimizado.

Pone como ejemplo siguiente: el Estado pretende construir una vía rápida, lo cual causará un impacto negativo para los ciudadanos, donde sus casas están localizadas, en los terrenos para la carretera proyectada; no obstante, los efectos negativos no son intencionados, tal situación es muy diferente cuando el Estado pretende castigar a una minoría de ciudadanos que pretenden utilizar la vía rápida para construir un proyecto como pretexto para destruir sus casas y haciendo que se dispersen, así el impacto negativo causado por la destrucción de sus casas fue parte de los medios del Estado y, por lo tanto, intencionado, en suma, el significado de la distinción de intención-previsión es que ciertos asuntos del Estado cuando son intencionados, el producto del Estado falla tratando con sus ciudadanos, lo que constituye una falla de la justicia comunicativa.<sup>63</sup>

#### **1.6.4 Responsabilidad de los efectos secundarios**

El Estado tiene responsabilidad de los efectos secundarios de sus acciones intencionadas o pretendidas, ciertos efectos secundarios pueden no ser aceptados, los Estados pueden ser culpados por causar efectos negativos incluso si no son intencionados, la responsabilidad de los efectos secundarios es diferente que la responsabilidad por los intencionados medios o fines, y pueden ser evaluados por diferentes criterios.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Luteran, Martin “*The Lost meaning of proportionality...*”, cit., p. 32 a 33.

<sup>64</sup> Para Gaetano Carcaterra, los efectos de la norma ““ In generale: una norma dice <<A é>> si produce realmente il fatto che A é. Accade cioè che il fatto che ipoteticamente e astrattamente é previsto *nel contenuto* di una norma, fatto che ha una esistenza puramente concettuale e sta per dir così sulla carta, si verifica *fuori* della norma stessa, di fatto che ha un'esistenza nono piú sulla carta ma nella realtà dell'ordinamento o nella realtà sociale. In breve, accade che la norma produce ciò che dice, produce il fatto che nel suo contenuto prevede.” “Di piú. Le norme non solo producono effetti giuridici ma *sono dirette a intendono*, produrli. Una norma dicendo che una certa altra norma é abrogata vuole ortenerne la esclusione dall'ordinamento, e la ottiene. La norma che fissa la maggiore età al compimento del diciottesimo anno é diretta a far sí che coloro che compiono diciotto anni acquistino la qualità di maggiorenni, el così avviene.” Lo que se traduce como: "En general: una regla dice << A es >> el hecho de que A es realmente ocurre. Ocurre que el hecho de que hipotética y abstractamente se prevé en el contenido de una norma, un hecho que tiene una existencia puramente conceptual y lo va a decir en papel, ocurre fuera de la norma misma, de un hecho que ya no existe en el papel. pero en la realidad del orden o en la realidad social. En resumen, sucede que la norma produce lo que dice, produce el hecho de que en su

En principio, juzgando la aceptabilidad de efectos secundarios es el requerimiento de prevenir el daño/mal posible, los Estados requieren tomar más cuidado previniendo previsibles efectos negativos, sería absurdo esperar que tales efectos negativos puedan ser completamente eliminados.

El debido cuidado tiene por objeto prevenir los efectos secundarios, el Estado falla teniendo debido cuidado y algunos de ellos pueden ser apreciados en los ejemplos propuestos por el autor<sup>65</sup> en los que considera que no debe buscarse en conjunto formas de evitar tomar en consideración los efectos negativos en la deliberación que conduzca una acción. Imagine al Estado construyendo una carretera sin tomar en consideración el número y tipo de terratenientes y propiedades afectadas, en las cuales se va a destruir varias villas históricas, a pesar de que hay otras alternativas, otras rutas plausibles, sería indignante, pero la culpa de tal acción no proviene de la intención de los constructores, o del estricto análisis financiero del costo beneficio, sino más bien de la indiferencia del valor de la gente y sus sitios históricos.

Hay otro criterio para evaluar la complacencia para aceptar ciertos efectos negativos, los cuales son aceptables y no dependerán de quien cargue con la responsabilidad para considerarlos, algunas características de un Estado o gobierno que justifica aceptar ciertos efectos secundarios, las costumbres, tradiciones o convenciones pueden jugar un papel importante decidiendo cuales efectos son muy negativos para no permitirlos.

Una Corte debe proceder con cautela al evaluar los efectos secundarios, en el caso de que ciertos impactos negativos en los intereses de alguien fueron efectos secundarios de la acción del Estado, por lo que se requiere de estar bien informado y un juicio prudente de personas virtuosas, esto es lo que algunos

---

contenido prevé". "Más. Las normas no solo producen efectos legales, sino que se dirigen a la intención, a producirlas. Una norma que dice que se deroga una determinada norma quiere obtener la exclusión del sistema y la obtiene. La norma que establece la mayoría de edad a la edad de dieciocho años tiene por objeto garantizar que quienes cumplen dieciocho años adquieran la calidad de adultos, y así sucede." Carcaterra, Gaetano, *Presupposti e Strumenti della Scienza Giuridica*, Bologna, G. Giapichelli Editore - Torino, 2012, p. 90.

<sup>65</sup> Ídem.



conocen como ponderación, aquí no se permite el daño admitiendo que en el sentido limitado el test de proporcionalidad requiere ponderación, no hay punto invocando proporcionalidad, el papel de la Corte es un asunto de elección prudente y razonable.

El autor ofrece alternativas de proporcionalidad, una reconstrucción del test de proporcionalidad, invita a identificar las posibles intenciones del Estado, el efecto negativo, donde los diferentes tipos de conflictos constitucionales requieren de diferentes enfoques.

### **1.7 Grégoire C.N. Webber: El enfoque recibido a la limitación de los derechos**

Grégoire C. N. Webber<sup>66</sup> considera que los derechos son absolutos, que no tienen límites, es decir, son una serie de derechos específicos, para que un derecho sea absoluto no debe ser abierto, o que no admita excepciones, no obstante ninguno es absoluto, en el sentido de tener un alcance ilimitado, son absolutos en el sentido de ser incondicionalmente obligatorios dentro de su propio alcance, aunque debe considerarse que los contextos sobre los cuales se desarrolla el derecho no son estáticos, por lo que la especificación del derecho tampoco lo será por siempre subsanado, la limitación es contingente, la Constitución en los Estados democráticos es fluctuante y con cambios de circunstancias.<sup>67</sup>

La limitación de un derecho en los cambios que sufre una Constitución, obliga a re-especificar el derecho proveer una limitación diferente e inviolable, la

---

<sup>66</sup> Véase Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, USA, Cambridge University Press, 2016, p. 142 y 144

<sup>67</sup> Para Aharon Barak "A right is absolute if its entire scope is protected. Thus an absolute right cannot be limited; the limitations clause does not apply to it; the rules of proportionality do not apply to it; it cannot be balanced in order to protect other constitutional rights or to fulfill a public interest. Any limitation of the right to human dignity is unconstitutional." lo que se traduce en "Un derecho es absoluto si todo su alcance está protegido. Así, un derecho absoluto no puede ser limitado; la cláusula de limitaciones no se aplica a ella; las reglas de proporcionalidad no le son aplicables; no puede equilibrarse para proteger otros derechos constitucionales o para cumplir un interés público. Cualquier limitación del derecho a la dignidad humana es inconstitucional" Barak, Aharon, *HUMAN DIGNITY, The Constitutional Value and the Constitutional Right*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015, p. 227.

constante reevaluación de la limitación de un derecho, permite a un derecho permanecer como absoluto a las circunstancias sobre el tiempo.<sup>68</sup>

Así tenemos dos etapas de análisis, la primera el del derecho y el segundo de la limitación de esos derechos, lo que marca la limitación de los derechos, y pone de relieve la división de la declaración de los derechos por un lado y la limitación por otro.

### 1.7.1 La proporcionalidad y las limitaciones a los derechos.

Ningún derecho es absoluto, la cuestión es determinar en cuales instancias y de acuerdo a que evaluación, la limitación a un derecho puede ser confirmada o aprobada, en otras palabras, la pregunta es si el derecho es suficientemente optimizado por la medida impugnada.

El objetivo perseguido en la limitación se determina si va a retribuir a los intereses de la comunidad o a los valores comunes, por otra parte se establece la ponderación entre derechos y el interés público, el cual también es concebido como un principio que debe ser optimizado, dicha optimización de principios en

---

<sup>68</sup> Para el professor Fulvio Cortese la inviolabilidad se encuentra dentro de la dimensión de la indisponibilidad al señalar que: "I <<diritti inviolabili>>, infatti, altro non sono *innanzitutto*, che i diritti che il costituzionalismo moderno ha voluto e voltre tuttora porre in un regime di indisponibilità da parte del potere, in quanto considerati alla setregua di por zioni costitutive di una dimensione irrinunciabile.

...

Pertanto, il termine ultimo dell'attribuzione dei <<diritti inviolabili>> non é l'uomo inteso in senso astratto e atomistico, come titolare individuale di una relazione esclusiva con il potere pubblico, bensí **la persona**, come tale immersa in una rete di relazioni, di esperienze e di bisogni che contribuiscono a connotarne la concretezza e la realtà, e che, pertanto, partecipano del carattere dell'indisponibilità."

Lo que puede traducirse como:

"Los << derechos inviolables >>, de hecho, no son más que los derechos que el constitucionalismo moderno quería y aún quiere colocar en un régimen de indisponibilidad por parte del poder, ya que se consideran al mismo tiempo que constituyen partes de una dimensión indispensable.

...

Por lo tanto, el término final de la atribución de los << derechos inviolables >> no se entiende al hombre en sentido abstracto y atomista, como titular individual de una relación exclusiva con el poder público, sino a la persona, como tal, inmersa en una red de relaciones, experiencias y necesidades que contribuyen a connotar su concreción y realidad, y que por lo tanto participan en el carácter de indisponibilidad." Cortese, Fluvio, *I diritti inviolabili dell'uomo*, en Florenzano, Damiano, et al, *Diritti Inviolabili, Doveri di Solidarietà e Principio di Egualianza*, Bologna, G. GTiappichelli Editore-Torino, 2015, pp. 3 a 4.

conflicto implica el principio de proporcionalidad. En cada caso, algunos intereses o valores la legislación interfiere, porque los derechos tienen un efecto radiante, es decir son interdependientes al encontrarse ubicados en todas las áreas de la ley, casi todos los propósitos del interés público restringen un derecho.

Las limitaciones pueden permitir que se infrinja un derecho, bajo la justificación de que la limitación debe ser convincente e irresistible y no meramente razonable o plausible, la proporcionalidad provee un marco para la evaluación de la justificación para infringir un derecho, entre los principios de proporcionalidad tiene 4 requisitos, comunes en la jurisprudencia de Europea, Alemana, Canadiense, Británica, Israelí y Sudafricana, los cuales son los siguientes:

- 1.- La limitación debe ser lo suficientemente importante para infringir un derecho (objetivo del interés público).
- 2.- Los medios deben ser racionalmente conectados con el objetivo (idoneidad).
- 3.- Los medios deben perjudicar al derecho lo menos posible (necesidad).
- 4.- Los efectos perjudiciales deben ser proporcionales a los beneficios al interés público (proporcionalidad en sentido estricto o la ley de ponderación).

La proporcionalidad debe tener la idea de optimización, dichos requisitos propuestos por el autor se analizan de acuerdo a su enfoque.<sup>69</sup>

#### **1.7.1.1 Objetivo del interés público**

Un derecho puede ser limitado por cuestiones de seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, bienestar económico de la nación, prevención de desorden o crimen, protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de la libertad de terceros, entre otros derechos.

---

<sup>69</sup> Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., pp. 71 a 72.

Ciertos derechos no pueden ser limitados bajo la excusa de la protección de terceros, en la Convención Europea de Derechos Humanos determina que la limitación a los derechos el significado debe ser exhaustivo, especificando que las restricciones permitidas a los derechos y libertades no deben ser aplicadas con otro propósito para el cual fueron prescritas.<sup>70</sup>

En la aplicación de la limitación de los preceptos de la Convención de la Corte Europea, no necesariamente se busca fundamentar objetivos legislativos sobre un precepto dado que sea limitante. Más bien la referencia del fin de una sociedad democrática para evaluar la validez del interés público, de esta manera el enfoque recibido del precepto de limitación en ninguna parte especifica el fin de una sociedad democrática.

Muchos intereses públicos son elegibles para limitar un derecho. Bajo el principio de proporcionalidad, el interés público es concebido en el mismo sentido que un derecho, es decir un principio para optimización. El principio de interés público puede ser optimizado sólo en un pequeño grado, un peso, por ello el enfoque recibido generalmente no descalifica el interés público, prefiere dejarlo para el principio de proporcionalidad, y proceder al examen de la idoneidad, necesidad y ponderación; este es el primer componente del análisis de la proporcionalidad, como una evaluación normativa de la legitimación o necesidad de los objetivos legislativos, es decir, una evaluación.

Bajo este contexto, ciertos principios pueden ser declarados inválidos desde el primer encuentro con otros principios, Grégoire C.N. Webber cita a Robert Alexy, el cual se lee directamente de su obra:

*“It cannot be denied that there are principles which, were they to emerge within a given legal system, would be declared invalid on*

---

<sup>70</sup> Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 18, citada por el autor, dicho precepto determina:

**“Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos.** Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas.” [fecha de consulta 26 de noviembre de 2021] Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

*their first encounter with other principles. One example is the principle of racial segregation. German constitutional law excludes this principle. 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, this principle will be overridden in every case, which is to say that is not a valid principle”<sup>71</sup>*

Grégoire C.N. Webber señala que el problema de la invalidez de los principios está relacionada con los principios débiles, así el lenguaje utilizado en los derechos consideran como sinónimo los valores y principios indiscriminadamente como metas colectivas, interés colectivo, interés público, interés social, metas comunes, interés de Estado, valores comunes, cuyos componentes determinan el grado de optimización en contra del grado de optimización del derecho.

Para determinar el nivel de generalidad con el cual el principio contrario es articulado, en algunos casos entre más general es el objetivo, más importante parece. Dada la importancia del objetivo para evaluar los medios legislativos, el nivel de generalidad con el cual influencia el resultado considerablemente. Entre más general es el objetivo los medios serán menos restrictivos. Si el interés público es muy específico, el análisis de la proporcionalidad colapsará con una sola cuestión. Por ejemplo, si el objetivo legislativo es “proteger a los ciudadanos del riesgo de catástrofes de terrorismo” a diferencia de “proteger a las personas del riesgo catastrófico de terrorismo, dándole al encargado de seguridad pública el

---

<sup>71</sup> Podría traducirse como: “No se puede negar que hay principios que, si surgieran dentro de un sistema legal dado, serían declarados inválidos en su primer encuentro con otros principios. Un ejemplo es el principio de segregación racial. El derecho constitucional alemán excluye este principio. No hay un solo caso en el que tenga prioridad y varios en los que se anula; mientras los principios del derecho constitucional actual no cambien, este principio se anulará en todos los casos, lo que quiere decir que no es un principio válido” Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, USA, Oxford University Press, 2016, p. 61.

poder de detener extranjeros sospechosos de terrorismo sin juicio”, esto determinará de manera efectiva el resultado del análisis de proporcionalidad.<sup>72</sup>

### **1.7.1.2 Idoneidad**

Los medios empleados para optimizar el principio en competencia que injustificadamente interfiere con el derecho, a través del análisis de proporcionalidad, determina si los medios son idóneos para la competencia del principio, por lo que es necesario determinar si los medios son capaces de perseguir el interés público objetivo, así la relación causal entre el principio y los medios se apoyan en el sentido común, la razón o la lógica.<sup>73</sup>

### **1.7.1.3 Necesidad**

El menor perjuicio a través del medio efectivo disponible. Se debe elegir la alternativa que menos interfiera entre los medios disponibles que satisfagan el objetivo, así entonces no hay necesidad de interferir el derecho en su actual extensión. Pero si no hay medios menos invasivos o que restrinjan menos el derecho el cual puede lograr el objetivo legislativo efectivamente, entonces la evaluación de la necesidad ha sido satisfecha, en ese caso, el derecho es infringido “no más de lo necesario” y “como poco como razonablemente es posible”.

Se persigue el principio del interés público con eficacia, debe elegirse el medio que menoscaba menos el derecho; de otra manera el derecho no es optimizado, el grado de menoscabo no es necesario, requiere de alternativas hipotéticas, varios Estados de acuerdo al nivel de realización del interés público.

Para Webber las restricciones sólo pueden ser mediante los medios legislativos ya que estos satisfarán la necesidad de requisito si figuran entre una gama de alternativas razonables, por alternativas razonables se puede entender como la realización que el proceso de redacción legislativa no admite la

---

<sup>72</sup> Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., pp. 72 a 75.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p.75.

perfección, eso es imposible adecuar la medida del concepto al mínimo menoscabo.<sup>74</sup>

Los tres primeros componentes del principio de proporcionalidad, actúan como filtros para la proporcionalidad en sentido estricto, el único lugar donde el objetivo puede ser pesado contra el impacto del derecho, algunos juzgadores se resisten a la ponderación, consideran una tarea reservada al poder legislativo.<sup>75</sup>

#### **1.7.1.4 Proporcionalidad en sentido estricto, la Ley de Ponderación**

Para Grégoire C. N. Webber, los componentes previos del principio de proporcionalidad son filtros para el ejercicio de la ponderación, mientras que la validez del interés público y la idoneidad y necesidad de los medios empleados para perseguirlo son evaluados porque un derecho fue restringido, el derecho no está comprometido hasta ahora.

La evaluación a la restricción del derecho se mueve más allá de lo fáctico y cuestiona que es legalmente posible, sugiere derechos e intereses públicos objetivos compitiendo en el mismo plano. Es así que la cuestión a ser resuelta por principios de ponderación se formula como sigue: el mayor grado de insatisfacción o detrimento de un principio es la mayor importancia de satisfacer el otro, en otras palabras, debe obtenerse un beneficio mayor en restringir un derecho en favor del interés público, que la pérdida por infringir al propio derecho.

En ese sentido lo analizó Alexy en su “Ley de Ponderación”<sup>76</sup> propone tres etapas: la primera, el grado de interferencia del derecho; la segunda, la importancia de satisfacer el interés público competente; y, el tercero, determinar si la importancia de satisfacer el principio competente justifica la interferencia del

---

<sup>74</sup> Para H. L. A. Hart, “... los juicios comunes sobre lo que es “razonable” pueden ser utilizados en el derecho. Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas” Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Argentina, Abeledo Perrot, 2012, p. 164.

<sup>75</sup> Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., p. 76.

<sup>76</sup> En el apartado “1.2.3 Estructura de la proporcionalidad” de este trabajo” y se retoma con el fin de clarificar la etapa de la proporcionalidad en sentido estricto que analiza Grégoire C. N. Webber.

derecho. En resumen, la interferencia con un derecho por el legislativo mide el principio perseguido va a justificar sólo por virtud de la importancia de la satisfacción del principio competente.<sup>77</sup>

### **1.7.2 Intensidad de interferencia a un derecho**

La intensidad de la interferencia es siempre una cantidad concreta. Robert Alexy ideó una escala de diferentes intensidades de interferencia concreta y racional para asignar una posición en esta escala. Siguiendo a la Corte Federal Constitucional de Alemania en favor del modelo tríadico –interferencia ligera, moderada y seria- una interferencia concreta no es arbitraria, incluye referencias a hechos y regularidades empíricas así como juicios normativos.<sup>78</sup>

#### **1.7.2.1 Grado de importancia de satisfacer el principio de interés público**

El grado de importancia de satisfacción del interés público, puede ser medido omitiendo la interferencia que con el derecho podría tener el principio de competencia. Alexy considera que la misma escala tríadica puede ser aplicada para los principios en competencia aplicados para los derechos constitucionales: la importancia de satisfacer los principios en competencia es inversamente proporcional a la interferencia con los principios en competencia que podrían resultar si el derecho no fue interferido.<sup>79</sup>

#### **1.7.2.2 Proporcionalidad entre el derecho y el interés público**

Supongamos que la interferencia a un derecho es seria y la satisfacción al interés público no es importante, en tal caso la medida legislativa es desproporcionada y, por lo tanto, una limitación inválida al derecho. A la inversa, si la interferencia al derecho es moderada y la satisfacción del principio en competencia es muy importante, la medida legislativa es proporcional y por lo tanto válida. Sin embargo, cuando la interferencia con el derecho es igual de importante con la satisfacción del principio de interés público, los casos resultan en un estancamiento, pues la promulgación o no promulgación del esquema

---

<sup>77</sup> Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., pp.77 a 79.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, p. 78.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 79.



legislativo no sería desproporcionado. En este sentido la legislatura se deja con una estructura discrecional de ponderación,<sup>80</sup> sin que sea contrario al principio de proporcionalidad. Ninguna prioridad le otorga al derecho que haya una priorización abstracta de los principios.<sup>81</sup>

El principio de proporcionalidad es una regla aplicable a otras disputas entre dos principios iguales, este principio determina que los principios tengan igual status en la abstracción, pero que sólo uno tendrá un mayor peso en un conjunto dado de circunstancias que vaya más allá de los detalles inmediatos, donde el peso estará determinando que tan importante es, no sólo para las partes y que como resultado en subsecuentes casos sea considerado como precedente por las circunstancias del caso, se extienda más allá de lo inmediato a lo general.

De lo anteriormente descrito, la jurisprudencia como la doctrina han explorado la estructura de la proporcionalidad e la limitación de los derechos, por lo que según el autor es posible arribar a las siguientes conclusiones que entre otras cosas señalan que:

“Primero. En la evaluación si la legislación violenta un derecho procede a la segunda etapa donde se determina si a pesar de que ha infringido, la legislación puede ser justificada,

Segundo. La definición de alcance del derecho a la primer etapa está determinada sin tomar en cuenta otros derechos. Todos los derechos deberían ser optimizados en la mayor extensión posible; las posibilidades de hecho y derecho solo son evaluadas en la segunda etapa, lo que determina su grado de optimización.

---

<sup>80</sup> “Existen dos tipos de discrecionalidad legislativa: sustancial o estructural, por una parte, y epistémica, por otra. La discrecionalidad sustancial del poder legislativo consiste en todo aquello que las normas constitucionales ni ordenan ni prohíben. La discrecionalidad epistémica consiste en la competencia del poder legislativo para determinar, en casos de incertidumbre, lo que ordenan o prohíben las normas constitucionales, y lo que dejan libre.” Alexy, Robert, *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Editorial Fontamara, 2010, p. 78.

<sup>81</sup> Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., p. 79.

Tercero. La primera y segunda etapas de análisis corresponden aproximadamente a los intereses individuales y de la comunidad, y son asumidas para competir, el interés individual obtiene la garantía de derecho; los intereses comunes obtienen en la limitación que están siendo desafiados.

Cuarto. La conclusión de que un derecho ha sido infringido, solo sirve para desencadenar un análisis de proporcionalidad.

Quinto. La optimización de los derechos son sujetos de un análisis de proporcionalidad y no son absolutos.

Sexto. El análisis de la cláusula de limitación procede de acuerdo a los principios de proporcionalidad el cual pondera entre los principios en competencia

Séptimo. La proporcionalidad consiste en la evaluación de la relación entre el fin perseguido y el interés común y los medios designados para perseguirlos (idoneidad), la disponibilidad de la alternativa del medio que menos infrinja el interés común perseguido (necesidad), y la proporcionalidad entre los beneficios y daños ocasionados por perseguir el interés común (proporcionalidad en sentido estricto o la ley de ponderación).

Octavo. La calificación de un interés público objetivo como válido bajo el principio de proporcionalidad es relativamente fácil de asegurar como el resultado de disputas resueltas por ponderación del derecho contra el interés público.

Sin embargo considera que los retos que enfrenta esta nueva era de ponderación firmemente propuesta por el profesor canadiense David Beatty que sostiene como una esencial e inevitable parte de

todo texto constitucional y un criterio universal de constitucionalidad.”<sup>82</sup>

Webber considera que el profesor alemán Robert Alexy, sostiene que la ponderación es inevitable porque no hay otra vía racional para la limitación de un Derecho Constitucional, incluso el poder legislativo utiliza las reglas de ponderación relacionada con los derechos constitucionales.

Así en la conclusión de que un derecho ha sido infringido desencadena el análisis, en si dicho menoscabo es válido bajo un análisis de limitación, delineando en una ponderación de intereses y requerimiento de proporción entre el derecho y la limitación, como consecuencia veremos a los derechos constitucionales a través del prisma de la proporcionalidad, aunque algunos argumentan que el razonamiento de proporcionalidad hace posible comparar y evaluar intereses e ideas, valores y hechos, razón y fe, incluso cuestiones con diferentes longitudes y pesos.

El principio de proporcionalidad genera conclusiones difíciles de discernir, si la legislación colisiona, se resuelve mediante el equilibrio del derecho o la proporcionalidad en relación a los derechos constitucionales, es en algunas instancias donde quedan demostrados sus retos y problemas, entre ellos, la inconmensurabilidad que a continuación se aborda.<sup>83</sup>

### **1.7.3 El reto de la inconmensurabilidad**

Webber señala que la proporcionalidad toma diferentes formas bajo el enfoque recibido de la limitación de los derechos, a veces aparecen situando intereses en un conjunto de escalas, aquí uno determina si los intereses y valores apoyan que la limitación pese más que el derecho, a veces se apela a alcanzar un equilibrio entre los intereses que compiten y la imagen es una báscula balanceada, aquí ningún interés anula a otro, cada uno sobrevive

---

<sup>82</sup> *Ibíd*em, p.171.

<sup>83</sup> *Ibíd*em, p. 85 a 86.

Podría considerarse que al aplicar el principio de proporcionalidad, se puede considerar un resultado como correcto (o bueno o justo), la proporcionalidad no pretende entrar en conflicto con la moral, la bondad o la rectitud de una afirmación, sino solo con su peso técnico, costo o beneficio. El principio de proporcionalidad, no pretende ser correcto o moralmente adecuado.<sup>84</sup>

#### **1.7.4 La imposibilidad de ponderación técnica**

Dos opciones son inconmensurables cuando no es apropiado evaluar ambas opciones de acuerdo a una medida común, pues podría distorsionar, transformar, o tergiversar el valor, importancia o calidad de esa opción, la medida puede fallar en capturar adecuadamente la importancia sobre la opción considerada.

La limitación de los derechos asume la conmensuración de los intereses en competencia y valores, evaluando si la interferencia es ligera, moderada o seria realizada comparando más o menos interferencias serias con el mismo interés o valor. La medida de interferencia en ambos casos es tomada solo desde la perspectiva del principio que está siendo evaluado. Como resultado incluso si las abstracciones de valor, interés o principios de libertad de creencias son los mismos, uno podría concluir que una interferencia moderada con uno es peor que la interferencia ligera con el otro, dado que el principio de proporcionalidad no busca maximizar algún valor, más bien optimizar cada principio en competencia. A no ser que el enfoque recibido asuma el “peso abstracto” de los intereses en competencia a ser igual, la optimización no puede evitar las dificultades con la maximización, el resultado sería juzgar si una línea en particular es más larga que una roca en particular es más pesada.

Para Alexy la importancia de los derechos constitucionales y los principios en competencia, pueden ser evaluados en relación a la Constitución la cual provee un punto de vista común e indirectamente conduce a su comparabilidad, sosteniendo su escala trídica (ligera, moderada y seria), la cual es un

---

<sup>84</sup> Ibídem, p. 89 a 90.

componente importante de la ley de ponderación para Alexy, quien es consciente que el ejercicio de ponderación incrementa su complejidad cuando mayor es el número de grados, incluso el modelo tríadico, se ha dicho que en algunos casos es imposible distinguir entre ligero y serio, esas dificultades sólo se multiplican, Alexy advierte, si el modelo tríadico es remplazado con un modelo de nueve etapas doble tríadico, las distinciones excederán nuestro poder de entendimiento.

Alexy no provee un argumento en favor de tres, cuatro o cinco etapas, elige la escala tríadica que no le impide describir en otra parte de su trabajo algunas interferencias con derechos no meramente serias, pero muy serias o extraordinariamente serias, no ilustra cómo califica las interferencias con los resultados de los principios en competencia en su conmensurabilidad, no discute como incorporar el peso abstracto a los principios en su ley de ponderación.

Grégoire toma dos ejemplos de Alexy para demostrar cómo la racionalidad y conmensurabilidad en los juicios sobre la intensidad de interferencia y grados de importancia son posibles de acuerdo al principio de proporcionalidad, el primero sobre la posición de la advertencia a los productos de tabaco, el Estado no persigue la total prohibición de los productos de tabaco, la interferencia con la libertad de profesión es menor. Por la importancia de satisfacer el derecho a la salud en los riesgos que resultan de fumar, los riesgos en la salud son altos, por lo que en este caso es obvio hay una menor interferencia en la libertad de profesión por lo que es proporcional a la disminución de la salud del riesgo resultado por fumar, Alexy asegura que en suma no es obvio, la cuestión es que uno puede considerar como obvia la conclusión de que la interferencia a la libertad de profesión es menor sólo porque no se persigue una total prohibición.

El segundo ejemplo consiste en el clásico conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, el reclamante, un oficial de reserva parapléjico, descrito por una revista satírica como un asesino nato y en una edición posterior como un lisiado. La Corte Constitucional Alemana concluyó que los daños constituyen una seria interferencia con la libertad de expresión, y el principio en competencia –la personalidad del oficial- sólo fue interferida con una

moderada, quizá sólo ligera, manera en llamarlo asesino nato; como resultado de la indemnización de los daños no fue sancionado por el principio de proporcionalidad en el caso del daño surgido por ser llamado asesino nato, como por ser llamado lisiado, la interferencia de la personalidad del oficial fue seria, de acuerdo a Alexy, tal y como se analizó en el apartado “1.2.2. Fórmula del peso” en esta investigación, en donde se determinó que esta clasificación está justificada al describir severamente a una persona inhabilitada como lisiado, es generalmente tomado en esos días como humillante. Como resultado de la indemnización de los daños no fue desproporcional, dado que las interferencias con la libertad de expresión y con la personalidad ambos fueron serios.

Alexy en su segundo ejemplo, no identifica como obvio por qué humillar el nombre o expresar poco respeto califica una interferencia en la personalidad como seria más que moderada o ligera, tampoco expone la evaluación de la interferencia, aunque reconoce que la descripción de lisiado es una violación seria a su personalidad pues asume que la persona tiene dignidad.

Finalmente para una completa conmensurabilidad, es necesario que:

1. Las metas sean bien definidas;
2. Los costos se puedan comparar por referencias a algunas definitivas unidades de valor, (como el dinero);
3. Los beneficios sean cuantitativos en una manera que los haga conmensurables con unos y otros, y
4. Diferencias entre medios, otros que sus costos sean apreciables, beneficios apreciables, y otros aspectos de su respectiva eficiencia como medios que no sean contados como significantes.

Estas condiciones aplican especialmente en el dominio técnico no en el razonamiento moral-político, cuando la razón técnica puede identificar una opción

como única y correcta es cuando demuestra que ofrece todas las otras opciones y algo más, es incondicionalmente mejor.<sup>85</sup>

### 1.7.5 Proporcionalidad y razón práctica

La objeción de la inconmensurabilidad de Grégoire C. N. Webber, es que para ser una decisión racional los elementos deben ser conmensurables, para ello hay dos respuestas:

Primera, no siguen dos principios porque son principios, intereses o valores inconmensurables, por lo que para pesar o ponderar razones podría involucrar un examen de ventajas y desventajas idear una escala común asignando un valor y pesar en el sentido técnico, más bien se procede de acuerdo a la razón de lo más irresistible, es decir sopesar las razones puede implicar un examen de las ventajas y desventajas de las alternativas disponibles.

Si dos opciones son inconmensurables la razón no puede adjudicar un valor relativo, no debe asumirse que hay un valor detrás de la clasificación de opciones, cualquier alternativa puede ser apoyada por buenas razones incluso si la elección entre las alternativas no está determinada por la razón. Según Raz una acción racional es acción cuando es una razón invicta. Esta no es necesariamente porque derrota a todas las demás, en sus palabras:

“Not every conclusive reason is absolute. A reason may be conclusive because it overrides all the existing reasons which conflict with it and yet not be absolute because it would not override a certain possible reason, had it been the case.”<sup>86</sup>

La razón provee los parámetros para tomar la decisión pero deja al autor la elección de la decisión. La razón apoya ambas opciones, las hace racionales aparentemente pero no apoya una mejor que la otra.

---

<sup>85</sup> Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., p. 90 a 96.

<sup>86</sup> Lo que puede traducirse como: “No todas las razones concluyentes son absolutas. Una razón puede ser concluyente porque anula todas las razones existentes que entran en conflicto con ella y, sin embargo, no es absoluta porque no anularía una cierta razón posible, si hubiera sido el caso.” Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, EUA, 2002 p. 28.

Uno puede proveer una buena explicación para esta característica de experiencia de elección, una vez hecha la elección entre las alternativas de opciones se establece una respuesta para el que elige. Cuando confronta una elección similar otra vez, se convierte en obvio para quien elige que alternativa será favorecida ahora con una respuesta previamente establecida.

La segunda respuesta a la reclamación de la inconmensurabilidad previene elecciones racionales. El reto de la inconmensurabilidad identifica como su objetivo que la ponderación y la proporcionalidad proceden matemáticamente y técnicamente, algunos componentes del proceso de razonamiento permiten la conmensurabilidad. Los siguientes conjuntos son conmensurables: verdad y mentira, atención e inatención a la evidencia, pero la razón no determina la elección en diferentes esquemas donde son criterios múltiples para la evaluación, el enfoque recibido a la limitación de los derechos, el principio de proporcionalidad es concebido como una empresa técnica, una comprensión es imposible fuera de la inconmensurabilidad de la competencia de intereses, valores y principios.<sup>87</sup>

### **1.8 Jacco Bomhoff: ponderación de intereses**

Para los efectos de los objetivos de esta investigación sólo se considerarán algunos aspectos de su concepción,<sup>88</sup> en relación a la formalidad legal, como lo concibe desde su aspecto científico, en que considera que dentro de cada sistema legal, en cada caso concreto, deriva una decisión de proposiciones abstractas, por medio de lógica legal etiquetada como ciencia legal, con una cultura legal autónoma, en un sistema legal concebido libre de políticas, puede proveer un objetivo, apolítico, neutral: una forma de resolver los conflictos, para ello se tomará el siguiente análisis del autor.

---

<sup>87</sup> Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution ...*, cit., pp. 97 a 100.

<sup>88</sup> Véase Jacco, Bomhoff, *Balancing constitutional rights the origins and meaning of postwar legal discourse*, USA, Cambridge University Press, 2016.



### **1.8.1 La jurisprudencia de intereses en Alemania: *Interessenjurisprudenz* como una teoría pura del método**

En Alemania la ponderación de intereses<sup>89</sup> fue el principal tema de la escuela del *Interessenjurisprudenz*, encabezada por Philipp Heck, Ernst Stampe, Max Rümelin, Heinrich Stoll y Rudolf Müller-Erbach, la mayoría enseñó en la Universidad de Tübingen, dicha escuela, donde el punto de partida era el problema de cerrar brechas en la ley, a través de la sensible leyenda por los jueces a través del peso social y la evaluación comparativa de la colisión de intereses, incluso definiendo a la *Interessenjurisprudenz* como el uso metodológico de análisis de interés en orden de cerrar las brechas en la ley.

La escuela de la *Interessenjurisprudenz* su principal preocupación era ofrecer una guía práctica a los jueces para hacer una razonable y sensible ponderación de intereses. En ambos elementos equilibrar o ponderar y de intereses fueron importantes en esta contribución práctica. La idea de ponderar más de dos reclamaciones en competencia fue que los juzgadores le dieran la expresión a la legislación, nuestro punto de partida según los autores es la consideración de que el legislador pretende delimitar los intereses humanos de acuerdo a los juicios de valor, y esta es la función del juez para realizar su objetivo final por sus decisiones de casos individuales. El juez debe proceder a cerrar las brechas por la ponderación del interés que se trate.<sup>90</sup>

### **1.8.2 Autonomía y neutralidad**

La principal importancia de la *Interessenjurisprudenz* es la afirmación de la estricta neutralidad, derivado de la experiencia y necesidades de investigación legal no es basada en una filosofía ni modelada en otra ciencia, la considera como

---

<sup>89</sup> Bomhoff señala: “The relationship between balancing and proportionality is a contested issue in many legal systems. But whether, in analytical terms, ‘balancing’ is seen as part of proportionality, or whether proportionality is seen as a ‘balancing’ test (the two most common perspectives), the two categories are clearly part of the same broad family of discourse”. Lo que se entiende como “ La relación entre el equilibrio y la proporcionalidad es un tema controvertido en muchos sistemas legales. Pero ya sea que, en términos analíticos, el 'equilibrio' se vea como parte de la proporcionalidad, o que la proporcionalidad se vea como una prueba de 'equilibrio' (las dos perspectivas más comunes), las dos categorías son claramente parte de la misma amplia familia de discursos.” *Ibíd*em, p. 2

<sup>90</sup> *Ibíd*em, pp. 60 a 62.

una teoría pura del método, no una teoría sustantiva de valores y enteramente independiente de cualquier ideología, en este sentido la escuela de *Interessenjurisprudenz* permaneció como el paradigma de un método estrictamente jurídico, con el principal objetivo de realizar evaluaciones ya inherentes al cuerpo de la ley. Lo que significa la dependencia del efecto radiante de los valores de juicio legislativos, establecidos por el legislador para otros casos, a los cuales la situación bajo escrutinio puede ser como en algunos casos análogos.<sup>91</sup>

### **1.9 Andrea Morrone: Orden de necesidad y urgencia**

Morrone señala que el orden de necesidad y urgencia no siempre estuvo presente en los ordenamientos jurídicos, pues la forma de gobierno determinaba también la protección de los derechos, con la Monarquía absoluta se recordará, la transgresión a los derechos humanos era constante, sin embargo, con la aparición de los primeros documentos que legitimaban y exigían la protección a los derechos inherentes a las personas fue cuando se comenzó a afirmar la protección a las libertades y posteriormente a garantizar los derechos, surgiendo ahí la limitación a las arbitrariedades de las autoridades.<sup>92</sup>

Por tal motivo Morrone afirma que históricamente el orden de necesidad y urgencia ha ido evolucionando progresiva y sistemáticamente tanto en la teoría como en la práctica. Actualmente arguye el jurista italiano, el límite a los derechos ya no se puede dar de una forma arbitraria, la limitación de un derecho puede y

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, pp.62 a 63.

<sup>92</sup> "Quella storia é propria anche dell'evoluzione della forma di governo: dalla monarchia assoluta a quella costituzionale, dal governo misto al governo parlamentare. Nel passaggio tra l'ordinamento statutario e quello repubblicano si é assistito ad una discontinuitá nelle forme di manifestazione, nei contenuti e nei limiti del potere di ordinanza. Nell'esperienza giuridica le ordinanze di necessità e urgenza hanno progresivamente acquisito una certa sistemazione teorica: ma questa é ancoera sufficiente di fronte a tendenze nuove di diritto positivo per affrontare emergenze reali o presunte?", lo que puede traducirse como: "Esa historia también es propicia para la evolución de la forma de gobierno: de la monarquía absoluta a la constitucional, del gobierno mixto al gobierno parlamentario. En la transición entre las órdenes estatutarias y republicanas, ha habido una discontinuidad en las formas de manifestación, en los contenidos y dentro de los límites del poder de la ordenanza. En la experiencia legal, las ordenanzas de necesidad y urgencia han adquirido progresivamente un cierto arreglo teórico: ¿es esto aún suficiente frente a las nuevas tendencias del derecho positivo para hacer frente a emergencias reales o supuestas?" Morrone, Andrea, *Diritti Principi e Fonti del Diritto Saggi Scelti*, Bologna, Bologna University Press, 2015, p. 181.

debe estar justificada por la necesidad de proteger otro derecho siempre y cuando no se perjudique el contenido material del derecho a limitar. Asimismo, indica la necesidad de una valoración constitucional y un balance de la tutela de los derechos de ahí que se entienda como el orden, es decir el orden de los derechos en la Constitución y la necesidad de limitar un derecho derivado de la urgencia de otro.<sup>93</sup>

Pero debe existir un equilibrio entre el orden de necesidad y urgencia; no obstante, es inevitable el conflicto entre valores o bienes homogéneos desde el punto de vista constitucional, indica Morrone que la heterogeneidad resuelve automáticamente el conflicto en favor del bien primario o la naturaleza constitucional y no sólo legislativa. De igual manera explica que, hay dos límites insuperables para equilibrar: uno dado por los principios más altos, esto es por el ordenamiento jurídico el cual no puede ser sacrificado cuando se presente un conflicto entre derechos del mismo rango y un límite interno el cual refiere al contenido del derecho fundamental.<sup>94</sup>

Cabe señalar, que dentro de los límites antes referidos deben desarrollarse decisiones de equidad, cuyo resultado sea el establecer el orden entre los valores en conflicto: según sea el caso en particular, como el sacrificio de un derecho a favor de otro derecho o valor en conflicto. Ahora bien, el derecho que no habrá de limitarse deberá ser compatible con la Constitución y deben pasar con éxito una prueba triple de juicio: 1) necesidad, 2) suficiencia y 3) proporcionalidad. En cuanto al primero de los puntos es decir la necesidad, Morrone indica que los

---

<sup>93</sup> "In verità, questo il dato piú problematico, la teoria e il diritto positivo erano destinati a fare i conti con la prassi, nella quale l'unica certezza era la confusione, all'interno del potere di ordinanza espressione della volontà dell'amministrazione e del governo, di atti differenti, sia formalmente, sia materialmente. Basti pensare alle difficoltà, in concreto, di distinguere tra "ordinanze di necessità" o "ordinanze d'urgenza" e "decreti-legge", nonché in relazione alle relative prescrizioni, tra una efficacia meramente provvedimentoale o anche normativa", lo que se traduce como: "En verdad, este dato más problemático, la teoría y el derecho positivo estaban destinados a ocuparse de la práctica, en la que la única certeza era la confusión, dentro del poder de la ordenanza que expresa la voluntad de la administración y gobierno, de diferentes actos, tanto formal como materialmente. Basta pensar en las dificultades, en términos concretos, de distinguir entre "ordenanzas de necesidad" u "ordenanzas de emergencia" y "decretos legislativos", así como en relación con las prescripciones relativas, entre una eficacia meramente provisional o incluso normativa." Morrone, Andrea, *Diritti Principi e Fonti...*, cit., p. 185.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 46.

límites de un derecho pueden ser justificados por la necesidad de proteger otro derecho o un valor de igual rango; “estos límites deben permanecer como límites suficientes para el propósito específico de protección y, en cualquier caso, debe ser proporcional, es decir, no excesiva y, en cualquier caso no afectar el contenido esencial del derecho o el valor recesivo.”<sup>95</sup>

### **1.9.1 El fundamento del orden de necesidad y urgencia**

Morrone argumenta que aunque el fundamento y la naturaleza del orden de necesidad y urgencia evidencien una evolución histórica en la literatura y en el derecho positivo, la concepción más antigua tiende a justificar el poder excepcional en la máxima “*salus populi suprema lex esto (o pure “salus rei publicae suprema lex)”*”, es decir, la máxima “Que el bienestar del pueblo sea la ley suprema frente a la máxima ley de seguridad del Estado”, de modo que el derecho de necesidad del gobierno halla correspondencia con el derecho de necesidad del pueblo. De lo anterior se puede advertir que la necesidad era presupuesto del derecho excepcional mientras que el orden podría exceder los límites de la ley suspendiendo la eficacia, imponiendo obligaciones y limitaciones a las personas no protegidas por la ley, mas no podría instaurar un nuevo ordenamiento.<sup>96</sup>

### **1.9.2 El orden de necesidad y urgencia después de la Constitución**

En la Constitución Italiana colocaron en un plano importante a los derechos fundamentales por lo que, al igual que en México, las Cortes constitucionales se volvieron protagonistas en la decisiones del Estado ya que se encargan de la salvaguarda y la tutela de los derechos, en cambio, no siempre fue así, el principio

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>96</sup> “Anque intorno al fondamento e alla natura delle ordinanze di necessità e d’urgenza si é verificata un’evoluzione en ella letteratura en el diritto positivo. La concezione piú antica tendeva a giustificare il potere eccezionale nella massima “*salus populi suprema lex esto*” (oppure “*Salus rei publicae suprema lex*”), sicché il “diritto di necessità del governo” veniva “a corrispondere al diritto di necessità del popolo” lo que se puede traducir como: “También ha habido una evolución en la literatura y el derecho positivo en torno a la base y la naturaleza de las ordenanzas de necesidad y urgencia. La concepción más antigua tendía a justificar un poder excepcional en la máxima “*salus populi suprema lex esto*” (o “*Salus rei publicae suprema lex*”), de modo que el “derecho de necesidad del gobierno” llegó a corresponder con el derecho de necesidad del pueblo”” *Ibidem*, p. 187.

de división de poderes establecía de forma muy clara la no intervención de un poder en funciones que no le correspondían, pero en la actualidad dicho principio se ha ido flexibilizando aún más cuando se trata de mantener un equilibrio entre la autoridad y el gobernado. Se procura que los derechos fundamentales no sean lesionados, sin embargo, cuando acaece un conflicto de derechos fundamentales es necesario que uno de ellos prevalezca sobre el otro y es así cuando se actualiza la necesidad y la urgencia, lo cual justifica la decisión de una Corte Constitucional sobre la prevalencia de un derecho sobre otro, y legitima dicha decisión teniendo como fundamento la misma Constitución. Sin embargo, para que esa decisión esté apegada al ordenamiento jurídico, es decir que la limitación de un derecho esté justificada se requiere 1) la existencia de una necesidad objetiva, 2) de medios constitucionales especialmente predispuestos en tal sentido, 3) la facultad, en tal caso, de la titularidad del poder decisonal supremo en el Estado, 4) la imposibilidad de otra solución sin suspender la ejecución de ciertos derechos, 5) Además de las medidas tomadas deben ser proporcionales. En este caso señala Morrone el derecho excepcional se transforma en derecho normal, ello con el fin de conseguir el orden como resultado.

### **1.10 Aharon Barak vs Robert Alexy un enfoque diverso**

Los conceptos que brindan cada uno de los autores antes expuestos introducen al concepto de proporcionalidad, sin embargo, para tenerlo más claro y a fin de identificar la diferencia entre la proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional, términos que más adelante serán retomados en el presente proyecto, resulta necesario contrastar los argumentos ofrecidos por Robert Alexy y Aharon Barak, para ello se propone la siguiente tabla:

<b>Aharon Barak</b>	<b>Robert Alexy</b>
Los derechos fundamentales son derechos definitivos y completos.	Los principios fundamentales no son definitivos ya que son razones para la acción y pueden ser superados por

Aharon Barak	Robert Alexy
	razones opuestas. Para Alexy los derechos fundamentales son derechos <i>prima facie</i> , ya que son razones que transcurren por la determinación de una relación de preferencia.
Se constituyen sobre una base sólida.	La capacidad moral puede convertir o transformar el derecho.
No se corroe su contenido.	Su contenido se modifica y adecua de acuerdo al caso.
Los derechos fundamentales están formados por principios y valores fundamentales que aspiran ser realizados en su máxima extensión. Sin embargo, en la práctica a nivel infraconstitucional esos ideales no pueden materializarse en todo su alcance, por lo que pueden ser realizados en diversos grados de intensidad.	Solo existen derechos fundamentales formados por principios. Los principios constitucionales consisten en mandatos de optimización, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.
Las restricciones a los derechos fundamentales operan a nivel infraconstitucional. Ya hay una norma a nivel infraconstitucional que especifica las restricciones.	Las restricciones a los derechos fundamentales operan a nivel constitucional. Se crea una norma adscrita derivada de las posibilidades jurídicas y fácticas que corresponden a

Aharon Barak	Robert Alexy
	las reglas constitucionales de la proporcionalidad.
El supuesto de hecho de un derecho no cambia, por tanto el alcance de un derecho no se ve afectado.	El supuesto de hecho de un derecho es muy amplio y la regla adscrita que es creada, es resultado de la regla de la proporcionalidad razón por la que, se restringe el supuesto de hecho, y tal reducción aplica sólo respecto de las circunstancias únicas de la situación en concreto y en aquellas circunstancias el derecho fundamental no existe más.
Las restricciones a los derechos fundamentales no afectan su supuesto de hecho aún respecto de casos concretos, lo que se disminuye es la realización del derecho.	Si una restricción a un derecho fundamental <i>prima facie</i> , es proporcional, el derecho mismo es afectado en la medida en que su supuesto de hecho se ve disminuido.
Las reglas de la proporcionalidad definen el ámbito de realización de un derecho.	Las reglas constitucionales de la proporcionalidad definen el supuesto de hecho.
Las reglas son reglas que pueden ser cumplidas o no.	Las reglas son reglas que sólo pueden ser cumplidas o no, si una norma es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige ni más ni menos.

<b>Aharon Barak</b>	<b>Robert Alexy</b>
Un conflicto de derechos fundamentales compuesto por reglas se resuelve a través de la invalidez de una regla o a través de la introducción o excepción de ellas.	Un conflicto de derechos fundamentales compuesto por reglas se resuelve a través de la invalidez de una regla o a través de la introducción o excepción de ellas.
Un conflicto de derechos fundamentales compuesto por principios se resuelve a través del reconocimiento de la coexistencia de ideales que entran en conflicto dentro de la propia Constitución y no a través de la eliminación de uno.	Un conflicto de derechos fundamentales compuesto por principios se resuelve sólo cuando uno de los principios pesa más que su contrario, pero no a través de la invalidez de uno de ellos.
La regla adscrita corresponde a un nivel más alto de abstracción a fin de que opere como precedente para casos futuros.	La regla adscrita que limita el supuesto de hecho del derecho fundamental opera sólo en el nivel más bajo de abstracción. Esa refleja caso por caso el enfoque de la ponderación (ad hoc).
Los derechos fundamentales son parte del debate político y cambian/evolucionan de acuerdo a las necesidades de la sociedad.	Son razones definitivas.
La proporcionalidad no es parte consustancial del concepto de principio, la proporcionalidad es	La proporcionalidad es parte consustancial del concepto de



<b>Aharon Barak</b>	<b>Robert Alexy</b>
externa a ellos.	principio.
La proporcionalidad se compone de tres elementos: El fin adecuado, la conexión racional y los medios necesarios lo que a su vez producirá la relación adecuada entre el grado de beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental. Cabe señalar que estos componentes constituyen el núcleo de la cláusula restrictiva.	La proporcionalidad se compone de tres etapas: la primera, el grado de interferencia del derecho; la segunda la importancia de satisfacer el interés público competente; y el tercero determinar si la importancia de satisfacer el principio competente justifica la interferencia del derecho.
Proporcionalidad, aplica solo en aquellas circunstancias limitadas referidas a la relación entre el fin y los medios para alcanzarlo.	Razonabilidad, aplica a un número más amplio de casos y se encuentra limitada a la hipótesis medio fin.

En síntesis, el enfoque de Barak respecto de los derechos fundamentales, permite que el derecho en sí mismo no se vulnere, sino que únicamente se restrinja de acuerdo a la misma cláusula restrictiva y de acuerdo a la norma infraconstitucional, su realización. Cabe señalar que su enfoque permite tratar a los derechos de forma real ya que no los ve como elementos que no entran en conflicto, sino que todo lo contrario reconoce que pueden contraponerse y por ello debe buscarse un criterio adecuado para evitar que un derecho prevalezca sobre otro sino una armonía constitucional.

## CAPÍTULO II CAMBIO DE PARADIGMA CONSTITUCIONAL

### 2.1 Constitucionalismo Garantista

Desde la antigüedad el Derecho se ha manifestado como elemento esencial para la convivencia en sociedad, ya que por un lado legitima al Estado, y por otro, faculta a las autoridades que habrán de representarlo; de igual manera, asigna ciertas obligaciones y derechos a los gobernados con el fin de alcanzar un orden en comunidad. No obstante, es innegable que como producto del pensamiento humano se presenten algunas dificultades en su aplicación e interpretación, lo que trae como consecuencia que los modelos de derecho se adecuen a las necesidades sociales de determinado momento o en su caso se propongan nuevos modelos que permitan incluir, proteger y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas.

En este capítulo, se realizará un análisis de los modelos de derecho imperantes en la actualidad, es importante aclarar que los puntos que conforman este apartado serán estudiados en relación con el derecho mexicano, ya que pretender abordarlo de manera general impediría cumplir con el objeto de este proyecto, es decir, el comprender la estructura de los derechos fundamentales, el resaltar su importancia y más aún, razonar si toda controversia de derechos debe o no debe resolverse mediante juicio de proporcionalidad.

Uno de los más influyentes modelos de Derecho es precisamente el garantismo; es menester señalar que un modelo es un “Esquema teórico... de un sistema o de una realidad compleja... que se elabora para facilitar su comprensión y el estudio de su comportamiento”,<sup>97</sup> por lo que el garantismo propuesto por el distinguido estudioso de la ciencia jurídica Luigi Ferrajoli surge con el objeto de entender, concebir, dar solución a conflictos, e interpretar de una manera diversa al derecho.

---

<sup>97</sup> Voz modelo, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión electrónica, disponible en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=PTk5Wk1>

Aunque en un principio su análisis fue presentado desde un sólo enfoque, es decir, fue expuesto como una teoría del garantismo penal hoy en día no se limita a esa rama, sino que se extiende al derecho en general. Esto en razón de disminuir y hasta eliminar la “divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores [lo que] comporta el riesgo de hacer de aquel una simple fachada, *con meras funciones de mistificación ideológica en su conjunto*.”<sup>98</sup>

El garantismo es explicado por Ferrajoli, desde tres acepciones:

“1) *El Estado de derecho: niveles de normas y niveles de deslegitimación*. Según una primera acepción, <<garantismo>> designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el <<modelo de estricta legalidad>>... propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.”<sup>99</sup>

La intención del jurista florentino, en este primer sentido, es resaltar la función de tres planos: el epistemológico, el político y el jurídico, que si convergen permitirán la construcción de un Estado de Derecho. Por un lado el plano del conocimiento faculta una evaluación de los hechos sociales, el segundo empleado como técnica derivada de un consenso posibilita la convivencia, ya que respeta la libertad de los individuos de la sociedad y; el tercero, que ha de ser la herramienta sancionadora en caso de conflictos (que previamente fueron evaluados y que transgredieron las libertades de otros) que impiden la formación de un Estado de derecho.

---

<sup>98</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 9ª Ed., 2009, pp. 851 a 852.

<sup>99</sup> *Ibíd*em, pp. 852 a 853.

“2) *Teoría del derecho y crítica del derecho*. En una segunda acepción, <<garantismo>> designa una *teoría jurídica* de la <<validez>> y de la <<efectividad>> como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la <<existencia>> o <<vigencia>> de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el <<ser>> y el <<deber ser>> *en el derecho*; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia... que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

Una aproximación semejante no es puramente <<normativista>> y tampoco puramente <<realista>>: la teoría que contribuye a fundar es una teoría de la divergencia entre normatividad y realidad, entre derecho válido y entre derecho efectivo, uno y otro vigentes.”<sup>100</sup>

Como se había mencionado con anterioridad, el problema de la discrepancia entre ser y deber se presenta cuando normas válidas no son eficaces,<sup>101</sup> es decir, las normas poseen un contenido y una forma correcta, lo que en apariencia las hace funcionales, lo que conlleva a su vez la validez; sin embargo resultan no ser las idóneas para la solución de los problemas sociales.

---

<sup>100</sup> Íbidem, p. 852.

<sup>101</sup> Para Oscar Correas “...una norma es válida si pertenece a un sistema eficaz. Bien, pero ¿cómo se consigue que el sistema jurídico sea eficaz? ¿Cómo hace, quien tiene el poder, para mantenerlo haciendo eficaz el sistema de normas que lo organiza? De muchas maneras. Entre otras, consiguiendo que los funcionarios menores, los jueces por ejemplo, interpreten el derecho de modo que extraigan de él el sentido deóntico querido por el poder y no con otro cualquiera. Consiguiendo que el público en general, entienda como obligatorio producir las conductas que desea el poder. Y ¿cómo se consigue que los funcionarios y los ciudadanos *sepan* cuál es el mensaje prescriptivo del poder? De muchas maneras. Pero entre las principales, se encuentran los efectos de la llamada *ciencia jurídica*, la que se practica o la que debiera practicarse. Si un sistema jurídico es eficaz, es porque sus normas se cumplen; y si se cumplen, es entre otras cosas, porque la ciencia jurídica cumple bien su función de *decir el derecho*.” Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Fontamara, 2009, p. 88.

Esta complicación puede ser solucionada a través de una teoría que permita sopesar el ser con el deber ser.

“3) *Filosofía del derecho y crítica de la política*. En una tercera acepción, en fin, <<garantismo>> designa una *filosofía política* que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre <<ser>> y <<deber ser>> del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación ético-política del derecho y del Estado.”<sup>102</sup>

En esta última acepción se propone una filosofía política que justifique los bienes e intereses tutelados por el derecho, una doctrina que argumente los fines de las garantías y derechos a tutelar que vaya más allá de un sentido moral y que se encuentre legitimada por razones que trasciendan el ámbito interno del Estado ad hoc a la realidad social. Frente al universalismo de los valores morales de la sociedad se propone una filosofía relativista moderada (que permita el consenso) que derive de la realidad y no de una abstracción ética.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 854 a 855.

<sup>103</sup> Para Seyla Benhabib “... the question of universalism ... is one fundamental moral right, the “right to have rights” of every human being, that is, to be recognized by others, and to recognize others in turn, as persons entitled to moral respect and legally protected rights in a human community. Human rights, I will maintain, articulate moral principles protecting the communicative freedom of individuals; while such moral principles are distinct from the legal specification of rights as justiciable claims, nevertheless, there is a necessary and not merely contingent connection between human rights as moral principles and their legal-judicial form.” Lo que se puede entender como “... la cuestión del universalismo ... es un derecho moral fundamental, el “derecho a tener derechos” de todo ser humano, es decir, ser reconocido por otros y reconocer a los demás a su vez, como personas con derecho al respeto moral y legalmente protegidas derechos en una comunidad humana. Los derechos humanos, articulan principios morales que protegen la libertad comunicativa de los individuos; Si bien dichos principios morales son distintos de la especificación legal de los derechos como reclamos justiciables, no obstante, existe una conexión necesaria y no meramente contingente entre los derechos humanos como principios morales y su forma jurídico-

A partir de estas tres acepciones, según Ferrajoli, el garantismo tiene alcances tanto teóricos como filosóficos, no obstante, con el fin de brindar mayor claridad al respecto, es preciso citar al jurista florentino quien lo entiende como una “*doctrina de la fundamentación externa del Estado en los derechos vitales de los ciudadanos*”,<sup>104</sup> asimismo el autor indica que:

Si se comparte la reinterpretación del contractualismo clásico como esquema de justificación del Estado en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales, es lícito reconocerlo como la primera, aunque embrional, doctrina de la democracia: no sólo de la democracia política o formal, a la que permite fundar sobre el consenso de los contratantes, sino también de la democracia sustancial, a la que hace posible fundar sobre la garantía de sus derechos.

El garantismo, en sentido filosófico-político, consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho separado de la moral, es decir, por una parte, en negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos desde el punto de vista ético-político externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del Estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.

El presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere el que lo posee, puesto que haya en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en el despotismo. En el garantismo los poderes públicos y privados, los que están instrumentalizados para la tutela de los derechos civiles fundamentales y a tal fin, limitados y disciplinados que se instituyen para beneficio de todos, al respecto Ferrajoli señala:

---

legal". Benhabib, Seyla, *Dignity in Adversity, Human Rights in Troubled Times*, United Kingdom, Polity Press, 2011, pp. 59 a 60.

<sup>104</sup> *Ibíd*em, p. 884.

“Asimismo, en esta doctrina el deber ser político, o más sencillamente, la política como dimensión axiológica del obrar social, permanece de forma irreductible como punto de vista externo que legitima la crítica y el cambio no sólo del funcionamiento de hecho sino también de los modelos de derecho de las instituciones vigentes.”<sup>105</sup>

Lo anterior, a grandes rasgos, representa la teoría del garantismo, no obstante, dicho modelo se sustenta a partir de otras bases, tales como la rigidez constitucional, la legalidad, la plenitud deóntica, la jurisdiccionalidad y la accionabilidad, mismas que a continuación se expondrán.

## **2.2. Rigidez Constitucional**

La rigidez Constitucional,<sup>106</sup> que se analizará en este punto no se refiere a los procesos de reforma o modificación en los tipos de Constitución rígidas o flexibles, sino a la sujeción de la Ley, a la Constitución, vista desde distintos principios.

Para Ferrajoli<sup>107</sup> el Estado de Derecho cuenta con dos sentidos, uno lato o débil y otro fuerte o sustancial, el primero de éstos refiere que los poderes públicos y sus procedimientos son conferidos por la ley, mientras que el segundo, además de estar sujeto a la ley, todos los poderes están sujetos a principios establecidos en las normas constitucionales, y que para Ferrajoli da lugar a dos tipos de Estado de Derecho.

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*, pp. 884 a 886.

<sup>106</sup> “Para aclarar el punto se puede introducir, en el ámbito de los documentos constitucionales, una distinción fundamental: Constituciones rígidas vs. Constituciones flexibles. Las Constituciones rígidas, y solamente ellas, gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes.” Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, D.F., Fontamara, 2013, p. 178.

<sup>107</sup> Parto del ensayo realizado por Luigi Ferrajoli bajo el título PASADO Y FUTURO DEL ESTADO DE DERECHO en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, España, Trotta, UNAM, 2009, pp. 13 a 20.

El primero de ellos es el Estado legislativo de Derecho y Positivismo Jurídico. Dicho Estado consta del monopolio en la producción jurídica y del principio de legalidad como reconocimiento del derecho válido y existente, con independencia de su valoración como justo, lo que cuenta es que la autoridad que expida la norma jurídica tenga competencia para ello.

El segundo es el Estado constitucional de Derecho y constitucionalismo rígido, en donde la legalidad está supraordenada a las constituciones rígidas, es decir, una norma válida y vigente puede ser inválida por su contraste con la Constitución, ahora su producción cuenta con prohibiciones y obligaciones de contenido, unas a derechos de libertad y otras a derechos sociales, cuya violación generará antinomias o lagunas.

En este segundo modelo de Estado constitucional la ley sólo se aplica si es constitucionalmente válida, de modo que el juez debe declararla inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad cuando no se pueda interpretar a través de la Constitución, pues de acuerdo al paradigma del constitucionalismo rígido, la subordinación de la ley a los principios constitucionales incide en la esfera de la validez y de la democracia, fungiendo como un límite y complemento, un límite porque fija derechos y obligaciones de los poderes para evitar abusos y evitar que arrollen los derechos e incluso a la propia democracia, y lo completa al sujetar al poder legislativo a regular su existencia y validez en la producción de normas.<sup>108</sup>

A partir del año 2013 en México se presenta un nuevo paradigma constitucional bajo el esquema del Estado Regulador, Luigi Ferrajoli considera cuatro postulados de este modelo garantista de constitucionalismo rígido consistentes en la Legalidad, Plenitud Deóntica, Jurisdiccionalidad y Accionabilidad como a continuación se precisan.

---

<sup>108</sup> "... a concept of legal validity is reflected in the statement that a norm is legally valid if it has been issued in the duly prescribed way by a duly authorized organ and does not violate higher ranking law, in short, if it is authoritatively issued" lo que se traduce como "... un concepto de validez legal se refleja en la declaración de que una norma es legalmente válida si ha sido emitida de la manera debidamente prescrita por un órgano debidamente autorizado y no viola la ley de rango superior, en resumen, si se emite con autoridad" Alexy, Robert, *The Argument from injustice a Reply to Legal Positivism*, USA, Oxford University Press, 2016, p. 87.



### 2.2.1 Legalidad

El postulado de la legalidad radica en que cualquier poder se debe sujetar al Derecho, tomando en consideración su producción legislativa y su tutela tanto judicial como administrativa. La actuación del Estado en el nuevo paradigma constitucional mexicano asume un papel complejo en el nuevo principio normativo, si bien donde quiera que exista un acto de autoridad deberán existir normas que lo sometan a límites y vínculos o garantías que correspondan a derechos que representen los intereses de la sociedad establecidos en la Constitución<sup>109</sup>, también debe establecerse la separación de poderes para impedir confusiones o concentraciones, o esencialmente evitar antinomias<sup>110</sup>, respecto a este principio Ferrajoli considera:

“Al principio de mera legalidad, en virtud del cual la ley es condicionante de la validez de todos los actos prescriptivos subordinados a ella, el constitucionalismo rígido añade el principio de estricta legalidad, por cuya virtud la ley misma es a su vez condicionada al depender su validez de la conformidad de sus formas y de la coherencia de sus contenidos con las normas constitucionales, formales y sustanciales, sobre su producción. Se trata de una innovación estructural con respecto al paradigma legislativo a causa de la específica naturaleza [...] diferencia a la ley y a las fuentes a ella equivalentes de todos los demás actos jurídicos prescriptivos.”<sup>111</sup>

Considera que la legalidad formal condicionada a su existencia y regularidad, es decir, a su validez, y la legalidad sustancial sujetándose a su contenido o

---

<sup>109</sup> No está por demás mencionar que el principio de legalidad está definido por el segundo párrafo del artículo 14º Constitucional del cual la SCJN ha interpretado exhaustivamente.

<sup>110</sup> La antinomia según Norberto Bobbio es “... aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una obliga la otra prohíbe, cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento...” Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, segunda edición, 2005, p. 191, el mismo autor considera que hay distintos tipos de antinomias, como antinomias de principios, de valoración y teleológicas, sin embargo no es objeto de este capítulo su desarrollo y solución.

<sup>111</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, p. 58.

significado legítimo de normas superiores y serán prohibidas si no se obedecen.<sup>112</sup> Así las normas pueden ser observadas o inobservadas en cuanto a su producción o contenido.

### 2.2.2 Plenitud Deónica

Ferrajoli considera que si existen derechos, también habrá deberes del Estado, los cuales deberán estar plasmados en la Constitución como expectativas positivas o negativas que implican las correlativas obligaciones y prohibiciones, en ese sentido también lo estima Luis Prieto Sanchíz, quien considera que un sistema es pleno cuando:

“Por plenitud o integridad del Derecho se entiende aquella propiedad en cuya virtud el sistema dispone siempre de una cualificación normativa para cualquier caso supuesto de hecho. Dicho de otro modo, un sistema es pleno si cualquier caso puede ser calificado como prohibido, obligatorio o permitido según la norma del sistema. Cuando falta esa norma decimos estar en presencia de una laguna, un cierto caso representa una laguna de un determinado sistema cuando éste no correlaciona dicho caso con alguna calificación normativa, esto es, cuando no lo declara ni prohibido u ordenado ni permitido”<sup>113</sup>

Según Luis Prieto Sanchíz, la Plenitud obedece a dos exigencias ligadas entre sí, la primera al proceso de monopolización jurídica del Estado Legislativo y que el Juez deba fallar conforme a las leyes expedida por esa autoridad como una fuente reconocida, a efecto de que su decisión sea proveniente de un sistema de normas, y en caso de la ausencia legislativa se trata de una laguna,<sup>114</sup> cuya

---

<sup>112</sup> Ferrajoli Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia. Tomo 1 Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011, p. 486.

<sup>113</sup> Prieto Sanchíz, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho, España*, Trotta, 2011, p. 123.

<sup>114</sup> Joel P. Trachman, respecto a dicho vacío, considera “All laws, and all contracts, are inevitably incomplete. They cannot be written in advance specifically to anticipate every possible circumstance. Courts or other decision-making mechanisms may be assigned the job of completing the contract or the legislation ex post. Other times there is no legal or contractual rule to apply-a gap in our structure of rules. In these cases the law or contract cannot affect behavior or impose

solución dentro del sistema jurídico mexicano, el Poder Judicial Federal, a través de sus Tribunales Colegiados de Circuito, han resuelto mediante una tesis aislada que a la letra señala:

"LAGUNA JURÍDICA O DEL DERECHO" O "VACÍO LEGISLATIVO". PARA LLENARLO EL JUZGADOR DEBE ACUDIR, PRIMERO, A LA SUPLETORIEDAD O LA ANALOGÍA Y, DESPUÉS, A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. Se denomina "laguna jurídica o del derecho" o "vacío legislativo" a la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta; esto es, se trata de la omisión en el texto de la ley, de la regulación específica a una determinada situación, parte o negocio; con ello se obliga a los operadores jurídicos a emplear técnicas sustitutivas con las cuales puedan obtener una respuesta eficaz a la expresada tara legal. Así, las lagunas o vacíos legislativos pueden deberse a la negligencia o falta de previsión del legislador (involuntarias) o a que éste, a propósito, deja sin regulación determinadas materias (voluntarias), o bien, a que las normas son muy concretas, que no comprenden todos los casos de la misma naturaleza o son muy generales y revelan en su interior vacíos que deben ser llenados por el juzgador, con un proceso de integración, mediante dos sistemas: a) la heterointegración, llamada también derecho supletorio o supletoriedad; y, b) la autointegración, reconocida expresamente por la mayoría de los ordenamientos como analogía y principios generales del derecho. En estas condiciones, el uso de la analogía implica necesariamente creación o innovación del derecho, y

---

penalties, and any loss remains where it falls." Lo que se puede entender como: "Todas las leyes y todos los contratos son inevitablemente incompletos. No se pueden escribir por adelantado específicamente para anticipar todas las circunstancias posibles. A los tribunales u otros mecanismos de toma de decisiones se les puede asignar el trabajo de completar el contrato o la legislación ex post. Otras veces no hay una regla legal o contractual para aplicar, una brecha en nuestra estructura de reglas. En estos casos, la ley o el contrato no pueden afectar el comportamiento o imponer sanciones, y cualquier pérdida permanece donde llega." Tratchman, Joel P., *The Tools of Argument*, USA, Create Space Independent Publishing Platform, 2013, p.13.

pueden distinguirse dos clases resaltantes de ésta: la "legis" y la "iuri"; y es aceptada bajo dos condiciones, a saber: a) La falta expresa de la norma aplicable al supuesto concreto; y, b) Igualdad esencial de los hechos. En conclusión, es imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros en particular; sin embargo, el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los Jueces o tribunales a dejar de resolver una controversia, por lo que existen diversos métodos que el juzgador debe emplear para llenar ese vacío legislativo, siempre que no sea posible resolver una controversia, aplicando una disposición precisa de la ley y tales fuentes son: primero, la supletoriedad o la analogía y, después, los principios generales del derecho."<sup>115</sup>

De lo anterior se puede entrar al estudio de los tipos de lagunas, considerados por diversos autores como Luis Prieto Sanchíz,<sup>116</sup> de laguna ideológica o de relevancia, laguna técnica o de eficacia, laguna de conocimiento y laguna de reconocimiento; por Riccardo Guastini la laguna axiológica;<sup>117</sup> de Norberto Bobbio, lagunas propias e impropias, subjetivas y objetivas, voluntarias e involuntarias, praeter legem e intra legem;<sup>118</sup> de Luigi Ferrajoli lagunas formales y lagunas sustanciales, lagunas primarias y lagunas secundarias,<sup>119</sup> que por la extensión del tema no se profundizará sobre su estudio, sin embargo, el postulado de plenitud deóntica propuesto por Ferrajoli se adecúa al modelo garantista mexicano, que como anteriormente se refirió, también cuenta con expectativas positivas o negativas que implican correlaciones con las obligaciones y prohibiciones.

---

<sup>115</sup> Décima Época, Registro: 2005156, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, Constitucional, XI.1o.A.T.11 K (10a.), p. 1189.

<sup>116</sup> Prieto Sanchíz, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, España, Trotta, 2011, cit., pp. 128 a 130.

<sup>117</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría...*, cit., p. 48.

<sup>118</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, segunda edición, 2005, cit., pp. 233 a 235.

<sup>119</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tomo 1 Teoría del Derecho, Madrid, Trotta, 2011, pp. 651 a 654.

### 2.2.3 Jurisdiccionalidad

La imposición de este postulado prescribe que donde haya normas y garantías debe también existir contra su violación normas secundarias, es decir, la existencia de disposiciones que garanticen su protección, con independencia<sup>120</sup> y autonomía,<sup>121</sup> donde los jueces<sup>122</sup> estén sujetos a la ley, donde mantendrán el

---

<sup>120</sup> La independencia para Nicoló Zanon y Francesca Biondi es: “Qual é il significato del termine indipendenza? In principio, indipendenza indica che un soggetto é nelle condizioni di compiere scelte e di assumere decisioni, e soprattutto di poterlo fare liberamente, in base alle proprie determinazioni, senza dover eseguire istruzioni o indicazioni altrui. Dal punto di vista giuridico, l'indipendenza é una qualità particolare che assiste *status* e attività di un determinato soggetto o di un determinato órgano. Essa presuppone che nell'ordinamento siano presenti regole, le quali appunto attribuiscono al soggetto o all'órgano la facoltà di scegliere e decidere liberamente, impedendo altresí che tali libere determinazioni possano essere in quanto tali causa di reazioni, o di sanzioni a suo carico, da parte dell'ordenamento o di altri soggetti od organi. La qualità di indipendenza che assiste il soggetto o l'órgano di cui parliamo, peraltro, non significa, come vedremo, che esso sia esente da responsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni: in certa misura, infatti, proprio l'esercizio del potere, che l'indipendenza garantisce, giustifica anche che il soggetto ne sia tenuto responsabile.”, lo que se traduce como: “¿Cuál es el significado del término independencia? En principio, la independencia indica que una persona está en condiciones de tomar decisiones, y sobre todo de poder hacerlo libremente, basándose en sus propias determinaciones, sin tener que llevar a cabo instrucciones o indicaciones de otros. Desde un punto de vista legal, la independencia es una cualidad particular que ayuda al estado y la actividad de un sujeto en particular o de un órgano específico. Asume que hay reglas en el sistema, que precisamente le dan al sujeto o al cuerpo la opción de elegir y decidir libremente, evitando también que estas determinaciones sean libres, como tales, la causa de reacciones o sanciones contra él, ordenando u otros sujetos u órganos. Sin embargo, la calidad de la independencia que ayuda al sujeto u organismo del que hablamos no significa que está exenta de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones: en cierta medida, de hecho, el ejercicio del poder, que garantiza la independencia, también justifica que el sujeto sea considerado responsable de él”. Zanon, Nicoló y Biondi, Francesca, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli Editore S.p.A., 2018, pp. 81 a 82.

<sup>121</sup> El concepto de autonomía para los citados autores es: “ineffetti, il concetto di autonomia, nella teoría generale del diritto pubblico (e privato), é assai sfuggente. Di solito, si ritiene che autónomo si aquel soggetto, quell'ente o quell'ordine capace di darsi da sé delle regole di comportamento e d'azione. Autonomia significherebbe soprattutto, cosí, “**autonomia normativa**”. Ma, se applicato alla magistratura, un tale concetto sarebbe assai problemático: ritenere che la magistratura possa satabilire autónomamente le norme che regolano la propia organizzazione e l'esercizio delle proprie funzioni significherebbe porsi in contrasto sia con alcuni basilari principi del diritto costituzionale europeo-copntinentale contemporaneo i giudici non creano regole giuridiche, non hanno potere normativo.” “innovando rispetto all'ordinamento pre-repubblicano, la Costituzione ha infatti demandato tutte le funzioni relative alla carriera e allo stato giuridico dei magistrati - funzioni il cui esercizio sarebbe potenzialmente pericoloso per la loro indipendenza, se affidato al potere esecutivo - al un órgano in via di principio non legato al circuito dell'indirizzo politico, appunto il Consiglio Superiore della Magistratura.” Lo que se entiende como: “De hecho, el concepto de autonomía, en la teoría general del derecho público (y privado), es muy difícil de alcanzar. Por lo general, se cree que una persona autónoma es un sujeto, una entidad o una orden capaz de darse reglas de comportamiento y acción. Autonomía significaría, sobre todo, "autonomía reguladora". Pero, si se aplica al poder judicial, este concepto sería muy problemático: creer que el poder judicial puede satisfacer de manera autónoma las normas que rigen su organización y el ejercicio de sus funciones significaría estar en conflicto con algunos principios básicos del derecho

Estado de Derecho, a estas disposiciones Ferrajoli las considera como garantías jurisdiccionales secundarias o instrumentales, que darán efectividad a las garantías primarias o finales conforme a los principios de legalidad y plenitud, el mismo ha considerado lo siguiente:

“En efecto, pues al control de legalidad propio del paradigma legislativo sobre los actos regulados por la ley se ha añadido el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre la ley misma. Los jueces están pues siempre sometidos a la ley, pero solo a la ley considerada constitucionalmente válida, al ser llamados a inaplicarla o a denunciar su inconstitucionalidad ante los jueces constitucionales, cuando la estimen constitucionalmente inválida.”<sup>123</sup>

El objetivo final de este postulado es la efectividad,<sup>124</sup> es decir que produzca las consecuencias para las cuales fue creada la norma, en consideración del Doctor Burgoa es propia de la ley, mientras que la eficacia lo es del acto, como sigue:

“Para entender lo anterior es importante identificar que la efectividad es propia de la ley mientras que la eficacia lo es del acto. Esto es así por una ley que produce efectos jurídicos (de allí que surja la palabra efectividad), mientras que el acto es eficaz si

---

constitucional europeo los jueces contemporáneos no crean reglas legales, no tienen poder normativo ". "Al innovar con respecto al sistema pre-republicano, la Constitución de hecho delegó todas las funciones relacionadas con la carrera y el estatus legal de los magistrados, funciones cuyo ejercicio sería potencialmente peligroso para su independencia, si se confiara al poder ejecutivo, a un órgano en principio no está ligado al circuito de orientación política, precisamente el Consejo Superior de la Magistratura " Zanon, Nicolás y Biondi, Francesca, *Il sistema costituzionale della magistratura* ..., cit., pp. 23 a 24.

<sup>122</sup> Tal y como se indicó anteriormente el principio de Jurisdiccionalidad está definido por el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional del cual la SCJN ha interpretado exhaustivamente.

<sup>123</sup> Ferrajoli, *Luigi La democracia a través de...*, cit., p. 59.

<sup>124</sup> Al respecto Paolo Di Lucia considera que “Una norma es efectiva si, y solo si, es efectivamente ejecutada, o si su inejecución da lugar a una sanción. En el lenguaje de Kelsen, una *norma secundaria* es efectiva si, y solo si, es eficaz o si es eficaz la *norma primaria* correlativa que imputa una sanción a la inejecución de la norma secundaria” Di Lucia, Paolo, *Normatividad Derecho, lenguaje, acción*, México, Fontamara, 2010, pp. 88 a 89.

produce la efectividad de la ley. Dicho en otras palabras, la ley en teoría debiera ser adoptada espontáneamente por sus destinatarios y no requeriría ningún acto de autoridad para lograr sus efectos lo que se denomina relación jurídica de hecho.”<sup>125</sup>

Por lo que si no existiera el control jurisdiccional que garantice el cumplimiento de los derechos o normas primarias no tendría razón de ser el principio de legalidad, de ahí la importancia del rol de los jueces en el Estado. Resulta oportuno tomar en cuenta lo considerado por Aharon Barak:

### **The rule of Law and the Role of the Judge**

“The role of the judge in a democratic society is to bring about the realization of the rule of law. This task has implication in various areas. Thus, for example, this approach is a justification for the existence of a constitution as a supralegislative norm. Moreover, the enforcement of the rule of law requires judicial review of constitutionality of statutes. The rule of law leads to the conclusion that the final interpreter of the law should be the court, and not the legislature or the executive. Thus the principle of the rule of law affects the formulation of proper interpretive doctrine, based on the rich aspects of the rule of law. This doctrine is purposive interpretation, which takes into consideration the various aspects of the rule of law.”<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto. *Principios Tributarios, Entre la legalidad y el conocimiento*, México, Dofiscal, 2012, pp. 154 a 155.

<sup>126</sup> Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, USA, Princeton University Press, 2008, p. 56., lo que podría traducirse como: “El papel del juez en una sociedad democrática es lograr la realización del estado de derecho. Esta tarea tiene implicación en varias áreas. Así, por ejemplo, este enfoque es una justificación para la existencia de una constitución como norma supralegislativa. Además, la aplicación del estado de derecho requiere una revisión judicial de la constitucionalidad de los preceptos. El estado de derecho lleva a la conclusión de que el intérprete final de la ley debe ser el tribunal, y no la legislatura o el ejecutivo. Así, el principio del estado de derecho afecta la formulación de una doctrina interpretativa adecuada, basada en los aspectos ricos del estado de derecho. Esta doctrina es una interpretación intencional, que toma en consideración los diversos aspectos del estado de derecho.”

Para Aharon Barak dentro de este rol, considera que hay precondiciones a través de los cuales el juez en una democracia realiza su función, que lo auxilia a cumplir sus objetivos, dentro de estos sistemas democráticos legales varían, pero entre los más comunes son la imparcialidad judicial, las decisiones están dentro del consenso social y la confianza pública en el sistema judicial.<sup>127</sup>

#### **2.2.4 Accionabilidad**

Este postulado se refiere a la activación por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados, un órgano capaz de suplir las inercias o debilidades de aquellos, esta garantía está prevista por el artículo 17 de la Constitución en su segundo párrafo, en el que se garantiza el derecho instrumental de acceso a la justicia, el cual está conectado no solo con el principio de jurisdiccionalidad, sino también con el de plenitud, de manera lógica y normativa, que por su naturaleza se trata de un derecho humano, el cual siempre es necesario e insuficiente según Ferrajoli, al señalar que:

“Se trata, también en estos casos de acciones privadas, no siempre aptas para asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos y los bienes fundamentales constitucionalmente establecidos. De aquí la necesidad de asumir el principio de accionabilidad como un principio general del modelo garantista MG, idóneo para asegurar la efectividad de los otros tres principios –jurisdiccionalidad, legalidad y plenitud- mediante la integración de la acción privada con la encomendada a un órgano público.”<sup>128</sup>

En relación al ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia, el Poder Judicial Federal se ha pronunciado por su protección contra las arbitrariedades del legislador, el cual supone la eliminación de obstáculos impuestos de manera arbitraria, caprichosa, injusta e ilegal, contra limitaciones carentes de razón que hagan imposible la accionabilidad de los derechos humanos.

---

<sup>127</sup>Ibidem, p. 101.

<sup>128</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de...*, cit., p. 60.



Sirviendo de apoyo para evidenciar lo anterior la tesis aislada cuyo rubro señala “ACCESO A LA JUSTICIA. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTÁN FACULTADOS PARA REALIZAR UN ESCRUTINIO DE RAZONABILIDAD A LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA CUANDO EN ELLA SE IMPONGAN REQUISITOS DISTINTOS PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES QUE PROTEJAN BIENES JURÍDICOS SIMILARES.”<sup>129</sup>

En cuanto a los límites de la justiciabilidad Aharon Barak ha sido un fuerte crítico en relación a la no justiciabilidad, considera que los jueces pierden la oportunidad para reducir la brecha entre la ley y la sociedad para proteger la Constitución y la Democracia, considera entre otras cosas lo siguiente:

“An important tool that judges use to fulfill their role in a democracy is determining justiciability. That is, judges identify those issues about which they ought not make a decision, leaving that decision to other branches of the state. The more non-justiciability is expanded, the less opportunity judges have for bridging the gap between law and society and for protecting the constitution and democracy. Given these consequences, regard the doctrine of non-justiciability or “political questions” with considerable wariness. Insofar as is possible, I prefer to examine an argument on its merits or to consider abstaining from a decision for lack of a cause of action rather than because of non-justiciability. In many cases where my colleagues have dismissed claims on the grounds of non-justiciability, I dismissed on the grounds that the disputed executive action was legal and therefore that the claim should be dismissed on the merits. My approach does not assume that the court is always the best institution to resolve disputes; indeed, I accept that certain disputes are best decided elsewhere. However, the court should not abdicate its role in a democracy merely

---

<sup>129</sup> Décima Época, Registro: 2009011, Primera Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, Constitucional, Tesis: 1a. CXLV/2015 (10a.), p. 391.

because it is uncomfortable or fears tension with the other branches of the state.”<sup>130</sup>

El ex Ministro Israelí prefirió desestimar una petición por causa de una laguna en la ley más que por una no justiciabilidad, considera que si se concentra en la legalidad del acto más que en la institución de la no justiciabilidad incrementa la confianza pública en el Estado y ocupa a la Corte realizar su rol en la democracia.

En síntesis, el modelo garantista del constitucionalismo rígido que expone Ferrajoli consiste en un “...paradigma de carácter normativo que, al ser un modelo teórico, es formal y formalizable [...] que consiste en una sintaxis interpretable por cualquier sistema jurídico multinivel...”<sup>131</sup>

### **2.3 Constitucionalismo Principialista**

En el modelo anterior, es decir antes de la reforma constitucional de 2011, el Derecho es entendido como un conjunto de expectativas y modalidades deónticas es decir, “figuras de calificación o situaciones por las cuales están calificados deónticamente los comportamientos.” Las modalidades, según Ferrajoli, son: permiso a, permiso a no, obligación y prohibición; a las cuales, les son correlativas expectativas positivas de hacer y expectativas negativas, es decir, que se espera una omisión en el comportamiento.

---

<sup>130</sup> Barak, Aharon. *The Judge in a...*, cit., p. 177, N de T. “Una herramienta importante que utilizan los jueces para cumplir su función en una democracia es determinar la justiciabilidad. Es decir, los jueces identifican aquellos asuntos sobre los cuales no deben tomar una decisión, dejando esa decisión a otras ramas del Estado. Cuanto más se expande la no justiciabilidad, menos oportunidades tienen los jueces para cerrar la brecha entre la ley y la sociedad y para proteger la constitución y la democracia. Dadas estas consecuencias, consideré la doctrina de la no justiciabilidad o "cuestiones políticas" con considerable cautela. En la medida de lo posible, prefiero examinar un argumento sobre sus méritos o considerar abstenerme de una decisión por falta de una causa de acción en lugar de por falta de justiciabilidad. En muchos casos en que mis colegas rechazaron los reclamos por falta de justiciabilidad, lo descarté porque la acción ejecutiva en disputa era legal y, por lo tanto, el reclamo debe ser desestimado en cuanto al fondo. Mi enfoque no supone que el tribunal sea siempre la mejor institución para resolver disputas; de hecho, acepto que ciertas disputas se resuelven mejor en otro lugar. Sin embargo, el tribunal no debe renunciar a su papel en una democracia simplemente porque es incómodo o teme tensión con las otras ramas del Estado.”

<sup>131</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de...*, cit., p. 57.

No obstante, las normas no son puramente reglas que determinan una modalidad sino que también encierran principios y que lejos de las cuestiones controvertidas en el Constitucionalismo de las actuales democracias (en cuanto a si son reglas o principios), queda analizar la naturaleza de sus significados<sup>132</sup> o contenidos en cuanto a si son principios ético-políticos de justicia y su correspondiente conexión entre el Derecho y la moral.<sup>133</sup>

No parece extraño que este tipo de Constitucionalismo se considere que ataca al positivismo jurídico y a la teoría que separa Derecho y moral, en virtud de que el principialismo considere al Derecho también como principios los cuales no son susceptibles de ser desobedecidos sino respetados. Por tal razón es acertado exponer las premisas centrales del principialismo, sus implicaciones, la conexión o separación entre el Derecho y la moral, así como la naturaleza de las normas en los subsecuentes apartados.

La tesis del Principialismo constitucional medularmente comprende:

- “1) Que los llamados derechos fundamentales al ser derechos constitucionales en su estructura contienen una base política y una axiológica, lo que supone una naturaleza prejurídica que requiere de una protección especial.
  
- 2) Dichos derechos son suprapositivos en la medida que se imponen también al poder constituyente, esto en el sentido de que éste no puede prescindir de los mismos, ya que son un ingrediente necesario de la Constitución: sólo hay derechos fundamentales

---

<sup>132</sup> “Philosophers like to think that many of their theories, for instance, theories of meaning, about induction and inductive methods, concerning the correct analyses of concepts such as mind substance, liberty, or truth, are either true or false, and in the sphere of knowledge.” Lo que se entiende como “A los filósofos les gusta pensar que muchas de sus teorías, por ejemplo, las teorías sobre el significado, sobre la inducción y los métodos inductivos, en relación con los análisis correctos de conceptos como sustancia mental, libertad o verdad, son verdaderas o falsas, y en la esfera del conocimiento.” Con lo que depende de la naturaleza de su significado para entender la conexión entre derecho y moral. Mc Closkey, H. J., *Meta – Ethics and Normative Ethics*, USA, Springer-Science+Business Media B.V., 1969, p. 144.

<sup>133</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de...*, cit., p. 96.

constitucionales, ciertamente, pero no hay Constitución sin derechos fundamentales.<sup>134</sup>

3) Los derechos constitucionales que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales tienen la forma de principios y no de reglas.

4) Los derechos constitucionales son principios que no son susceptibles de ser desobedecidos sino respetados.

5) Los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. De ahí que los mandatos de optimización hayan siempre de ser satisfechos por completo.”<sup>135</sup>

“6) La caracterización de los principios como razones para juicios de ponderación se presenta como la más fructífera en este sentido. Conforme a ella, los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; son argumentos a favor de juicios normativos y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta.”<sup>136</sup>

7) El Principialismo constitucional implica que en algunos casos exista la posibilidad de ponderar, ya que los principios se conciben de forma abierta, universal y dan lugar a una fórmula que los determine en un caso concreto.

La crítica a la tesis del Principialismo constitucional no tardó en aparecer, ya que muchos estudiosos consideran que hablar de principios es impreciso, oscuro y

---

<sup>134</sup> Cfr. Sólozabal Echavarría, Juan José, *La configuración constitucional del derecho de reunión. Principialismo y Orden Constitucional*, Parlamento y Constitución. Anuario, ISSN 1139-0026, Nº 5, 2001.

<sup>135</sup> Sieckmann, Jan-R. (Ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales. Estudio sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 29.

<sup>136</sup> *Ibíd*em, p. 28.

con poco alcance. Una de las primeras refutaciones, según Ferrajoli, es la que hace Ronald Dworkin, quien escribe:

“La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que el Congreso no debe limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una determinada ley limitase de hecho la libertad de expresión, sería por ello inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es un ‘absoluto’ dicen que se la debe tomar en este sentido, es decir, como una norma. ¿O se reduce, en cambio, a enunciar un principio, de modo que, de descubrirse una limitación de la libertad de expresión, sería inconstitucional a menos que el contexto evidenciase algún otro principio o una consideración de oportunidad política que, en determinadas circunstancias, tuviese la importancia requerida para permitir su limitación? Tal es la posición de los que defienden el llamado factor del ‘riesgo claro y actual’ o alguna otra forma de ‘ponderación’.”<sup>137</sup>

Lo expuesto por Dworkin posteriormente fue rebatido por Ferrajoli, de la siguiente manera:

“Creo que ésta es la posición de los que asumen la Constitución no como un conjunto de normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros, queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete...

...otro aspecto, todavía más perverso e insidioso, de la aproximación antipositivista y principialista a las constituciones. La idea de que las normas constitucionales no son normas

---

<sup>137</sup> Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Una crítica a la contraposición entre principios y reglas. El debilitamiento de la normatividad de las constituciones, [fecha de consulta 10 de abril de 2016] Disponible en el sitio web: [www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf)

rígidamente vinculantes, a las que se encuentran sometidas la jurisdicción y la legislación por ser de un grado subordinado a ellas, sino principios ético-políticos fruto de argumentaciones morales, cuando no hayan quedado confinadas en el debate académico entre filósofos del Derecho, ha favorecido el desarrollo de una inventiva jurisprudencial puesta de manifiesto en la creación de principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución.

Los principios constitucionales —en particular los que enuncian derechos— son normas prescriptivas, no neutralizables por principios ético políticos. Tal es la sustancia y el rol garantista del constitucionalismo iuspositivista que se pone en riesgo con el enfoque principialista: el carácter rígidamente normativo de los principios formulados en las constituciones, no ponderables con principios no expresados en ellas y supra-ordenados a todos los poderes dotados de potestad normativa, a los que prescriben lo que está prohibido y lo que es obligatorio decidir, en garantía de los derechos fundamentales que estipula.”<sup>138</sup>

Este paradigma, ahora comprende la limitación de los derechos, a través de las concepciones de los principios y reglas, además de las garantías, “...pues lo importante a conocer, es que los derechos son parte de los principios, junto con los intereses, la democracia, la división de poderes entre otros.”<sup>139</sup>

Para Gustavo Zagrebelsky es necesaria la coexistencia de los principios y valores, que puedan ser conciliados y alcanzar un propósito, al respecto señala que:

“Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición

---

<sup>138</sup> Ídem.

<sup>139</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto (coord.), *El Test de Proporcionalidad Justificación en la limitación...*, cit., p. 10.

que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno solo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y solo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.

Por lo demás, es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. Desde este punto de vista, se distinguen tanto de la ética como de las reglas jurídicas.”<sup>140</sup>

Según el autor, dicha dimensión del Derecho es la idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, en donde se busca el equilibrio entre los valores, aunque no satisfaría a todos los valores en juego, cuyo equilibrio solamente puede alcanzarse mediante la ponderación con otros valores del mismo tipo.

### **2.3.1 Conexión o separación entre Derecho y moral**

Tomando como punto de partida el que los principios en las constituciones contienen valores morales y políticos con aspiraciones de justicia, para diversos estudiosos del Derecho es imperceptible la muy delgada, pero existente, línea que distingue a lo jurídico de lo moral, donde si bien en el contenido de las leyes o de la Constitución incorporan elementos axiológicos, esto es, lo jurídico tiene cierto vínculo con lo moral, no es relevante sino el sentido objetivo que pudiera hacerse de ello, conviene precisar el análisis de Ferrajoli:

“La pretensión de corrección de la que habla Robert Alexy no es en absoluto una pretensión en sentido solo subjetivo, sino que, por

---

<sup>140</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, 10ª edic., p.125.

el contrario, equivale a la pretensión de que las normas válidas <<no son extremadamente injustas>> de modo que <<normas aisladas dictadas de acuerdo con el ordenamiento pierden validez jurídica [...] cuando son extremadamente injustas>>, evidentemente en algún sentido objetivo. En los sistemas constitucionales, escribe Jürgen Habermas, <<la moral ya no se cierne por encima del derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto supranormativo de normas); emigra al interior del derecho positivo>>. <<La relación con la justicia es constitutiva del concepto mismo de ley>>, afirma Gustavo Zagrebelsky. A su vez Ronald Dworkin encuentra incomprensible que un juicio moral sea algo diverso de un juicio real, objetiva o verdaderamente moral: que, por ejemplo, la tesis <<la esclavitud es injusta>> exprese algo distinto de <<la esclavitud es objetiva o realmente injusta>>. José Juan Moreso sostiene que para fundar el universalismo de los derechos humanos es necesario asumir que existe una moral objetiva y considera una <<obviedad que las constituciones incluyen conceptos y tesis morales [...] y por consiguiente incorporan la moral al derecho >>. En fin, Manuel Atienza afirma reiteradamente que <<existe una conexión intrínseca entre derecho y la moral>> y que el constitucionalismo argumentativo o principialista está vinculado a una concepción objetivista de la moral.<sup>141</sup>

Bajo esas condiciones, si bien la moral se identifica con los valores constitucionales de igualdad, libertad y derechos fundamentales, son simplemente principios de justicia. Lo que refiere a la positivización de valores éticos en la ley, de las aspiraciones ético-políticas que deben fundar la creación del ordenamiento jurídico nacional, esta constitucionalización o positivización según Ferrajoli no incide en la separación de Derecho y moral.

---

<sup>141</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de...*, pp. 98 a 99.



De *prima facie* es una consideración acertada al menos en el sistema jurídico mexicano, si bien la legislación la emite el Estado a través de sus órganos facultados expresamente para tal efecto, su contenido puede ser justo o injusto, siendo un sentido distinto y diferente de la moral, una norma no implica justicia o a la inversa, de ahí la diferencia entre la separación y conexión entre el Derecho y la moral, ya que estos valores han sido compartidos por la mayoría, pero sin un universal consenso han sido estipulados en la Constitución. Por ende, los valores morales que no estén expresamente en una norma no son susceptibles de ser analizados, tal y como puede ser constatado en la tesis de jurisprudencia, cuyo rubro señala: “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES. LO SON AQUELLOS QUE SE LIMITAN A EMITIR JUICIOS DE VALOR DE TIPO MORAL EN RELACIÓN CON LA LEY O ACTO RECLAMADO.”<sup>142</sup>

### **2.3.2 Objetivismo moral en el constitucionalismo mexicano**

Por objetivismo moral se entiende que los valores sean asumidos como objetivamente válidos, es decir, sin apreciaciones subjetivas, pues se pretende una argumentación racional y fundación objetiva y cognoscitiva, con el objetivo de que la conducta sea realizar el bien porque así se quiera.

Si bien es indiscutible la conexión objetiva existente entre lo jurídico y lo moral ya que diversos derechos plasmados en la Constitución son principios morales, lo que se busca es respetar aquellos principios que tras un análisis ético-político lograron elevarse a rango constitucional, pues pese a que todos los principios son distintos y difícilmente son compartidos por todos (no expresan los sentimientos de la mayoría, por decirlo de algún modo), emanaron de un consenso en el que se pretendió concebir a lo justo;<sup>143</sup> o mejor dicho, lo que más convenía a todos.

---

<sup>142</sup> Décima Época, Registro: 160010, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, Común, Tesis: III.2o.C. J/31 (9a.), p. 1126.

<sup>143</sup> “Así pues los ciudadanos tienen que ser capaces de presentarse mutuamente razones públicamente aceptables, que expliquen sus concepciones políticas en los casos que suscitan cuestiones políticas fundamentales. Esto significa que nuestras razones deberían estar

“...tales valores se encuentran estipulados en constituciones rígidas supraordenadas a cualquier poder; porque no son en modo alguno compartidos por todos. Y el papel de las constituciones no consiste en reflejar los valores de todos: si así fuera tendríamos constituciones mínimas y prácticamente inútiles. Su papel se cifra en estipular valores o principios como cláusulas del pacto social de convivencia, incluso contra las opiniones de las contingentes mayorías. Y su legitimación no depende de que sean queridas por todos, sino del hecho de que garanticen a todos.”<sup>144</sup>

Dentro del ordenamiento mexicano se ha pretendido positivizar la moral junto a las buenas costumbres, ello se lee en la tesis aislada: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. FORMA EN QUE LA "MORAL" O "LAS BUENAS COSTUMBRES", PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHOS DERECHOS FUNDAMENTALES.”<sup>145</sup> Por lo que se deduce que al igual que el garantismo, el principialismo constitucional también se advierte en el sistema jurídico mexicano; claro ejemplo es la posibilidad de interponer conceptos de violación para emitir juicios de valor de tipo moral al encontrarse positivizados, los cuales son susceptibles de ser controvertidos dentro de los procesos judiciales.

#### **2.4 Perspectiva del Neoconstitucionalismo Mexicano**

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo es un término acuñado en la actualidad el cual comprende tres acepciones. “En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las

---

comprendidas en los valores políticos expresados por una concepción de política de la justicia...” Rawls, John, *La justicia como equidad Una reformulación*, España, Paidós, 2012, p. 131.

<sup>144</sup> Ferrajoli, Luigi *La democracia a través de...*, p. 107.

<sup>145</sup> Décima Época, Registro: 2005536, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Constitucional, Tesis: 1a. L/2014 (10a.), p. 672.

características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.”<sup>146</sup>

El neoconstitucionalismo hace referencia a una nueva forma de concebir el Constitucionalismo, una manera distinta de Estado de Derecho, un nuevo modo de pensar la Teoría del Derecho, Paolo Comanducci la considera como una teoría y/o un método de análisis del derecho, y realiza una clasificación de las tres acepciones del positivismo jurídico analizado por Norberto Bobbio, del Neoconstitucionalismo –teórico, ideológico y metodológico-, donde si bien el constitucionalismo pretendía poner límites a la actuación del poder, el Neoconstitucionalismo se sustenta en la división de poderes y en la defensa de los derechos humanos, tal y como se advierte del artículo 1º de la Constitución, esta nueva Constitucionalización “impregna”<sup>147</sup> el ordenamiento jurídico.

El neoconstitucionalismo pareciera que abandona el Constitucionalismo tradicional, sin embargo se trata de otro momento del positivismo jurídico pero bajo una posición ecléctica<sup>148</sup>, en la concepción de diferentes puntos de vista, ideas y valoraciones de forma coherente, este nuevo enfoque conceptual adopta las teorías de Dworkin, Alexy, incluso de Luigi Ferrajoli; en México, a partir de las reformas en materia de derechos humanos, se adoptan estas nuevas concepciones, sin abandonar ciertos principios, como la limitación del poder, ahora se establece la protección de los derechos humanos, pero bajo ciertos principios como el principio pro persona, sobre juicios axiológicos, resultando ilustrativa la tesis que se lee: “DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO

---

<sup>146</sup> Prieto Sanchíz, Luis, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. ¿Qué puede entenderse por neoconstitucionalismo?* [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2021]. Disponible en el sitio web: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf)

<sup>147</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría...*, cit., p. 148.

<sup>148</sup> Prieto Sanchíz concibe al neoconstitucionalismo bajo tres concepciones, como un tipo de Estado de Derecho, como una teoría para explicar ese modelo y como una ideología que justifica o defiende una fórmula política, bajo el argumento de una organización política más justa o mejor. Prieto Sanchíz, Luis “NEOCONSTITUCIONALISMO Y PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, UNAM Trotta, España, 2009, p. 123.

AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO.”<sup>149</sup> Cuyo principio será objeto de análisis en apartados precedentes.

Lo anterior no abandona el aspecto iuspositivista, ya que para su acción se considera al ordenamiento jurídico válido, justificación que se ubica bajo el argumento de que de no hacerlo se vulneraría la seguridad jurídica, la cual es inherente de la democracia, sirve como sustento la tesis cuyo rubro indica: “PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN NO JUSTIFICA QUE EN LA TUTELA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE VULNEREN OTROS.”<sup>150</sup>

Ferrajoli considera que el término neoconstitucionalismo no alcanza a ser un sistema jurídico, ni una teoría del derecho, sino una doctrina sobre la limitación de los poderes públicos en la que no hay una contraposición con el positivismo jurídico, arguyendo que solamente es “una superación del positivismo en sentido antipositivista y tendencialmente iusnaturalista, y asociado [...] no a la simple idea de positividad del derecho, sino a la primacía de la ley estatal producida por los parlamentos, y con ello al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho...”<sup>151</sup>

Para ello propone adoptar una terminología distinta como el “constitucionalismo jurídico”, “Constitucionalismo” o “Segundo positivismo”, la circunstancia es que este término ya ha sido adoptado por varios autores y ha cobrado fuerza, aún y con sus deficiencias.

Riccardo Guastini, por su parte, sostiene, que para que un ordenamiento jurídico sufra un proceso de transformación, resultando “impregnado”<sup>152</sup> por las normas constitucionales, una Constitución invasora, entrometida, debería satisfacerse a través de siete condiciones: rigidez constitucional, que en el ordenamiento jurídico mexicano se consagra en el artículo 133 constitucional; la

---

<sup>149</sup> Novena Época, Registro: 186964, Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Mayo de 2002, Penal, Tesis: VII.2o.P. J/5, p. 971.

<sup>150</sup> Décima Época, Registro: 2009329, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, Junio de 2015, Tomo III, Constitucional, Tesis: I.5o.C.9 K (10a.), p. 2363.

<sup>151</sup> Ferrajoli, Luigi *La democracia a través de...*, cit., p. 25.

<sup>152</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría...*, cit., p.148.

aplicación directa de las normas, así como, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas lo cual ocurre en México. Pero además de las antes mencionadas se encuentran las de: garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, sobre interpretación de la Constitución, interpretación conforme a las leyes, mismas que a continuación serán expuestas.

#### **2.4.1 Garantía jurisdiccional de la Constitución**

La supremacía constitucional en México se encuentra, por lo menos, teóricamente justificada. Pero para que se encuentre satisfecha la condición de garantía jurisdiccional de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano se prevé el control de constitucionalidad y convencionalidad, los cuales pueden ser explicados a partir de las siguientes tesis:

“PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de

constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.”<sup>153</sup>

No obstante, el control de constitucionalidad es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación, dado que el control difuso no es autorizado por el artículo 133 constitucional para las autoridades administrativas,<sup>154</sup> se sustenta en que lo dispuesto en este último numeral debe interpretarse sistemáticamente en relación con lo previsto en diversos numerales de la propia Constitución, de los cuales se advierte que el control de la constitucionalidad en el orden jurídico del Estado Mexicano se realiza a través del juicio de amparo, cuya competencia es exclusiva del Poder Judicial de la Federación, tal y como lo determinó la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de

---

<sup>153</sup> Décima Época, Registro: 160525, Instancia: Pleno, Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, Constitucional, Tesis: P. LXIX/2011(9a.), p. 552.

<sup>154</sup> Al respecto Ferrajoli, considera que las garantías constitucionales primarias garantizan la subsistencia de las normas constitucionales, que en este caso reconocen derechos humanos, y evita la creación de nuevas normas. “Precisamente, las normas sobre la revisión o sobre la exclusión de la revisión para algunas materias son sus *garantías constitucionales primarias*, consistentes en la prohibición de la producción de normas que alteren o deroguen normas constitucionales, tanto si está condicionada como sino a la adopción del procedimiento agravado predispuerto para tal fin. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son en cambio sus *garantías constitucionales secundarias*, consistentes en la obligación de anular las normas con rango de ley en contraste con las normas constitucionales sustanciales, así como de resolver los conflictos entre poderes generados por los desbordamientos más allá de los límites a ellos adscritos por las normas constitucionales formales sobre sus competencias.” Ferrajoli Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia. Tomo 2 Teoría de la Democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 87.

la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, por lo que, como ya se apuntó, las autoridades administrativas carecen de esta facultad, resulta ilustrativa la tesis que se lee:

“CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (\*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.”<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Décima Época, Registro: 2007573, Segunda Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Constitucional, Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), p. 1097.

Así, las autoridades administrativas únicamente pueden interpretar las disposiciones del modo más favorable a las personas sin contravenir sus facultades y atribuciones que tienen bajo su competencia, ajustándose al orden constitucional establecido.

#### **2.4.2 Fuerza Vinculante de la Constitución.**

Y ¿qué sería de un Derecho Constitucional si no fuera exigible?, sino hubiera algún control sobre la eficacia de los derechos, difícilmente serían justiciables. Ante tal problemática el Poder Judicial de la Federación estableció que los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, no sólo deben reconocerse sino también tutelarse a través de normas que los hagan exigibles y con plena eficacia jurídica, ya sea individual o colectivamente.<sup>156</sup>

Para cumplir cabalmente lo establecido en la Constitución, a los tribunales de la Federación se les facultó para resolver en amparo toda controversia que se suscite en relación con normas generales, actos de autoridad y omisiones en que incurran los poderes públicos al limitar los derechos fundamentales.

Concluyendo que “una omisión legislativa no puede oponerse como excusa para incumplir un precepto constitucional, argumentando dificultad o incompatibilidad con los efectos en cuanto al cumplimiento de una eventual concesión del amparo, lo que redundaría en una violación al Derecho de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 17 constitucional, que debe reflejarse en la

---

<sup>156</sup> En relación a la exigibilidad del derecho Jürgen Habermas considera que: “... La institucionalización del código que es el derecho, exige finalmente que se garanticen los procedimientos jurídicos por lo que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones. Del carácter coercitivo del derecho se sigue el requisito o exigencia de que en los caso de conflicto el derecho vigente sea interpretado y aplicado de forma vinculante en un procedimiento específico. Las personas jurídicas sólo podrán movilizar en forma de facultades de ejercer una acción jurídica las facultades de coerción ligadas a sus derechos si tienen acceso libre a tribunales independientes que, actuando con efectividad, decidan imparcial y autoritariamente en el marco de las leyes los casos de litigio. A la luz del <<principio de discurso>> pueden fundamentarse entonces derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos, iguales derechos de audiencia, igualdad en la aplicación del derecho, es decir, igualdad de trato ante la ley, etc...” Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 191.



disponibilidad de recursos efectivos, sencillos y rápidos para dar respuesta y tutela restaurativa a cualquier violación.”<sup>157</sup>

En ese orden de ideas, según Barak, si las justificaciones constitucionales a la limitación de la realización del derecho, deberá estar a nivel subconstitucional, es decir, limitada por una ley, o bien si el sistema constitucional concede un amplio alcance de protección o una mayor limitación, con el cual se determinará el grado de realización, así dicho autor aduce lo siguiente:

“...the modern theory of constitutional rights was formed after the Second World War. It draws a fundamental distinction between the scope of the constitutional right, and the extent of its protection. The scope of the constitutional right marks the right’s boundaries and defines its content; the extent of its protection prescribes the legal limitations on the exercise of the right within its scope. It defines the justifications for the right’s limitations by a sub-constitutional law...”<sup>158</sup>

Estableciendo así el límite de los derechos constitucionales (“alcance”) y las limitaciones impuestas sobre su realización por la ley (“protección”), estos límites determinan el comportamiento humano amparado por el Derecho ya sea a nivel constitucional o subconstitucional.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Así se determinó en la tesis aislada con el título “OMISIÓN LEGISLATIVA. NO PUEDE Oponerse como excusa para el incumplimiento de un precepto constitucional.” Localizable en la Décima Época, Registro: 2005197, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, Común, Tesis: I.4o.A.23 K (10a.), p. 1198.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 21. N de T: “La teoría moderna de los derechos constitucionales se formó después de la Segunda Guerra Mundial. Traza una distinción fundamental entre el alcance del derecho constitucional y el alcance de su protección. El alcance del derecho constitucional marca los límites del derecho y define su contenido; el alcance de su protección prescribe las limitaciones legales sobre el ejercicio del derecho dentro de su alcance. Define las justificaciones de las limitaciones del derecho mediante una ley subconstitucional...”.

<sup>159</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, U.S.A., Cambridge University Press, 2012, p. 20.

### 2.4.3 Sobreinterpretación de la Constitución

Prácticamente todos los supuestos de interpretación de vacíos legislativos o colisión de derechos se encuentran regulados, de manera ejemplar lo cual se puede advertir en la siguiente tesis:

“INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. El propio artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza, frente a la insuficiencia u oscuridad de la letra de la ley, utilizar mecanismos de interpretación jurídica. Al desentrañar el sentido y alcance de un mandato constitucional deben privilegiarse aquellos que permitan conocer los valores o instituciones que se quisieron salvaguardar por el Constituyente o el Poder Revisor. Así, el método genético-teleológico permite, al analizar la exposición de motivos de determinada iniciativa de reforma constitucional, los dictámenes de las Comisiones del Congreso de la Unión y el propio debate, descubrir las causas que generaron determinada enmienda al Código Político, así como la finalidad de su inclusión, lo que constituye un método que puede utilizarse al analizar un artículo de la Constitución, ya que en ella se cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico.”<sup>160</sup>

Para Guastini, toda Constitución contiene lagunas, las cuales dependen de cómo estén interpretadas, y pueden ser de dos tipos, una interpretación literal y otra restrictiva.

---

<sup>160</sup> Novena Época, Registro: 196537, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Abril de 1998, Constitucional, Tesis: P. XXVIII/98, p. 117.

La primera implica que ninguna Constitución resulte completa con un vacío a nivel constitucional, el legislador cuenta con un margen discrecional o de libre disposición, tal discrecionalidad política es derivada de la carencia de parámetros.<sup>161</sup>

Sin embargo la interpretación extensiva y por argumento *a simili*, puede ser interpretada o sobreinterpretada por normas implícitas, sin que queden espacios vacíos o lagunas, pre regulada ya sea por una u otra norma constitucional, en este punto no hay discrecionalidad legislativa, tal sobreinterpretación se entiende como vinculante<sup>162</sup>.

Además, según Guastini, esto implica principalmente dos consecuencias:

Por un lado, los principios no tienen un campo de aplicación determinado, y pueden generar una cantidad innumerable de normas ulteriores.

---

<sup>161</sup> Para Barak, ese amplio espectro de interpretación por la carencia de parámetros en la discrecionalidad, considera que: "The statutory norm is a purposeful norm. The statute is a normative creation meant to realize a social goal, and it is an expression of policy. The interpreter must uncover, from among the spectrum of linguistic possibilities, that meaning which will accomplish the purpose of the statute." Lo que se traduce como "La norma legal es una norma útil. El precepto es una creación normativa destinada a realizar un objetivo social, y es una expresión de política. El intérprete debe descubrir, entre el espectro de posibilidades lingüísticas, ese significado que cumplirá el propósito del precepto". Barak, Aharon, *Judicial Discretion*, USA, Yale University Press, 1989, p. 61.

<sup>162</sup> Ensayo por Riccardo Guastini bajo el título LA <<CONSTITUCIONALIZACIÓN>> DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, España, Trotta, UNAM, Madrid, 2009, p. 53 a 55. Respecto de la fuerza vinculante del derecho Ronald Dworkin señala que: "Una minuciosa teoría política del derecho incluye entonces por lo menos dos partes principales: habla de los fundamentos del derecho (circunstancias donde propuestas de ley en particular pueden ser consideradas sólidas o verdaderas) y de la fuerza del derecho (el poder relativo de cualquier propuesta de ley) es verdadera para justificar la coerción en distintas circunstancias excepcionales. Estas dos partes deben apoyarse entre sí. La actitud que asume una teoría detallada sobre la pregunta del grado en que el derecho manda, y cuándo puede o debe ser dejado de lado, debe igualar la justificación general que ofrece para el mandato coercitivo del derecho, que a su vez proviene de sus opiniones acerca de los polémicos fundamentos del derecho..." Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 87. Por lo que la fuerza del derecho, y en este caso de la Constitución, depende de la justificación, de sus fundamentos de derecho para lograr dicha vinculación.

Por otro, además de la aplicación de normas específicas que se aplican a modo de todo o nada, también se aplicarán los principios que como resultado de la proporcionalidad un principio sea inaplicado.<sup>163</sup>

En cuanto a los límites de la interpretación el mismo autor comenta lo siguiente:

“La interpretación, por tanto, tiene límites. No en el sentido que juristas y jueces (sobre todo jueces de última instancia) no puedan de hecho y/o no deban atribuir a los textos normativos cualquier significado –incluso raro o implausible- que les parezca oportuno. Sino en el sentido que no cualquier atribución de significado conviene el nombre de <<interpretación>>; no cualquier atribución de significado puede ser subsumida bajo el concepto de interpretación.

Por supuesto trazar límites (conceptuales) a la interpretación sirve no para distinguir las interpretaciones buenas, correctas o aceptables de las interpretaciones malas, incorrectas o inaceptables –que es cuestión valorativa o normativa, cuestión de política del derecho, ajena como tal a la ciencia del derecho- sino para distinguir, en el ámbito de la ciencia del derecho, la genuina (<<normal>>) interpretación de la creación de normas nuevas.”<sup>164</sup>

Con lo que se advierte que la Constitución mexicana cumple con dicha característica en la transformación a una Constitución invasora, al igual que la siguiente característica.

---

<sup>163</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría...*, cit., p. 164.

<sup>164</sup> Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 76.

#### 2.4.4 Interpretación Conforme de las Leyes

Respecto a la resolución de lagunas<sup>165</sup> y antinomias se demostrará que está satisfecha a partir de la siguiente tesis:

“ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN. La antinomia es la situación en que dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, que concurren en el ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, y esto impide su aplicación simultánea. Antes de declarar la existencia de una colisión normativa, el juzgador debe recurrir a la interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla, pero si no se ve factibilidad de solucionar la cuestión de ese modo, los métodos o criterios tradicionales de solución de antinomias mediante la permanencia de una de ellas y la desaplicación de la otra, son tres: 1. criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), ante la colisión de normas provenientes de fuentes ordenadas de manera vertical o dispuestas en grados diversos en la jerarquía de las fuentes, la norma jerárquicamente inferior tiene la calidad de subordinada y, por tanto, debe ceder en los casos en que se oponga a la ley subordinante; 2. Criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas, es decir, dispuestas sobre el mismo plano, la norma creada con anterioridad en el tiempo debe considerarse abrogada tácitamente, y por tanto, ceder ante la nueva; y, 3. Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi*

---

<sup>165</sup> Véase en este sentido la tesis aislada con el título: “LAGUNA JURÍDICA O DEL DERECHO” O “VACÍO LEGISLATIVO”. PARA LLENARLO EL JUZGADOR DEBE ACUDIR, PRIMERO, A LA SUPLETORIEDAD O LA ANALOGÍA Y, DESPUÉS, A LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.” Localizable en la Décima Época, Registro: 2005156, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, Constitucional, Tesis: XI.1o.A.T.11 K (10a.), p. 1189, la cual ya fue analizada en el punto “2.2.2 Plenitud Deóntica”.

general), ante dos normas incompatibles, una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, el criterio se sustenta en que la ley especial substrahe una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). En la época contemporánea, la doctrina, la ley y la jurisprudencia han incrementado la lista con otros tres criterios. 4. Criterio de competencia, aplicable bajo las circunstancias siguientes: a) que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso; b) que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes), y c) que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por otras normas jerárquicamente superiores, atribuyendo -y de esa forma, reservando- a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia. Este criterio guarda alguna semejanza con el criterio jerárquico, pero la relación de jerarquía no se establece entre las normas en conflicto, sino de ambas como subordinadas de una tercera; 5. Criterio de prevalencia, este mecanismo requiere necesariamente de una regla legal, donde se disponga que ante conflictos producidos entre normas válidas pertenecientes a subsistemas normativos distintos, debe prevalecer alguna de ellas en detrimento de la otra, independientemente de la jerarquía o especialidad de cada una; y, 6. Criterio de procedimiento, se inclina por la subsistencia de la norma, cuyo procedimiento legislativo de que surgió, se encuentra más apegado a los cánones y formalidades exigidas para su creación. Para determinar la aplicabilidad de cada uno de los criterios mencionados, resulta indispensable que no estén proscritos por el sistema de derecho positivo rector de la materia

en el lugar, ni pugnen con alguno de sus principios esenciales. Si todavía ninguno de estos criterios soluciona el conflicto normativo, se debe recurrir a otros, siempre y cuando se apeguen a la objetividad y a la razón. En esta dirección, se encuentran los siguientes: 7. Inclinarsé por la norma más favorable a la libertad de los sujetos involucrados en el asunto, por ejemplo, en el supuesto en que la contienda surge entre una norma imperativa o prohibitiva y otra permisiva, deberá prevalecer esta última. Este criterio se limita en el caso de una norma jurídica bilateral que impone obligaciones correlativas de derechos, entre dos sujetos, porque para uno una norma le puede ser más favorable, y la otra norma favorecerá más la libertad de la contraparte. Para este último supuesto, existe un diverso criterio: 8. En éste se debe decidir a cuál de los dos sujetos es más justo proteger o cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer; 9. Criterio en el cual se elige la norma que tutele mejor los intereses protegidos, de modo que se aplicará la que maximice la tutela de los intereses en juego, lo que se hace mediante un ejercicio de ponderación, el cual implica la existencia de valores o principios en colisión, y por tanto, requiere que las normas en conflicto tutelen o favorezcan al cumplimiento de valores o principios distintos; y, 10. Criterio basado en la distinción entre principios y reglas, para que prevalezca la norma que cumpla mejor con alguno o varios principios comunes a las reglas que estén en conflicto. Esta posición se explica sobre la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de un fin, como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, mientras que las reglas son expresiones generales con menor grado de abstracción, con las que se busca la realización de los principios y valores que las informan; de manera que ante la discrepancia entre reglas tuteladas de los mismos valores, debe subsistir la que

mejor salvaguarde a éste, por ejemplo si la colisión existe entre normas de carácter procesal, deberá resolverse a favor de la que tutele mejor los elementos del debido proceso legal.”<sup>166</sup>

En esta tesis para resolver una antinomia, el juzgador debe recurrir a la interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla señalándose los métodos o criterios tradicionales de solución, los cuales son tres: 1. criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), 2. Criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) y 3. Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

Dicha tesis enuncia que se han incrementado a la lista otros tres criterios. 4. Criterio de competencia, aplicable bajo las circunstancias siguientes: a) que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso; b) que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes) y c) que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por otras normas jerárquicamente superiores, atribuyendo -y de esa forma, reservando- a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia. 5. Criterio de prevalencia, este mecanismo requiere necesariamente de una regla legal, donde se disponga que ante conflictos producidos entre normas válidas pertenecientes a subsistemas normativos distintos y, 6. Criterio de procedimiento, se inclina por la subsistencia de la norma, cuyo procedimiento legislativo de que surgió, se encuentra más apegado a los cánones y formalidades exigidas para su creación.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> Novena Época, Registro: 165344, Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Febrero de 2010, Civil, Tesis: I.4o.C.220 C, p. 2788.

<sup>167</sup> “Una imputación jurídico-normativa es válida, es decir, es obligatoria, existe jurídicamente cuando su establecimiento se ha ajustado al procedimiento de creación previsto en otra norma superior. A su vez, la validez de esta última tiene que poder ser referida a otra norma que establezca, por su parte, el procedimiento de creación de las normas inferiores. Así, hasta llegar a una norma fundamental cuya validez no pueda fundarse en una norma ulterior y que, por lo tanto, constituya la imputación básica a la cual deba referirse la validez última de todas las normas del sistema que por esta razón se encuentra constituido por ella. La norma fundamental es la constitución, en sentido lógico jurídico y no en sentido jurídico positivo del sistema de normas que



Además prevé que si los anteriores criterios no solucionan el conflicto normativo, se deberá recurrir a: 7. Inclinarsé por la norma más favorable a la libertad de los sujetos involucrados en el asunto. Para este supuesto, existe un diverso criterio: 8. En éste se debe decidir a cuál de los dos sujetos es más justo proteger o cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer; 9. Criterio en el cual se elige la norma que tutele mejor los intereses protegidos y 10. Criterio basado en la distinción entre principios y reglas, para que prevalezca la norma que cumpla mejor con alguno o varios principios comunes a las reglas que estén en conflicto.

La tesis señala que los principios persiguen la realización de un fin, que contiene los valores de dicho sistema jurídico, mientras las reglas son expresiones generales con menor grado de abstracción, con las que se busca la realización de los principios y valores que las informan.

De lo anterior se puede deducir que "...la antinomia es el género, y la colisión de principios es la especie, principalmente porque en la antinomia... no siempre existen valores, en tanto que en la colisión sí, sin dejar de ser una contradicción o especificidad que limita los derechos..."<sup>168</sup>

## **2.5 Un nuevo paradigma Constitucional**

A lo largo de este capítulo se han señalado algunas tesis que han modificado el desarrollo jurídico en México. Teorías que de forma práctica han visto perpetradas sus premisas ya sea para la creación, modificación, interpretación o aplicación de las normas jurídicas; difícilmente se negaría una evolución en la teoría, filosofía y práctica del Derecho.

Las normas que derivan del Derecho en apariencia son perfectas pues lógicamente son correctas, sin embargo las fallas se afirman cuando la realidad social les hace frente. Una problemática importante que se actualiza en la práctica, pues el Derecho como construcción lingüística apoyado en principios morales

---

deriva de ella su validez última." Berumen Campos, Arturo, *Teoría Pura del Derecho y Materialismo Histórico*, México, Ediciones Coyoacán, 2008, p. 29.

<sup>168</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto (coord.), *El Test de Proporcionalidad...*, cit., p. 21.

objetivados en normas jurídicas (presentadas en Códigos y Constituciones) no siempre va incorporar:

- 1) ni a todos los sujetos; y
- 2) a todos los valores de la sociedad.

Respecto al primer punto, filósofos como Rawls, Habermas, Seyla Benhabib, entre otros, han estudiado el problema pues este deviene más que real en el debate contemporáneo sobre los derechos humanos; sin embargo, debido a su complejidad y amplitud este punto únicamente será enunciado. No obstante, será necesario retomar la teoría del principialismo y la teoría del garantismo constitucional con el fin de advertir los cambios provocados en el ordenamiento jurídico mexicano.

Recordemos que uno de los puntos del principialismo señala que los derechos constitucionales son principios no susceptibles de ser desobedecidos sino respetados y que los principios son mandatos de optimización, como lo estima Robert Alexy, y son normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. De ahí que los mandatos de optimización hayan siempre de ser satisfechos por completo.<sup>169</sup>

De lo propuesto por la teoría del principialismo es oportuno indicar que dio pauta para hablar de principios y no únicamente de normas también sugiere una forma para que dichos principios sean satisfechos. Por otro lado al adoptar la doctrina garantista como nuevo paradigma en México fue factible que el Derecho en su totalidad (en sus tres dimensiones: fáctica, normativa y axiológica) esté vinculado y a su vez “bien delimitado”. Lo que conlleva a que a través de la crítica al contractualismo (las normas vigentes) se trascienda a un modelo que realmente tutele los derechos fundamentales.

---

<sup>169</sup> Ver cita de la nota 69, y Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, USA, Oxford University Press, 2016, pp. 47 a 48.

Los efectos de la crítica al contractualismo vigente se apreciaron hasta junio de 2011 cuando se determinó que la interpretación, reconocimiento y aplicación del Derecho no se limitara únicamente a una visión puramente nacional sino que se estudiaran y reconocieran los derechos y garantías contenidas en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano fuera parte. Esto se justificó no sólo con el hecho de que no se respetaban los derechos sino que en algunos casos no había forma de garantizarlos.

Al tomar en cuenta la realidad política se procedió a reconocer que la mejor forma para la eficacia del Derecho era establecer garantías como instrumento para la tutela de los derechos. De tal forma que en 2011 el garantismo cobró vital importancia como modelo jurídico en nuestro país derivado de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, para que tal reforma tenga sentido y no se caiga en falacias o excesos principialistas<sup>170</sup> es forzoso diferenciar al Derecho positivo de una legalidad ética, esto es, distinguir la materia de las normas jurídicas, es decir, su contenido: valores y hechos sociales presentados como enunciados lógicos, los que no deben confundirse con la misma norma pues ésta no sólo es materia sino también es el resultado formal de debates (como el de 1917 en México), de decisiones políticas; en fin, de la búsqueda de un Estado democrático de Derecho.

No obstante, en la actualidad tanto el garantismo como el principialismo constitucional se presentan, por lo que podría decirse que impera un neoconstitucionalismo en el que confundir e identificar las normas jurídicas con la justicia, la igualdad, o incluso con la validez ha sido constante, y trae aparejada una ambigüedad que radica en un excesivo reconocimiento de derechos pero con falta de certeza en sus garantías. Un problema más se presenta en la praxis

---

<sup>170</sup> En donde los principios ético-políticos son fruto de argumentaciones morales. Es lo que ha ocurrido en Brasil, donde Lenio Luiz Streck ilustró esta degeneración «pan-principialista» del Derecho brasileño, brindando un increíble inventario de principios inventados por la jurisprudencia y carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto, tales como el «principio de la no sorpresa», en garantía de la seguridad del ciudadano contra decisiones demasiado inesperada; el principio de la llamada «situación excepcional» y similares. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo...*, cit., p. 45.

jurídica contemporánea con el exceso de juicios de proporcionalidad constitucional, tema que se retomará en el capítulo tercero de este proyecto.

Ferrajoli considera que este sistema se encuentra en crisis, primero porque al existir decenas de miles de normas y formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso da lugar a intrincados enredos y laberintos normativos; en segundo lugar, porque deforma la estructura constitucional de la democracia nacional, determinando en la parte que interesa lo siguiente:

“ha situado fuera de los límites de los Estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía. Así se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto Derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes confluyentes entre sí, y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del Derecho premoderno. Expresiones como <<principio de legalidad>> y <<reserva de ley>> tienen cada vez menos sentido”<sup>171</sup>

En consecuencia, separar el Derecho Positivo de la moral es una elección racional para delimitar la tutela de los derechos en general, pero más aún de aquellos que exigen un hacer del Estado. De igual manera, contrastar los modelos de Derecho y su implicación en la creación de las normas jurídicas posibilitará la elección de una solución idónea que resuelva una problemática derivada de la indeterminación de un derecho y la proveniente de la colisión de derechos.

Estas consideraciones inciden directamente en el tema de investigación, ya que:

---

<sup>171</sup> Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos...*, cit., p. 21.

“...las formas generalizadas, gratuitas y obligatorias de prestaciones como la asistencia sanitaria y la educación para todos, que hoy ya existen con modalidades diversas a cargo de la esfera pública según el paradigma de igualdad, que es el propio de la forma universal de los derechos a la salud y a la educación. Naturalmente estas garantías sociales tienen un alto costo económico. Pero se trata precisamente del coste de la efectiva satisfacción de los correspondientes derechos, que, por otra parte, se vería compensado con la reducción de los despilfarros producto de los enormes aparatos burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social de manera a veces corrupta y con criterios arbitrarios y discriminatorios.”<sup>172</sup>

Hasta ahora, no se advierten parámetros específicos que permitan una necesaria recodificación sobre la base de una meta-garantía, tampoco se evidencia la justificación estable a la limitación de los derechos fundamentales, no obstante, se observan límites injustificados a los derechos, exceso de ponderación y abuso de la interpretación constitucional por parte de los nuevos entes reguladores, o mejor dicho legisladores, en ese sentido, es necesario exigirles que la emisión de las disposiciones subconstitucionales sean coherentes, sistemáticas y certeras, que tengan un alto grado de credibilidad, efectividad y garantismo.

Para alcanzar tal efectividad, es necesario interpretar los derechos humanos en términos de lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir optimizando los principios constitucionales, lo que puede considerarse en términos del principio pro persona que se analizará en los subsecuentes apartados.

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 24.

### 2.5.1 Principio pro persona

El segundo párrafo del artículo 1º Constitucional determina que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

En este sentido se advierte que el principio pro persona es el objeto y el fin de los derechos humanos, toda vez que las obligaciones de los Estados, van encaminadas a la protección de los derechos de las personas dentro de sus jurisdicciones, el criterio interpretativo del principio pro persona comprende dos sentidos, el primero que se debe acudir a la norma más amplia o extensiva para reconocer los derechos protegidos, y el segundo, cuando se va a restringir un derecho, debe acudirse a la interpretación más restringida, a fin de evitar una invasión excesiva del derecho a limitar.

El objetivo de esta herramienta interpretativa es brindar a las personas la mayor protección de los derechos humanos a las personas, con independencia del sentido que tome el principio pro persona, de lo anterior resulta ilustrativa a lo anterior, la tesis que se lee:

“PRINCIPIO PRO HOMINE. VARIANTES QUE LO COMPONEN. Conforme al artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las normas en materia de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. En este párrafo se recoge el principio "pro homine", el cual consiste en ponderar el peso de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más

restringida, cuando se trate de establecer límites a su ejercicio. En este contexto, desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio "pro homine" tiene dos variantes: a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: a.1.) Principio favor libertatis, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; a.2.) Principio de protección a víctimas o principio favor debilis; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y, b) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el Juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquélla."<sup>173</sup>

El objetivo primordial del principio pro persona es la maximización de los derechos humanos, los cuales deben ser interpretados y aplicados en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente, puesto que los derechos humanos pueden estar protegidos no solo en los tratados internacionales, sino en el marco jurídico del Estado, y su interpretación determinará su alcance y extensión.

---

<sup>173</sup> Localizable bajo el Registro digital: 2005203, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Común, Tesis: I.4o.A.20 K (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo II, página 1211, derivada de la Revisión fiscal 69/2013, resuelta por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de fecha 13 de junio de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Homero Fernando Reed Mejía; promovida por el Director General Adjunto Jurídico Contencioso, por ausencia del Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública.

En este orden de ideas se abordan los casos que involucran un conflicto de valores, es decir, casos en los que el análisis de valores diferentes darán resultados diferentes en cada caso. Se ha argumentado que tales casos deben abordarse de acuerdo con la proporcionalidad, es decir, prefiriendo la decisión que maximiza la realización de los valores en juego, sin embargo, la elección alternativa de uno de los valores implicaría una mayor pérdida significativa con respecto de otros,<sup>174</sup> lo que es el tema central de esta investigación, de ahí que se aborde el principio pro persona como la maximización de los derechos en conflicto, para lo cual se analizará el principio pro persona aplicado en las materias administrativa, legislativa y judicial.

Los instrumentos internacionales pueden ser interpretados por los Estados, sin embargo, dentro de sus poderes, podría decirse que en primer término pueden hacerlo los órganos jurisdiccionales, no obstante no existe una limitante que solo esas instancias puedan hacerlo, sino también en el ámbito administrativo y legislativo.

### **2.5.2 Aplicación del principio pro persona en materia Administrativa.**

A la Secretaría de Relaciones Exteriores le corresponde promover, propiciar y asegurar la coordinación de acciones en el exterior de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; sin afectar el ejercicio de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, conducir la política exterior, para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los

---

<sup>174</sup> Al respecto el profesor Giovanni Sartori considera que “This raises the issue of how to address cases involving a conflict of values, i.e., cases in which different decisions are preferable relatively to different values. It has been argued that such cases should be addressed according to proportionality, namely, by preferring the decision which maximizes the realization of the values at stake, i.e., the choice such that any alternative choice enabling a higher realization of certain values would entail a more significant loss regarding some other values.” Lo que se traduce como: “Esto plantea la cuestión de cómo abordar los casos que involucran un conflicto de valores, por ejemplo, casos en los que las decisiones diferentes son preferibles en relación con valores diferentes. Se ha argumentado que tales casos deben abordarse de acuerdo con la proporcionalidad, es decir, prefiriendo la decisión que maximiza la realización de los valores en juego, es decir, la elección tal que cualquier elección alternativa que permita una mayor realización de ciertos valores implicaría una mayor pérdida significativa con respecto a otros valores.” Sartori, Giovanni, *Consistency in Balancing: From Value Assessments to Factor-Based Rules*, en David Duarte, et al, *Proportionality in Law An Analytical Perspective*, Suiza, Springer International Publishing AG, 2018, p.121.



que el país sea parte, según se advierte de la fracción I del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Dicha secretaría será la encargada de estar informada de los acuerdos interinstitucionales que pretendan celebrar cualquier dependencia y organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o municipal, la fiscalía de la República y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, según se advierte de la fracción II del artículo 2 y 7 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados.

La aplicación del principio pro persona también la realizan las autoridades administrativas referidas, no solamente mediante los acuerdos interinstitucionales, sino también en los programas, de acuerdo a sus facultades reglamentarias delegadas por el poder Ejecutivo, para la ejecución de las normativas aprobadas por el órgano legislativo, limitada a los ordenamientos legales que emite el poder ejecutivo.<sup>175</sup>

Un ejemplo de lo anterior se puede advertir de las fracciones I y III del artículo 2 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, determina que para garantizar la protección de los derechos de estos, las autoridades realizarán las acciones y tomarán medidas, de conformidad con los principios previstos por dicha legislación, para lo cual deberán garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos en el diseño y la instrumentación de políticas y programas de gobierno, establecer mecanismos transparentes de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas, programas gubernamentales y compromisos derivados de tratados internacionales.

---

<sup>175</sup> Véase en este sentido la jurisprudencia con el título “FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES.” Localizable bajo el Registro digital: 166655, Instancia: Pleno, Novena Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: P./J. 79/2009, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Agosto de 2009, página 1067, derivada de la Controversia constitucional 41/2006, promovida por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Resuelta por unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

Para tales efectos, considera, entre otros, como principio rector, el principio pro persona, según se aprecia de la fracción XII del artículo 6 de la ley en cita, por lo que la aplicación del citado principio resulta de manera puntual y específica en la legislación interna en materia administrativa.

En el caso de las órdenes de protección administrativas, emitidas por el Ministerio Público y las autoridades administrativas, a que hace referencia la fracción I del artículo 28 de la Ley General de Acceso de Las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, se deberá dictar e implementar con base, entre otros principios, al principio pro persona, según lo determina la fracción VII del artículo 30 de la legislación indicada.

En este sentido, si bien las autoridades legislativas y administrativas cuentan con cierto margen de actuación en el diseño de políticas públicas, determinar su prioridad relativa, asignar recursos, dicha libertad se encuentra restringida a los principios constitucionales, entre ellos al principio pro persona, como valor instrumental cuyo fin son la maximización de los derechos humanos.<sup>176</sup>

### **2.5.3 Aplicación del principio pro persona en materia Legislativa.**

En relación a la aplicación al principio pro persona, se realiza en la regulación del marco normativo interno, al incluir el reconocimiento de instrumentos internacionales, tal es el caso de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales,<sup>177</sup> en la adopción de un tratado, un Estado parte no podrá invocar disposiciones de Derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, con lo que se advierte la fuerza vinculante de los compromisos que contrae el Estado Mexicano

---

<sup>176</sup> Véase en este sentido la jurisprudencia con el título: “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA PROHIBICIÓN QUE TIENEN LAS AUTORIDADES DEL ESTADO MEXICANO DE ADOPTAR MEDIDAS REGRESIVAS NO ES ABSOLUTA, PUES EXCEPCIONALMENTE ÉSTAS SON ADMISIBLES SI SE JUSTIFICAN PLENAMENTE.” Localizable bajo el Registro digital: 2015304, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 87/2017 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, página 188, derivado del Amparo en revisión 750/2015; Amparo en revisión 1374/2015; Amparo en revisión 1356/2015; Amparo en revisión 100/2016; Amparo en revisión 306/2016.

<sup>177</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1988.

en la suscripción de los tratados internacionales, al deber regularizar su marco jurídico.

El poder legislativo tiene una función muy importante, en virtud de que se encargará de establecer los mecanismos por los cuales garantizará el cumplimiento, ejecución o protección de los derechos humanos contenidos en los documentos internacionales que adopte el Estado Mexicano, lo que puede corroborarse con los siguientes instrumentos internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>178</sup> en el artículo 2, establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho pacto.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW)<sup>179</sup> establece en el artículo 2, que los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para garantizar los derechos de la mujer.

En ese sentido se determinó en la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>180</sup> en el artículo 3, se estableció que los Estados Partes se comprometen a tomar las medidas legislativas y administrativas adecuadas para asegurar los derechos de la niñez.

De igual manera la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica),<sup>181</sup> en el artículo 2, se precisa que si los derechos y libertades previstos en esa convención, no se encuentran garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacerlas efectivas.

---

<sup>178</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

<sup>179</sup> Ídem.

<sup>180</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

<sup>181</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

En el ámbito interno, se asegurará la aplicación del principio pro persona al establecer en la legislación nacional los mecanismos para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, como en el caso de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la fracción I del artículo 4, contempla a las acciones afirmativas como las acciones de carácter temporal, de políticas y prácticas de índole legislativa, entre otras, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre niñas, niños y adolescentes, de tal modo que en todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio.

Por otro lado, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, en el artículo 14, se establece que Los Congresos de los Estados, con base en sus respectivas Constituciones, y el Congreso de la Ciudad de México, con arreglo a su Constitución Política de la Ciudad de México, expedirán las disposiciones legales necesarias para promover los principios, políticas y objetivos que sobre la igualdad entre mujeres y hombres prevén la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.

En ese sentido, se puede apreciar que el Estado mexicano tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, excluyendo la aplicación de las normas que contravengan u obstaculicen la efectividad de su realización, lo cual resulta concordante con parte del marco normativo interno antes referido, en el que no solamente se advierte que debe regir el principio pro persona, sino también el interés superior del menor en el caso de la niñez.

Con lo anterior se advierte el límite mínimo con el que debe cumplir el Estado mexicano para el cumplimiento de los derechos humanos, dando así margen a la aplicación del principio pro persona, en la aplicación de la normativa nacional o internacional que resulte más amplia y protectora de derechos humanos.

#### 2.5.4 Aplicación del principio pro persona en materia Judicial.

Tal y como se indicó en líneas previas, si bien no existe una limitante que establezca que solo los órganos jurisdiccionales puedan interpretar el principio pro persona, es de los más importantes, en virtud de que en la mayoría de los casos impone las directrices por las cuales deben garantizarse los derechos humanos.

La interpretación que realizan, conforme a sus atribuciones y facultades en las resoluciones, como el caso de sentencias, en los medios de control constitucional, o en los criterios jurisprudenciales, conforme a la validez de las normas jurídicas y su regularidad constitucional y convencional, con límites definidos, su interpretación tiene por objeto establecer el contenido y alcance de los derechos humanos.<sup>182</sup>

En esta investigación se precisó uno de los rasgos que presenta la teoría del garantismo, en el apartado 2.2.3 Jurisdiccionalidad, en el que Aharon Barak considera que en un Estado de Derecho, el intérprete final de la ley debe ser el tribunal, no la legislatura o el ejecutivo,<sup>183</sup> a fin de cumplir de manera imparcial con el objetivo del cumplimiento de los derechos humanos.

Dentro de la interpretación jurisdiccional el control concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad, juega un papel importante, pues para su resolución se podrá realizar mediante la ponderación y la proporcionalidad,<sup>184</sup> lo

---

<sup>182</sup> Véase en este sentido la tesis con el título: “PRINCIPIO PRO PERSONA. ÚNICAMENTE ES APLICABLE PARA INTERPRETAR LA NORMA, CON EL OBJETO DE ESTABLECER EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS, Y NO PARA INSTAURAR UN CRITERIO SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.” Localizable bajo el Registro digital: 2008915, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Materias(s): Constitucional, Tesis: (IV Región)2o.1 CS (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, página 1788, derivada de lo resuelto en el amparo en revisión 30/2014 (cuaderno auxiliar 245/2014) del índice del Tribunal Colegiado del Trigésimo Segundo Circuito, con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con residencia en Xalapa, Veracruz, interpuesto por Manuel Madrigal Álvarez y/o Raúl Figueroa Ochoa. 15 de enero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Castillo Garrido. Secretario: Gustavo Stivalet Sedas.

<sup>183</sup> Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, USA, Princeton University Press, 2008, p. 56.

<sup>184</sup> Márquez Martínez, Laura, *Control Difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, p. 12, localizable en la liga: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones\\_scjn/publicacion/2019-](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2019-)

que es objeto de estudio y evaluación de la presente investigación, y se abordará su análisis en los capítulos subsecuentes.

## CAPÍTULO III EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA JUDICIAL Y LA DEMOCRACIA

### 3.1 Niels Petersen. Proporcionalidad y Activismo Judicial

El profesor Niels Petersen, aborda la proporcionalidad y el activismo judicial desde el análisis de diversos casos resueltos en las Cortes Canadiense, Alemana y Sudafricana, analiza la discrecionalidad que les otorga a los jueces,<sup>185</sup> así como las limitaciones institucionales a que se encuentran constreñidos, por lo que para el caso de la presente investigación resulta importante tomar en consideración su investigación para tener una mayor precisión del rol de las Cortes en la proporcionalidad en su interpretación, para lo cual se aborda brevemente los temas tratados en su libro *“Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa”*<sup>186</sup> en los siguientes apartados.

#### 3.1.1 Democracia y el sistema judicial.

La teoría de la democracia siempre tiene dos dimensiones, la normativa y descriptiva, la dimensión normativa establece cómo debería mejorar el sistema, en tanto que la descriptiva describe el sistema democrático, para Niels Petersen, es más importante la dimensión descriptiva.

---

<sup>185</sup> Para Aharon Barak la discreción es “...the power given to a person with authority to choose between two or more alternatives, when each of the alternatives is lawful” “judicial discretion, then, means the power the law gives the judge to choose among several alternatives, each of them being lawful. This definition assumes, of course, that the judge will not act mechanically, but will weigh, reflect, gain impressions, test and study.” Lo que puede traducirse como: “... el poder otorgado a una persona con autoridad para elegir entre dos o más alternativas, cuando cada una de las alternativas es legal” “discreción judicial, entonces, significa el poder que la ley le da al juez para elegir entre varias alternativas, siendo cada una de ellas legal. Esta definición supone, por supuesto, que el juez no actuará mecánicamente, sino que pesará, reflexionará, obtendrá impresiones, probará y estudiará ” Barak, Aharon, *Judicial Discretion*, USA, Yale University Press, 1989, p. 7.

<sup>186</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, U.S.A., Cambridge, University Press, 2018.

La democracia competitiva,<sup>187</sup> posiblemente es la mejor explicación del funcionamiento de la democracia que observamos hoy en día, la democracia responde a una representación del problema. La toma de decisiones representativa, tiene principalmente dos riesgos, por una parte los representantes pueden abusar de su poder, por otro lado ellos pueden dañar los intereses de sus representados. La democracia trata de mitigar esos daños remplazando un gobierno a través de elecciones, con ello se puede advertir que en un sistema democrático la decisión parlamentaria puede en teoría reflejar las preferencias de la mayoría de los ciudadanos.<sup>188</sup> La representación democrática no es garantía que las decisiones sean en favor de los intereses públicos. Las Cortes Constitucionales tienen la función de corregir algunas de las fallas del mercado político y por lo tanto reducir el riesgo de la toma de decisiones representativas.

### **3.1.1.1 Corrigiendo las fallas del mercado político**

No serían necesarias las Cortes Constitucionales, si el proceso político trabajara perfectamente, no obstante según Niels Petersen, el sistema político en el mercado, es propenso a tener fallas cuando ciertos grupos sociales son favorecidos, de ahí que la tarea en el control judicial, es corregir esas fallas del mercado político y crear un contrabalance en esos grupos.

Las Cortes Constitucionales funcionan como árbitros cuando existen disputas entre diferentes instituciones en un nivel horizontal, o entre Estados y la federación en un nivel vertical, cuya función prominente es la protección de las minorías contra la tiranía de las mayorías,<sup>189</sup> la Corte constitucional previene la

---

<sup>187</sup> Para Niels Petersen “... The central element of this theory is that political parties compete for votes of the electorate...”, lo que puede entenderse como: “El elemento central de esta teoría es que los partidos políticos compiten por los votos del electorado”, Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., p. 16.

<sup>188</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, U.S.A., Cambridge, University Press, 2018, pp. 17 a 18.

<sup>189</sup> Una posición interesante respecto de la tiranía de las mayorías en una democracia es la de James Griffin (profesor emérito de la Universidad de Oxford y visitante en la universidad de Rutgers), al respecto considera: “Democracy is not to be equated with majority rule. Majority rule is merely a decision procedure –a fairly crude one at that, and not at all deep evaluatively.” ... “So are the attempts to solve the still largely unsolved problem of the tyranny of the majority, which is at its worst when the majority and the minority are fixed, the hostile communities. The minority might then have almost no effective say in political decisions the closer the minority is, in effect, to being



colusión de las élites políticas que intentan manipular los procesos políticos en su favor, la Corte interviene si ciertas decisiones tienen efectos externos y desfavorecen a los grupos que no participan en los procesos de toma de decisiones.

Siempre es necesario tener un árbitro neutral quien pueda resolver los conflictos competenciales entre los Estados y el Estado Federal o diferentes instituciones en un nivel horizontal.

La función fundamental de las Cortes Constitucionales es la protección de las minorías. La libertad como fundamento de todo orden social, todo ejercicio de soberanía de poder que restringe la libertad individual necesita estar justificada, el contrato social por lo tanto es un medio para evaluar la legitimación del orden constitucional, el objetivo del contrato social es garantizar la libertad de cada ciudadano.

Niels Petersen señala que hay dos argumentos contra la necesidad de la protección de las mayorías: el primero, el contrato social solo se refiere a la legitimar el orden básico no de la decisión colectiva; segundo, las minorías son

---

disenfranchised, the further away the system of government to being democratic. It is widely, but I think wrongly, thought that having a bill of rights solves this problem." "A government's respecting (where that includes protecting) its citizens' human rights is often taken to constitute the necessary and sufficient condition of legitimacy. But a government must do much more than respect human rights in order to be legitimate. A democratic government for instance, has also to give all of its citizens a fair say in order to be either democratic or legitimate. It must also meet minimum standards of justice in the distribution of wealth-minimum though stills above the minimum standard of welfare that human rights demand." Lo que se traduce como "La democracia no debe ser equiparada con el gobierno de la mayoría. La regla de la mayoría es simplemente un procedimiento de decisión, bastante tosco, y nada profundo en la evaluación". ... "También lo son los intentos de resolver el problema aún en gran parte sin resolver de la tiranía de la mayoría, que es peor cuando la mayoría y la minoría están arregladas, las comunidades hostiles. Entonces, la minoría podría no tener una voz efectiva en las decisiones políticas, cuanto más cerca esté, en efecto, de ser privada de sus derechos, más alejado estará el sistema de gobierno de ser democrático. Es ampliamente, pero pienso erróneamente, pensé que tener una declaración de derechos resuelve este problema". "El respeto de un gobierno (donde eso incluye proteger) los derechos humanos de sus ciudadanos a menudo se considera como la condición necesaria y suficiente de legitimidad. Pero un gobierno debe hacer mucho más que respetar los derechos humanos para ser legítimo. Un gobierno democrático, por ejemplo, también tiene que dar a todos sus ciudadanos una opinión justa para ser democrático o legítimo. También debe cumplir con los estándares mínimos de justicia en la distribución de riqueza mínima, aunque aún se encuentra por encima del estándar mínimo de bienestar que exigen los derechos humanos" y para alcanzar esa optimización, es necesaria la actuación de los árbitros que son las Cortes Constitucionales. Griffin, James, *On Human Rights*, U.S.A., Oxford, University Press, 2008, p. 245.

protegidas por las dinámicas del proceso político. Consecuentemente, la mayoría tiene incentivos para tomar en cuenta el interés de la minoría.<sup>190</sup>

Las mayorías y las minorías están estructuralmente relacionadas con algunas cuestiones, predeterminadas por las sociedad, religión o identidad étnica de sus votantes. El proceso político no ayuda a la minoría. La mera mayoría en la toma de decisiones debilita la legitimación en tales situaciones porque puede ser que ciertos grupos sociales sean más fuertes que otros. Es decir, si dos lobos y una oveja deciden que hay para cenar, no es una razón normativa para que la mayoría de votos pueda ser decisiva en el criterio de toma de decisiones.<sup>191</sup>

### **3.1.1.2 Protección contra el monopolio legislativo y el proceso político.**

En ocasiones las los procesos políticos están dominados por minorías influyentes, grupos de poder, quienes pretenden implementar sus temas de interés en la agenda política, influyendo en las decisiones en su favor, sin que exista una prohibición expresa de un lobby excesivo, que puedan proveer a las Cortes constitucionales instrumentos para un contrabalance en el monopolio legislativo.

Niels Petersen sostiene que la solución a este problema es la formalización en la protección de los derechos individuales. La libertad de profesión o la garantía de la protección a la propiedad privada puede ser entendida como derechos destinados a proteger los derechos individuales contra el monopolio legislativo.

---

<sup>190</sup> Al respecto según Ferrajoli señala "...el principal remedio frente a las diversas formas de confusión y concentración de poderes generadas por los conflictos de intereses, y frente las tentaciones absolutistas de las mayorías y de sus jefes, es un sistema de incompatibilidades y de separaciones bastante más complejo y eficiente que el actual. En efecto, la separación entre los múltiples poderes coexistentes y en conflicto en las sociedades actuales es la única técnica que permite diseñar una estructura institucional suficientemente compleja y articulada para satisfacer las muchas funciones garantistas de la democracia constitucional." "Por tanto mucho más que la clásica separación de Montesquieu entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial, es hoy indispensable otra distinción y separación, la de *funciones e instituciones de gobierno* y *funciones e instituciones de garantía*, fundada en la diversidad de sus actuales fuentes de legitimación: la *representatividad política* de las primeras, sean legislativas o ejecutivas, y la *sujeción a la ley* y, en particular a la universalidad de los derechos fundamentales, constitucionalmente establecidos, de las segundas." Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Minima Trotta, 2011, pp. 90 y 95.

<sup>191</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 19 a 26.

Hay dos tipos de poderes cuando se legisla, el primero resulta en una insuficiente adecuación entre la medida y el propósito, indica que la legislatura intenta perseguir otras metas ajenas al interés público que justifica una medida, el segundo poder es la inconsistencia legislativa, si la legislatura es inconsistente o incoherente persiguiendo ciertas metas, puede ser una indicación que persigue metas secundarias, como intereses particulares.

Esto nos da un estándar para evaluar si las Cortes son activistas en el ejercicio del control judicial y un instrumento para determinar el estándar para la revisión cuando limitan al poder legislativo.

Un instrumento que funciona para salvaguardar la integridad del proceso político es el control judicial, las Cortes actúan como agencias de competición, o como árbitros, tratando de prevenir la colisión entre partidos políticos en casos en los cuales los partidos tienen intereses paralelos que corren contra los intereses de la ciudadanía, tales como la divergencia entre los intereses de las élites políticas y el público general, lo que ocurre en dos áreas.

La primera los partidos tienen incentivos para establecer barreras que pueden tomar varias formas, tales como conducir a falsificar las elecciones, subsidiadas por el Estado, tienen incentivos para alojar una gran parte de recursos disponibles para sí mismos.

La segunda. Los actores políticos cuentan con incentivos para maximizar la cantidad de sus privilegios que reciban del Estado, los cuales pueden ser una remuneración u otros beneficios para los miembros del poder legislativo.

El control judicial tiene la función de corregir la colusión de tales instancias. Como en el caso de la protección a las minorías y la prevención del monopolio legislativo. Las Cortes rara vez persiguen esta meta abiertamente.<sup>192</sup>

---

<sup>192</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 27 a 30.

### 3.1.1.3 Corrección de los efectos externos

Niels Petersen señala que las decisiones tienen efectos externos si ellos afectan derechos individuales que no tienen participación directa o indirecta en el proceso de la toma de decisiones, algunas decisiones políticas tienen un efecto redistributivo.

La cooperación de las Cortes tiene sus límites, como el caso de los problemas del cambio climático, el rol de las Cortes en este respecto es tomar en consideración el potencial de la cooperación internacional para resolver los problemas colectivos internacionales.

De todo lo anterior se puede advertir que el control judicial tiene la función de corregir las fallas de la política mercantil, hay situaciones en las cuales las Cortes desempeñan un importante rol.

Las Cortes actúan como árbitros en conflictos competenciales ya sea horizontal o vertical, es decir, entre diferentes instituciones o diferentes niveles del Estado Federal; segundo.- protege a las minorías y, finalmente, pueden ayudar a reducir la representación de riesgos que son inherentes a las democracias representativas.

Los actores políticos persiguen intereses especiales, buscando una ventaja material, hay dos tipos de riesgos representativos, por una parte pueden abusar de su poder, y por el otro pueden tomar malas decisiones debido a su débil experiencia.

Estas consideraciones muestran que la falta de racionalidad procesal o sustancial de la medida legislativa no es necesariamente debido a la incompetencia de la legislatura, puede ser más bien el resultado de la estructura de incentivos prevalecientes.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 31 a 34.

#### 3.1.1.4 Vicio y virtud de la independencia judicial

La legitimación democrática no está limitada a la representación de las preferencias de la mayoría social, la independencia de las Cortes, es lo que las habilita para ejercitar el control efectivo de la legislatura.<sup>194</sup> La ventaja del control judicial, es que las Cortes tienen diferentes incentivos estructurales de las legislaturas. Las Cortes son movidas más por las presiones de los intereses de grupo que los actores políticos.

Para Niels Petersen las Cortes no pueden estar en una mejor posición para proteger a las minorías que el parlamento, los jueces tienen un alto nivel de educación que ayuda a reducir prejuicios e incrementar la tolerancia, los jueces son más sensibles a las cuestiones de la protección de las minorías.

Con ello se advierte que la principal función del control judicial, es la corrección de la fallas del mercado político.<sup>195</sup> Las Cortes utilizan los derechos constitucionales como un estándar normativo de revisión, tales derechos constitucionales no necesariamente protegen a las minorías.

Las Cortes frecuentemente tienen una larga gran discreción cuando interpretan la Constitución. Bernhard Schlink critica el balance en el contexto del test de proporcionalidad, relacionado en un argumento que es basado en la división de poderes, el balance que compiten valores es la tarea de la legislatura no de las Cortes.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> “En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución.” Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantía., La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 26.

<sup>195</sup> “...el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en droits: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen...” Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantía ...*, cit., p. 27.

<sup>196</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 35 a 38.

### 3.1.2 Balance y comparación de valores inconmensurables

El test de proporcionalidad ofrece a las Cortes una estructura doctrinal que les permite resolver conflictos entre valores<sup>197</sup> en competencia sin tener establecida jerarquías de valores abstractos, el test consiste de cuatro etapas, una medida restringiendo un derecho fundamental tiene que perseguir un objetivo legítimo; tiene que tener una conexión racional con su objetivo; debe ser menos restrictivo que una medida alternativa, y la medida debe ser proporcional, debe encontrar un balance apropiado entre el derecho fundamental y el propósito público perseguido.

El núcleo de este test es generalmente determinar si las medidas alternativas en efecto son tan efectivas como las restricciones a los derechos fundamentales, el balance principalmente requiere un análisis del costo beneficio, así la intensidad de la restricción de los derechos fundamentales y la extensión del objetivo legislativo es promovido a través de la medida en cuestión.

Hay dos principales críticas en contra del test de balance, la primera es que requiere la comparación de dos valores inconmensurables, no se advierte un estándar racional para tal comparación, el balance conduce a los jueces a la decisión de valores subjetivos, la segunda que el enfoque de la proporcionalidad en las circunstancias de cada caso individual perjudica la seguridad jurídica, por ello se aboga a recurrir a formas categóricas de argumentación. Proponen remedio para mitigar los problemas de la proporcionalidad.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> Para Gustavo Zagrebelsky el valor "... es un *bien final, un fin en sí mismo*, que se encuentra ante nosotros como una meta que pide ser alcanzada mediante actividades *orientadas teleológicamente*. El valor <<debe valer>>, y por eso contiene una autorización para la acción o para el juicio que se dirigen al resultado, y no un criterio preventivo acerca de la legitimidad de la acción o del juicio. De hecho, el criterio de legitimidad de la acción o del juicio no se encuentra en el valor en cuanto tal, sino en su *eficiencia* respecto al valor-fin, es el *éxito* de su realización." Zagrebelsky, Gustavo, *La Ley y su Justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 175.

<sup>198</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., p. 39 a 40.

### 3.1.2.1 La crítica de la inconmensurabilidad

Según Niels Petersen, para poder comparar los valores, es necesario el establecimiento de una escala de proporcionalidad, ya que para que los valores sean meramente comparados, debe ser conmensurable, esto es, tenemos que ser capaces para transponerlos a una escala normativa común que nos permita determinar la distancia y la relación de los valores individuales entre sí.

El balance consiste en comparar valores abstractos y solo es suficiente medir esos valores en una escala ordinaria, para determinar cuál valor es más importante. Las Cortes tienen que tomar en cuenta las circunstancias de cada caso individual, esto incluye la intensidad de la restricción, del derecho fundamental, la extensión a la cual el propósito público es promovido por la medida en cuestión.<sup>199</sup>

Hay dos formas de comparar los valores de diferentes derechos constitucionales, por una parte podemos observar el valor intrínseco, y por otro

---

<sup>199</sup> Para Jan-R Sieckmann (professor en Faculty of business, Economics and Law of the Friedrich-Alexander-University Erlangen-Nürnberg, Germany): "An initial point of importance is that the balancing of normative arguments is concerned with the decision as to which norm ought to be accepted as the result of the argumentation and, hence, ought to be accepted as definitively valid. This reflects the condition of the openness of balancing. The result is not derived from premises starting a criterion for the priority of one or another of the arguments in dispute."

"Secondly, the arguments to be balanced must to respond to the issue namely that of which norm ought to be accepted as definitively valid. Thus, they comply with the second condition, that they are, taken on their own, pro tanto, conclusive, determining a result where no competing argument is applicable."

"The crucial point, however, is the third condition, that normative arguments remain valid in the situation of conflict. In order to understand this, the reiteration of requirements for validity is that this structure makes it possible for one to explain how normative arguments retain their normative force in cases of conflict with other arguments.", lo que se traduce como: "Un punto inicial de importancia es que el balance de los argumentos normativos tiene que ver con la decisión de qué norma debe aceptarse como resultado de la argumentación y, por lo tanto, debe aceptarse como definitivamente válida. Esto refleja la condición de la apertura del balance. El resultado no se deriva de premisas que comiencen un criterio para la prioridad de uno u otro de los argumentos en disputa".

"En segundo lugar, los argumentos que deben equilibrarse deben responder a la cuestión, a saber, cuya norma debe aceptarse como definitivamente válida. Por lo tanto, cumplen con la segunda condición, que son, tomados por sí mismos, por tanto, concluyentes, determinando un resultado donde no es aplicable ningún argumento en competencia".

"Sin embargo, el punto crucial es la tercera condición, que los argumentos normativos siguen siendo válidos en la situación de conflicto. Para comprender esto, la reiteración de los requisitos de validez es que esta estructura permite explicar cómo los argumentos normativos conservan su fuerza normativa en caso de conflicto con otros argumentos". Sieckmann, Jan-R., *The Logic of Autonomy Law Morality and Autonomous Reasoning*, United Kingdom, Hart Publishing, 2012, p. 50.

podemos determinar el valor instrumental de un derecho para alcanzar un propósito externo.

El autor expone que para alcanzar un propósito, se puede considerar como un ejemplo muy ilustrativo la resistencia medida en la extensión del dolor de electro shocks que puede absorber un individuo para alcanzar ciertos intereses. A mayor dolor mayor intensidad en sus preferencias para un valor específico constitucional.

Con base en lo anterior, entre las dificultades encontradas, no se puede determinar la forma en que se pagará a los ciudadanos afectados, las Cortes no pueden hacer una investigación empírica sobre la disposición en la voluntad de cada grupo afectado para pagar por cada decisión en la limitación en sus derechos fundamentales.

También se pone en duda si encontramos una medida adecuada para comparar la intensidad de las preferencias de los sujetos, ya que incluso no es posible hacer un pago monetario a diferentes grupos afectados de manera equitativa, porque en el pago, no es posible hacer una comparación entre las preferencias de dichos grupos, pues el dinero tiene un decreciente margen de utilidad.

Otra dificultad es que el resultado de la comparación depende sustancialmente del número de personas apoyando los intereses de cada lado de la ecuación, sin embargo si solo forma parte de una pequeña parte del total de la población, podría identificarse el interés perseguido, incluso si la mayoría simplemente posee preferencias opuestas muy débiles.<sup>200</sup>

### **3.1.2.2 El peso de la fórmula de Alexy y el intento de racionalizar el balance**

Niels Petersen sostiene que Robert Alexy distingue entre dos tipos de normas: reglas y principios, mientras las reglas tienen una estructura binaria, son

---

<sup>200</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., p. 41 a 45.



aplicables o inaplicables, los principios son requerimientos de optimización. Para un conflicto entre dos principios ha de ser resuelto por el test de proporcionalidad.

Robert Alexy, en sus trabajos posteriores trató de justificar la racionalidad del balance, distinguió entre la justificación interna y externa. La justificación interna posee una estructura formal, la cual es expresada a través de la fórmula del peso. La justificación externa se refiere a los valores que son atribuidas a diferentes factores de la fórmula, Alexy reconoce que es imposible determinar esos valores lógicamente, solo requiere razones plausibles para la asignación de valores específicos.

La fórmula de Alexy tiene objeciones específicas, tales como que tiene que lidiar con la inconmensurabilidad, la asignación de valores abstractos en la competencia de valores es parte de la justificación externa, sin embargo las razones plausibles no son suficientemente claras.<sup>201</sup>

Por ello Alexy no puede realizar las operaciones matemáticas, la multiplicación o división de valores requiere de esos valores para ser medidos en una escala de proporción.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> "...como en los casos que Dworkin llama "difíciles", intervienen muchos más ingredientes, Habermas ha criticado el modelo de ponderación de principios de Alexy en el sentido de que la seguridad jurídica, es decir, la "estabilización de las expectativas de comportamiento", función propia del derecho, quedaría menoscabada por la incertidumbre que se ocasionaría por la distinta valoración sobre el grado de afectación o de beneficio por la aplicación o no aplicación de cada principio en colisión. Para intentar superar esta crítica, Alexy ha propuesto una "fórmula de peso", para precisar y formalizar los elementos de la ponderación. No obstante ello, no nos parece que haya superado la objeción habermasiana, pues lo que ha logrado es sólo trivializar su modelo sin superar la indeterminación de la valoración de los efectos que ocasionan ambos principios. Tal vez ello se deba a que no utiliza una concepción de la verdad como consenso, sino una concepción de la verdad como correspondencia o como coherencia" Berumen Campos, Arturo, *El Derecho como Sistema de Actos del Habla*, México, PORRÚA - UNAM, 2010, p. 158.

<sup>202</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 46 a 47.

### 3.1.2.3 Normalizando el peso de los valores en competencia y alternativa al balance

Niels Petersen cree que algunos autores tratan de mitigar el problema de la inconmensurabilidad a través de la normalización. No incluyen el peso abstracto de los valores constitucionales en la ecuación, solo el grado de realización.

De igual manera, enfrentan la dificultad al evadir la comparación entre derechos fundamentales y el interés público, particularmente porque ambas categorías pueden sobreponerse.

Si las Cortes no pueden recurrir al test del balance, entonces los medios menos restrictivos cobran importancia, porque el núcleo de ese test es determinar si una medida potencial alternativa, resulta menos restrictiva y es tan efectiva para alcanzar el propósito público, algunos autores demandan que las medidas solo sean aceptadas como las potencialmente menos restrictivas si ellas son obligatorias.

Por contraste la estricta interpretación puede requerir que los jueces hagan normativas complejas evaluaciones empíricas en el contexto del test de los medios menos restrictivos.

Por lo tanto, el margen de discreción de los jueces se desplaza de la evaluación de los valores normativos en competencia, a la evaluación de la evidencia de las ciencias sociales en conflicto.<sup>203</sup>

Los críticos temen que el balance no impone suficientes límites metodológicos en las Cortes. Por lo tanto lo consideran un instrumento que les concede mucho poder.

---

<sup>203</sup> Al respecto Riccardo Guastini considera que “Es entonces, evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional por parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional el cambio de valor comparativo de los dos principios a la luz de otra controversia a resolver” Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Mínima Trotta IJ-UNAM, 2010, p. 91.

Cuando los críticos del balance tratan de evitarlo, se enfocan en un riesgo específico, en el autoempoderamiento judicial, por lo que se tiene que encontrar el balance entre la representación de los riesgos causados por el proceso político y el riesgo del autoempoderamiento judicial, del ejercicio de las Cortes en el control judicial. Esto va a permitir tener una mejor evaluación sobre si el balance en efecto incrementa el peligro del autoempoderamiento judicial.<sup>204</sup>

### **3.1.3 Deterioro de la seguridad jurídica**

Para Niels Petersen, algunos autores estiman que el balance disminuye la seguridad jurídica. La certeza legal incrementa las reglas de manera más detallada y menos flexible, sin embargo esas reglas estrictas tienden a ser sobre y sub inclusivas, frecuentemente incluyen casos que no deberían incluir o no incluyen asuntos que deberían incluir.

Consecuentemente, reglas estrictas no son preferibles a los principios flexibles, ambos tienen ventajas y desventajas. Las reglas conducen a menores decisiones óptimas, mientras los principios proveen menos certeza legal, por lo que la preferencia de reglas o principios depende del contexto. En algunas áreas de la certeza legal juega un rol crucial. Por ejemplo, en la legislación penal, cuenta con un alto grado de certeza legal, como el principio de que sin ley no hay pena, aquí la certeza es que la conducta no será castigada si no disponemos de una normativa que así lo disponga.<sup>205</sup>

Se puede establecer que los principios legales tienen la función de permitir la flexibilidad, un ejemplo podría ser el principio de la buena fe, por lo tanto se puede decir que el Derecho Constitucional se centra más en la flexibilidad que en la seguridad jurídica.

---

<sup>204</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 49 a 54.

<sup>205</sup> La certeza legal es un valor supremo, una meta fundamental, el ideal de la certeza es un reflejo de la confianza de los jueces, escribe Merryman "...la legislación deber ser clara, completa y coherente en aras de la certeza. El proceso de interpretación y aplicación del derecho debe ser lo más automático posible, de nuevo en aras de la certeza. Así, el hincapié en la certeza expresa el deseo de hacer el derecho a prueba de los jueces." Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 97.

En el caso de los jueces, tienen la flexibilidad de decidir los casos en cada circunstancia particular al tratar con una regla dominante del sistema. Al mismo tiempo reducen la certeza legal que las reglas se supone deben asegurar. Sin embargo, el balance obliga a los jueces a mencionar los factores que determinan su decisión explícitamente <sup>206</sup>

### 3.1.4 La proporcionalidad y el rol de los jueces

Niels Petersen al evaluar el balance normativamente considera que es deseable que dependa de la resolución de dos tensiones fundamentales: la tensión entre la certeza legal y adecuación, por otra parte, la tensión entre el control efectivo de la legislatura y la preservación de la autonomía legislativa.

Los críticos del balance generalmente también son escépticos sobre la virtud de la fortaleza del control judicial, desde su perspectiva el balance falla a respetar los límites de la toma de decisiones entre el poder judicial y el poder político.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 55 a 58.

<sup>207</sup> Para Howard Schweber (profesor en la universidad de Wisconsin, Madison), considera que "... a "constitution" was defined as a text that establishes institutionalized mechanism for collective actions and limitations on the exercise of power that is created as a result. Imagine a constitution that fails to include the first element, so that the institutions of government have no connection to the constitutional system. Imagine, in other words a constitution that addresses itself only to the description of a non-exclusive set of goals, without any mention of institutional structures to carry those goals to fruition and no assertion of authority over institutions that had been previously created. Such a constitution would not be meaningless. It would serve as a potentially useful rhetorical device, a resource of political capital available to institutional actors, but not in any way as the statement of the grounding norms of the system. But such a "constitution" would be utterly insufficient to serve as the basis for a constitutional regime, since it would not have any necessary connection to the system of laws actually being promulgated. Lawmaking would neither be legitimated by appeal to a grant of constitutional authority, nor subject to test for constitutional validity; the grounding norms of the lawmaking system would simply exist elsewhere." Lo que puede entenderse como "... Una "constitución" se definió como un texto que establece un mecanismo institucionalizado para acciones colectivas y limitaciones en el ejercicio del poder que se crea como resultado. Imagine una constitución que no incluye el primer elemento, de modo que las instituciones del gobierno no tienen conexión con el sistema constitucional. Imagine, en otras palabras, una constitución que se dirige solo a la descripción de un conjunto no exclusivo de objetivos, sin ninguna mención de estructuras institucionales para llevar a cabo esos objetivos y ninguna afirmación de autoridad sobre las instituciones que se habían creado previamente. Tal constitución no tendría sentido. Serviría como un dispositivo retórico potencialmente útil, un recurso de capital político disponible para los actores institucionales, pero no de ninguna manera como la declaración de las normas básicas del sistema. Pero tal "constitución" sería completamente

Por una parte el balance da a los jueces una significativa cantidad de discreción y, por otra, es necesaria para el efectivo control de la legislatura.

La proporcionalidad ofrece a las Cortes una estructura argumental formal para resolver conflictos entre derechos individuales, los cuales se encuentran en competencia contemplando un valor sobre otro y, por lo tanto, se abstienen de establecer jerarquía de valores en competencia. La crítica del balance sugiere que el balance tiene un déficit metodológico. Un instrumento doctrinal que otorga a los jueces flexibilidad que puede abrir la puerta al activismo judicial.<sup>208</sup>

#### **3.1.4.1 El Poder Judicial y su legitimación política**

Niels Petersen analiza el alcance de los derechos, determinado por las Cortes, dependiendo de la cooperación de las ramas políticas cuando ejercitan la revisión constitucional, pueden asegurar la cooperación de la política en dos formas: una, cuando los conflictos institucionales ocurren en los sistemas federales, los gobiernos estatales y las legislaturas, pueden ver a las Cortes como garantes contra la desproporcionada concentración de poder en el nivel federal. Al mismo tiempo las Cortes pueden ayudar a las instituciones federales a implementar sus metas políticas dentro de sus Estados individuales.

Por otro lado las Cortes pueden confrontar a las ramas políticas directamente, su poder depende de la legitimación de la cual gozan. Entre más fuerte sea la aceptación pública del poder judicial, los políticos tiene un mayor temor de perder apoyo electoral. Si una Corte goza de un alto grado de legitimación, el incumplimiento será percibido como una violación a las reglas fundamentales de la democracia. Si una Corte es débil en su aceptación, los

---

insuficiente para servir como base para un régimen constitucional, ya que no tendría ninguna conexión necesaria con el sistema de leyes que realmente se promulga. La legislación no se legitimaría mediante la apelación a una concesión de autoridad constitucional, ni estaría sujeta a una prueba de validez constitucional; las normas básicas del sistema legislativo simplemente existirían en otra parte". Schweber, Howard, *The language of liberal constitutionalism*, U.S.A., Cambridge University Press, 2007, pp. 239 a 240.

<sup>208</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 59 a 60.

políticos no sentirán en peligro su aprobación electoral. La legitimación es un recurso central en el poder judicial.

Así podemos distinguir dos tipos de legitimación, la específica y difusa, la legitimación específica se refiere al caso concreto, mide la aceptación de juicios específicos, en contraste a la legitimación difusa, se enfoca en la institución de una Suprema Corte. La legitimación difusa depende de la legitimación específica.

Si la Corte es extensamente aceptada, la no implementación de sus decisiones o las sanciones de la institución, generalmente es percibida como una violación a las reglas del juego democrático. Por el contrario, si una Corte no goza del apoyo público, la sanción política apenas tendrá consecuencias para las élites políticas.

La legitimación es así crucialmente un recurso del poder de una Corte ejercitando la revisión constitucional, el extenso apoyo público permite a las Cortes tomar decisiones que involucren costos significantes a la mayoría política.

La legitimación de una Corte se basa en la percepción de que es un árbitro neutral, por lo que si una Corte es percibida como un actor político con su propia agenda política, puede socavar su legitimación y por lo tanto debilitar su posición institucional.

En casos de alto perfil, la opinión pública se enfoca en los resultados más que en el razonamiento. Si la vasta mayoría de los académicos legales desapruaban el enfoque metodológico de la Corte y se acusa de activismo judicial, la imagen de la Corte como árbitro neutral podría ser severamente dañada.<sup>209</sup>

#### **3.1.4.2 Legitimación judicial en el balance**

El marco argumental de las Cortes son aceptadas por el discurso legal como argumentos doctrinales. Niels Petersen sostiene que si una parte significativa de la academia legal llega a la conclusión que el balance no es nada

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, pp. 63 a 67.

más que una consideración política disfrazada, la legitimación de la Corte podría ser dañada.

Tiene que desarrollar estrategias para disipar las suspicacias cuando toman decisiones políticas al aplicar el test de proporcionalidad.

Cuando se analiza el daño potencial que podría causar el balance a la legitimación judicial tenemos que distinguir tres situaciones.

La Corte confirma una decisión legislativa y no interfiere con las ramas políticas. No es acusada de ser activista o tener una agenda política.

Si la Corte reserva su decisión a Cortes inferiores sin una revisión implícita a las bases de su decisión, hay un conflicto entre cortes. Esto puede involucrar un conflicto de competencias, y frecuentemente poner en juego consideraciones políticas.

Si una Corte quiere anular una legislación por ser inconstitucional, si basa su decisión en la etapa del balance de la proporcionalidad debe justificar por qué su evaluación, podrá basar su decisión en argumentos alternativos o racionalizar el ejercicio del balance absteniéndose de hacer un juicio político.<sup>210</sup>

### **3.1.5 Selección de casos en el diseño de la investigación del Profesor Niels Petersen y la clasificación de argumentos judiciales.**

El autor ha seleccionado el análisis de la Corte Federal Constitucional Alemana, de la Suprema Corte Canadiense y de la Corte Constitucional Sudafricana, que tienen la más larga historia aplicando el test de proporcionalidad.

Las Cortes han realizado una autclasificación, porque por un lado es más fácil medir si un argumento es en efecto significativamente menos restrictivo o un balance implícito que pueda ser objeto de debate. Por otro lado si una Corte frecuentemente esconde el balance detrás del test de un medio menos restrictivo, es una indicación de que considera problemático el balance. El balance implícito

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 68.

puede ser un instrumento para fortalecer la legitimación de las Cortes, ocultando las valoraciones detrás de consideraciones aparentemente neutrales y empíricas.

Esas clasificaciones nos permiten diferenciar la estructura argumental en las decisiones judiciales, intentar racionalizar el balance utilizando argumentos auxiliares, una clasificación de argumentos judiciales no es una libre valoración subjetiva del investigador.<sup>211</sup>

### **3.1.6 La proporcionalidad, argumentos aparte del balance**

Aparte del balance, Niels Petersen considera que el test de proporcionalidad consiste en tres pasos: el objetivo legítimo, la conexión racional entre la medida y el propósito, y el test del medio menos restrictivo. El objetivo legítimo de una medida involucra consideraciones normativas, los otros dos pasos giran sobre cuestiones empíricas.

Un argumento clasificado como argumento de conexión racional o un argumento de un medio menos restrictivo, frecuentemente depende del punto de referencia. Si asumimos que el efecto disuasorio de la pena de muerte, no es más fuerte que el efecto disuasorio de una larga estancia en prisión. Esto puede ser desproporcionado, la pena de muerte puede debilitar la conexión racional, si el objetivo fue la disuasión en general, ahí podría haber una conexión racional.

**El objetivo legítimo:** se refiere al valor normativo del propósito que la legislatura pretende lograr con la restricción de los derechos fundamentales, si una medida legislativa persigue un propósito ilegítimo, éste automáticamente viola la Constitución. No hay necesidad de considerar valores abstractos de la restricción de un derecho fundamental, algunas decisiones en las cuales un objetivo legítimo, está basado en balances implícitos.

**Conexión racional y medios menos restrictivos:** Si el tribunal indicó que una medida carecía de una conexión racional con el propósito, es decir, que no

---

<sup>211</sup> *Ibidem*, pp. 69 a 73.



era necesario para lograr este último, el argumento se calificó en consecuencia como inaplicable.

En los casos donde una Corte no indica expresamente cual test utiliza en determinado asunto, se puede considerar que es el argumento de una conexión racional o un medio menos restrictivo.

El núcleo del test de conexión racional es un análisis empírico relacionado con la conexión causal entre la medida y el propósito.<sup>212</sup> El paso más importante de este análisis es la comparación entre la efectividad de la actual medida y el potencial de las alternativas, las cuales otra vez requieren un análisis empírico.

**Exceso de amplitud:** la estructura del argumento de exceso de amplitud, es muy similar al test de los medios menos restrictivos.

Las legislaturas tipifican la suposición que la observación de ciertos conjuntos de hechos, frecuentemente implica consecuencias específicas, incluso si no son completas correlaciones entre los hechos observados y las consecuencias asumidas.

---

<sup>212</sup> Para David Lyons la noción de la descripción causal es "...conceptually linked with that of causal efficacy, the effects ascribable to acts. In the first place, a property cannot be said to be causally relevant unless something results (would result) from the performance of an act in virtue of its having that determinate property – unless some difference in subsequent states of affairs is causally connected with the act's having that property instead of some other. Secondly, differences in the causal efficacy (in the kind or magnitude of effects) must be ascribed to differences in the acts themselves - -that is, to differences that can be expressed in differences in descriptions of the acts (including the agents and circumstances) which go beyond merely describing the respective different effects as effects." Lo que puede traducirse como "... conceptualmente vinculado con el de la eficacia causal, son los efectos atribuibles a los actos. En primer lugar, no se puede decir que una propiedad sea causalmente relevante a menos que algo resulte (podría resultar) de la realización de un acto en virtud de que tiene esa propiedad determinada, a menos que alguna diferencia en los estados de las cosas posteriores esté causalmente relacionada con el acto que tenga esa propiedad en lugar de alguna otra. En segundo lugar, las diferencias en la eficacia causal (en el tipo o la magnitud de los efectos) deben atribuirse a las diferencias en los actos mismos, es decir, a las diferencias que pueden expresarse en las descripciones de los actos (incluidos los agentes y las circunstancias) que van más allá de simplemente describir los diferentes efectos respectivos como efectos." Lyons, David, *Forms and Limits of Utilitarianism*, USA, Oxford University Press, 2002, p. 76, por lo que la conexión causal se puede comprender como la eficacia de la medida en el propósito, que contribuya de alguna forma en alcanzarlo o cumplirlo.

Por lo general, una medida puede considerarse como demasiado amplia si el legislador pudo diferenciar los hechos, es decir, si pudo crear una excepción para un grupo específico que no necesitaba estar cubierto por la medida para que este último lograra su objetivo.<sup>213</sup>

### **3.1.7 Argumentos sustantivos fuera de la proporcionalidad**

Las tres Cortes analizadas por Niels Petersen, frecuentemente basan sus decisiones en consistencia o argumentos coherentes. Anulan la legislación basándose en inconsistencias, los argumentos de consistencia o coherencia<sup>214</sup> pueden presentarse en tres formas.

Primera.- Las Cortes revisan la consistencia interna de una medida, si la legislatura persigue cierto objetivo, y si la parte de una medida específica contradice este propósito, la medida se califica como inconsistente, a nivel interno.

Segunda.- La coherencia externa es débil, si la legislatura ha hecho diferentes evaluaciones del problema o peligro tratado en situaciones comparables.

Tercera.- Puede aparecer en la forma de requisitos de coherencia histórica, que es eficaz cuando la legislatura cambia una ley en el sentido que conduce a restricciones más severas.

Los argumentos de coherencia o consistencia pueden aparecer como argumentos independientes justificando la invalidez de una parte de la legislación, sin embargo son utilizados como argumentos auxiliares.

---

<sup>213</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 74 a 75.

<sup>214</sup> El argumento de coherencia general Para David Lyons es "Let us call this the general coherence argument. I have purposely formulated it in somewhat ambiguous terms (as it often is found) with the intention of contrasting two interpretations. One is mistaken, the other is plausible..." Lo que se traduce en "Llamemos a esto el argumento de coherencia general. Lo he formulado a propósito en términos algo ambiguos (como a menudo se encuentra) con la intención de contrastar dos interpretaciones. Uno está equivocado, el otro es plausible...", Lyons, David, *Forms and Limits of Utilitarianism*, USA, Oxford University Press, 2002, p. 151.

La inconsistencia histórica puede ser una indicación que una ley específica no fue necesaria porque las medidas menos gravosas en el pasado no plantearon ningún problema de eficiencia

**Expectativas legítimas:** En algunos casos las Cortes invalidan la ley por que violan las expectativas legítimas. Aparece justificado para tratar el balance en el contexto del test de las expectativas legítimas, diferente del balance proporcional. Cuando las Cortes encuentran una ley que violenta las expectativas legítimas, no hace una segunda suposición. Basan su decisión en una violación a expectativas legítimas invalidando una parte de la legislación solo por un período limitado o a un círculo limitado de direcciones.

**Argumentos categóricos:** Diametralmente opuesto al balance, meramente determina el alcance de los derechos fundamentales, no hay balance de intereses en competencia.

**Razonamiento deductivo:** Si la Corte confía en su razonamiento deductivo, deduce una normativa estándar abstracta de un derecho fundamental, en un segundo paso aplica este estándar a la norma bajo análisis, combinada con argumentos adicionales. Dichas combinaciones se utilizan en la argumentación en sus sentencias.

**Consideraciones equitativas:** la Corte Constitucional Alemana, algunas veces utiliza las consideraciones equitativas en el contexto de otros derechos fundamentales, esas consideraciones equitativas pueden ser utilizadas como una parte del test de proporcionalidad. Una medida puede ser considerada desproporcionada por que discrimina sin justificación.<sup>215</sup>

**Argumentos procedimentales:** Hay dos tipos de argumentos procedimentales, la primera se refiere a la serie de argumentos procedimentales, es decir relacionada con el procedimiento (administrativo). En contraste con la

---

<sup>215</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 76 a 78.

segunda categoría que se refiere al procedimiento (legislativo) establecida por la norma.

**Consideraciones procedimentales:** La Corte no discute el objetivo sustantivo que es perseguido por el legislador, requiere un procedimiento adicional, garantías para proteger los derechos fundamentales. Tales argumentos procedimentales contienen elementos de balance implícito. Las garantías procesales adicionales generalmente disminuyen la eficiencia del procedimiento administrativo. El alcance del balance procedimental generalmente es limitado.

**La revisión del procedimiento legislativo:** Se enfoca en el procedimiento legislativo establecido por una disposición. Un instrumento para revisar el procedimiento legislativo es la construcción de un margen de apreciación de la carga de justificación. Si la legislatura goza de dicho margen, se entiende que cuenta con discreción.

Por contraste, si la Corte impone la carga de la prueba a la legislatura, solo puede actuar si tiene la suficiente certeza de la naturaleza del problema y del efecto de la legislación propuesta. Los argumentos concernientes al procedimiento legislativo son raramente una condición suficiente para invalidar una parte de la legislación.<sup>216</sup>

### **3.1.8 Proporcionalidad como una construcción doctrinal**

La proporcionalidad es la consecuencia de la forma en la cual los derechos individuales son conceptualizados. En ese sentido Niels Petersen señala que la Corte Suprema Canadiense y la Corte Constitucional Alemana, utilizan los tradicionales cuatro pasos de la estructura del test de proporcionalidad.

Para la Corte Germana la etapa más importante es la última, el equilibrio de los objetivos en competencia. La Corte Canadiense resuelve muchos casos en la tercera etapa, el test de los medios menos restrictivos.

---

<sup>216</sup> *Ibidem*, pp. 78 a 80.

La Corte Constitucional Sudafricana, considera los mismos factores como sus contrapartes homólogas canadiense y alemana, sin embargo esos factores no son pasos secuenciales.

El análisis de la jurisprudencia sudafricana, la estructura del test empleado sugiere un extensivo uso del balance en casi todos los casos, la estructura de un paso de su test de proporcionalidad.<sup>217</sup>

### **3.1.9 Punto de partida en el nacimiento del balance en Alemania**

Respecto del test de proporcionalidad, Niels Petersen señala que en Alemania el punto de partida fue el juicio de una farmacéutica (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), la Corte utilizó el balance en casos en los cuales ya sea que se confirmó una parte de la legislación, o en la cual se corrigió la decisión de Cortes inferiores.

La Corte Constitucional Alemana sostuvo que el esquema de licenciamiento para las farmacias en el Estado de Bavaria era incompatible con la libertad de profesión consagrada en el Artículo 12 de la Constitución. El solicitante intentó abrir una farmacia en la villa Bávara de Traunreut. La autoridad administrativa negó la solicitud porque consideró que el establecimiento de una nueva farmacia no era de interés público. Las farmacias existentes eran suficientes para servir a los habitantes de Traunreut con los productos medicinales necesarios.

Hay puntos interesantes, como el esquema para proteger a las farmacias contra la competencia, la cual fue considerada como un motivo ilícito, la restricción del acceso, para supuestamente protegerlas contra la competencia, no puede justificar una infracción contra la libertad de profesión

La restricción de la libertad de profesión, fue supuestamente para proteger la libertad individual, con ello se entiende que las limitaciones establecidas en las disposiciones está destinada a proteger el interés público.

---

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 81 a 82.

Sin embargo la Corte evitó basar su razonamiento en un balance de competencias de intereses, en su lugar utilizó la combinación de los medios menos restrictivos y los argumentos de coherencia. El gobierno Bávaro argumentó que la libertad de establecimiento de farmacias conduciría a una feroz competencia, comprometiendo su solvencia económica, un exceso de suplementos farmacéuticos podrían incrementar el consumo de esas drogas y causar una adicción.

La Corte constitucional rechazó esos argumentos, no era necesario asegurar la solidez económica. En su lugar justificó su decisión con el argumento de los medios menos restrictivos con una simple consideración: el establecimiento de una farmacia requiere una inversión significativa. Por esta razón una farmacia generalmente tiene una solvencia económica. Por lo tanto, un abundante incremento de farmacias era improbable.

La Corte apoyó esa consideración teórica en referencia a la situación en Suiza, los suizos no restringieron el establecimiento de nuevas farmacias y el sistema sigue funcionando bien.

La Corte utilizó un argumento de retórica de balance, pero parafraseado de una comparación de los valores abstractos de la competencia de intereses. Por lo que revocó la legislación porque tenía serias dudas sobre la efectividad de los esquemas regulatorios elegidos.<sup>218</sup>

### **3.1.9.1 La jurisprudencia temprana**

Niels Petersen señala el ejemplo de la regla del reembolso, derivado de la venta de animales vivos con envío a domicilio, una Corte constitucional revocó una ley que prohibía el reembolso de animales vivos, el objetivo era proteger la salud de los animales, para evitar el largo tiempo en los traslados que podrían ocurrir si el comprador rechazaba aceptar el animal a entregar.

---

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 86 a 89.

La Corte basó su veredicto en dos argumentos principales, el primero es porque esas entregas involucraban un peligro y un considerable daño para los animales, una pequeña fracción de esas entregas fue devuelta, otras razones fueron las direcciones falsas. La Corte no encontró una conexión racional suficiente entre la medida y el propósito. Por otra parte, la legislatura extendió la prohibición del reembolso incluso de las entregas exprés, la Corte notó que el tiempo de transporte de las entregas que no son exprés, más bien excedían el tiempo total del retorno exprés de entrega, por lo tanto encontraron que la legislación era inconsistente.

La Corte resaltó la debilidad de la racionalidad en el proceso legislativo, las fallas del procedimiento legislativo. El poder legislativo no consideró todos los factores relevantes, estas deficiencias del proceso legislativo afectó la sustanciación de la legislación, resultando inconsistente.<sup>219</sup>

### **3.1.9.2 Balance como un predominante marco de argumentación y la fuerza institucional de la Corte Constitucional Alemana**

Niels Petersen analizó que la Corte constitucional utilizó las consideraciones de balance en una decisión del estatus de un transexual, se sometió a una cirugía de reasignación de sexo, para lo cual presentó su solicitud y le fue negado su respectivo cambio de su estatus civil, solo podía ser cambiado si se divorciaba primero.

Con esta previsión la legislatura intentó evitar matrimonios del mismo sexo, la legislatura pasó una nueva legislación que permitía uniones civiles del mismo sexo, la Corte resolvió en balance en su argumento que el requerimiento de divorcio impuesto es una carga desproporcionada y, por lo tanto, violentaba su derecho a la privacidad.

La Corte hace balance cuando confirma la constitucionalidad de la ley, el balance es un paso necesario en la doctrina de la proporcionalidad cuando la ley ha pasado los primeros tres pasos del test, el balance no levanta sospechas de la

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 90.

Corte interfiriendo en la esfera política, porque la Corte confirma la decisión legislativa.

La Corte utiliza el balance cuando revisa las decisiones de Cortes inferiores, como ejemplo en un juicio denominado Lüth, dictado en 1958, el caso concerniente a una declaración de Erick Lüth, fue demandado por boicotear la última película del director Veit Harlan, quien dirigió varias películas antisemitas, en la Alemania Nazi, la distribuidora de las películas de Harlan obtuvo una orden judicial contra Lüth, para que se abstuviera de boicotear las películas, Lüth argumentó que dicha orden violaba su libertad de expresión.

Esta decisión es importante porque, por una parte la Corte extiende su propia jurisdicción a la revisión de Cortes civiles, incluso si esas decisiones no fueron basadas en una ley inconstitucional, vinculando la legislación privada, cuando las Cortes deciden sobre conflictos entre particulares, por otra parte la Corte introdujo el test de balance por primera vez.

Para la resolución del conflicto entre de la libertad de expresión del recurrente y la reputación profesional de Harlan, consideró la extensión de los intereses en competencia que fueron afectados, por un lado los motivos del recurso de Lüth y, por el otro lado, la intensidad de la restricción de los derechos de Harlan.

La Corte encontró que Lüth intentó proteger la reputación de la industria alemana, por lo que era necesario interferir en los intereses de Harlan en orden de perseguir este propósito.

La Corte argumentó que la decisión no infringe el núcleo de la identidad de Harlan como artista. Lüth no ejerció fuerza física ni legal, y Harlan no se le negó el permiso de continuar trabajando en negocios de películas. Por esta razón la Corte sostuvo que la orden violentó los derechos de libertad de expresión del recurrente.



La Corte desplegó un típico balance de intereses en competencia. Evaluó y comparó la importancia de derechos en competencia y la intensidad en la cual fueron afectados.

La probabilidad de que una Corte utilice el balance depende de las consideraciones de la fuerza de su posición institucional y por otro lado como argumentación doctrinal en la comunidad legal. La Corte constitucional necesita ganar la confianza de la ciudadanía para incrementar su apoyo público.<sup>220</sup>

Sin embargo, el balance fue predominantemente aceptado como un instrumento doctrinal de la revisión de los derechos fundamentales.<sup>221</sup>

### **3.1.10 Balance en la jurisprudencia de la Suprema Corte Canadiense. Énfasis en el test del medio menos restrictivo**

Niels Petersen señala que la Suprema Corte Canadiense introdujo el test de proporcionalidad como un instrumento doctrinal.

Muchas de las decisiones analizadas se basan en la conexión racional en el test de los medios menos restrictivos, un ejemplo es la decisión en *Andrew vs Law*

---

<sup>220</sup> Moshe Cohen –Eliya e Iddo Porat (Académicos de la Law School of the Academic Center of Law And Buisiness de Israel”) concluyeron que “... in Germany, the proportionality doctrine originated in administrative law, not private law. Second, proportionality was a vehicle by witch the idea of rights was introduced into German law. Consequently, in Germany, the principle of proportionality stands for rights protection. Third, proportionality served to further the protection of political and economic rights, at the time considered to be “natural” rights. The German liberal bourgeoisie was obviously strongly motivated to maximize protection of these rights. Finally, the legal doctrine of proportionality was not related to theories of law, such as those advanced by the *Freirechtgsschule* and American legal realism. Rather German proportionality was rooted in the formalistic approaches deeply imbedded in the German legal tradition.” Lo que se puede traducir como: “En Alemania, la doctrina de la proporcionalidad se originó en el derecho administrativo, no en el derecho privado. En segundo lugar, la proporcionalidad fue un vehículo por el cual la idea de los derechos se introdujo en la ley alemana. En consecuencia, en Alemania, el principio de proporcionalidad representa la protección de los derechos. En tercer lugar, la proporcionalidad sirvió para promover la protección de los derechos políticos y económicos, en ese momento considerados derechos "naturales". La burguesía liberal alemana obviamente estaba fuertemente motivada para maximizar la protección de estos derechos. Finalmente, la doctrina jurídica de la proporcionalidad no estaba relacionada con las teorías del derecho, como las presentadas por la *Freirechtgsschule* y el realismo jurídico estadounidense. Más bien, la proporcionalidad alemana estaba enraizada en los enfoques formalistas profundamente arraigados en la tradición legal alemana " Cohen-Eliya, Moshe y Porat Iddo, *Proportionality and constitutional culture*, USA, Cambridge University Press, 2016, p. 32.

<sup>221</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 92 a 98.

Society of British Columbia (1989), donde para ser admitido en el bar de British Columbia, requerían la ciudadanía canadiense, dicho establecimiento justificaba el requerimiento porque el bar es familiar con negocios locales, la ciudadanía es como una expresión de compromiso de la sociedad canadiense. Sin embargo la Corte encontró que la medida ni siquiera era racionalmente conectada con esos objetivos.

Esto, porque la ciudadanía no necesariamente implica que las personas pasen más tiempo en Canadá para estar familiarizado con los negocios locales, al mismo tiempo los residentes extranjeros pueden estar familiarizados con los negocios locales como los residentes canadienses, por esta razón se requiere el test que pueda tener un medio menos restrictivo.

La Corte argumentó que la ciudadanía no tiene una conexión racional entre la ciudadanía y ser leal a la sociedad Canadiense, es decir, la ciudadanía no asegura que las personas sean leales a la sociedad Canadiense, los jueces asumen el compromiso de la Corte para confiar en los argumentos de la conexión racional y medios menos restrictivos, en lugar del balance.

Contrario a la Corte Constitucional Federal Alemana, la Suprema Corte Canadiense no solo fue renuente a utilizar el balance en caso en el cual se anulaba legislación, incluso en casos en los que se validó la legislación.

Los estudios de derecho han observado un giro hacia el balance en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá. El punto de giro es identificado en el juicio Hutterian Brethren de 2009, la comunidad aborigen, recurrió el requerimiento de fotografía en las licencias de conductores. Bajo el argumento de que violentaba su libertad de religión.

Reclamaron que su religión les prohibía tomarse fotografías. Al respecto la Corte resolvió en la etapa de balance que el requerimiento de fotografía se justificaba para evitar el robo de identidad porque la licencia de conducir, sin una foto podría ser utilizada por cualquier tercera persona. Este propósito era más

importante que la limitación que la libertad de religión, el manejo de vehículos no era indispensable porque la comunidad podría emplear conductores profesionales. El requerimiento de fotografía no tocaba el núcleo de la libertad de religión.<sup>222</sup>

La Suprema Corte Canadiense a veces utiliza el test del balance en el primer paso de la jurisprudencia de sus derechos fundamentales, para determinar si un derecho ha sido infringido. Esto ocurre, en particular en relación al Derecho a la vida, la libertad, y seguridad de las personas, la prohibición de los castigos crueles e inusuales, sin embargo en el análisis de las limitaciones, la Corte resuelve con los argumentos de la conexión racional o los medios menos restrictivos.<sup>223</sup>

### **3.1.11 La renuencia a confiar en el balance en Sudáfrica. El juicio Makwanyane como origen de la proporcionalidad**

Niels Petersen cree que la Corte fue más renuente a usar el balance cuando confronta a la legislatura, la Corte Constitucional Sudafricana utilizó el

---

<sup>222</sup> La profesora Megan Pearson considera que el objetivo legítimo para restringir el derecho a la libertad de creencias, puede ser con base a en la seguridad pública, el orden público, la salud, la moral, o la protección de los derechos y libertades de las demás personas, al considerar lo siguiente: “The first question under a proportionality test is whether there was a legitimate aim in infringing the right. If the aim was not legitimate then the right will have been violated. Some legitimate aims can be found explicitly in the constitution or other law granting the right. Thus under the ECHR, the right to manifest a religion or belief may be restricted on the basis of public safety, the protection of public order, health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others. Aims may also be implicit. In Canada, rights granted by the Charter may be subject to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. Whether something is a legitimate aim is a moral question which relies for answers on the constitutional or legal morality of a state and more generally on the morality inherent in a liberal democratic society.” Lo que puede traducirse como: “La primera cuestión bajo una prueba de proporcionalidad es si hubo un objetivo legítimo al infringir el derecho. Si el objetivo no era legítimo, se habría trasgredido el derecho. Algunos objetivos legítimos se pueden encontrar explícitamente en la constitución u otra ley que otorgue el derecho. Por lo tanto, según la Convención Europea de Derechos Humanos (por sus siglas en inglés ECHR), el derecho a manifestar una religión o creencia puede estar restringido sobre la base de la seguridad pública, la protección del orden público, la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Los objetivos también pueden estar implícitos. En Canadá, los derechos otorgados por la Carta de Derechos y Libertades pueden estar sujetos a los límites razonables prescritos por la ley que puedan justificarse de manera demostrable en una sociedad libre y democrática. Si algo es un objetivo legítimo es una cuestión moral cuya respuesta se basa en la moralidad constitucional o legal de un estado y, de manera más general, en la moralidad inherente a una sociedad democrática liberal.” Pearson, Megan, *Proportionality, Equality Laws, and Religion, Conflicts in England, Canada and the USA*, Reino Unido, Routledge Taylor & Francis Group, 2017, p.59.

<sup>223</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 100 a 106.

balance pocas ocasiones, en las cuales no se anulaba la legislación. La razón por la cual se rehusaba la Corte Constitucional Sudafricana, probablemente yace en su precaria posición institucional, porque el sistema político sudafricano está dominado por el Congreso Nacional Africano, la Corte no tiene margen para restringir las decisiones políticas.

El juicio Makwanyane, fue punto de referencia. La Corte sostuvo que la pena de muerte violentaba la Constitución Sudafricana, el presidente de la Corte constitucional, Arthur Chaskalson, desarrolló el test de proporcionalidad como el instrumento central de la revisión de los derechos fundamentales.

La limitación de los derechos fundamentales involucra el peso hasta los valores en competencia y en última instancia, una evaluación basada en la proporcionalidad, pero la aplicación solo se puede hacer caso por caso.

En el subsecuente razonamiento se basó en una combinación de medios menos restrictivos y balance. Chaskalson analizó dos justificaciones, la disuasión y retribución, en la disuasión, examinó si un largo término en prisión era un castigo menos restrictivo que la pena de muerte.

Consideró que la probabilidad de ser aprehendido, condenado y castigado tenía un mayor efecto disuasorio que la severidad del castigo. Por lo tanto. El Estado tiene que justificar la pena de muerte.

Respecto de la retribución, consideró que la retribución tiene menos peso que la disuasión, el castigo no es usualmente idéntico al delito cometido, resaltó que la pena capital no es el único medio coherente de retribución cuando conlleva la pena de muerte, lo cual es inconsistente con el principio de reconciliación, que juega un papel importante en la transición del viejo sistema apartheid al nuevo sistema constitucional democrático. La reconciliación fue exactamente lo opuesto a intentar buscar la exacta retribución por cada error cometido. Por lo que el

Presidente Chaskalson concluyó que la retribución no era acorde al mismo peso bajo la Constitución como los derechos a la vida y la dignidad.<sup>224</sup>

### **3.1.11.1 Balance y revisión legislativa**

El caso del Ex Ministro de Seguridad y Protección de Sudáfrica es un ejemplo, permitió a las personas a matar a sospechosos si no podían ser arrestados, el Juez Kriegler sostuvo que violentaban el derecho a la vida, el Juez señaló que puede haber circunstancias en las cuales puede estar justificada la muerte de los sospechosos que huían, cuando el fugitivo plantea una amenaza a la gente, el dispositivo normativo permite el uso de fuerza letal incluso en casos de delitos menores. Por lo que la Corte sostuvo que era una manifiesta desproporción entre los derechos infringidos y los intereses que buscaban proteger.

Un famoso ejemplo es el razonamiento de la Corte en la consideración del caso Manamela, decidió sobre la constitucionalidad de responsabilidad inversa (encubrimiento por receptación) como precepto del código penal, es decir, la adquisición de cosas robadas. Si alguien posee cosas robadas, se presume que creía que la persona de quien adquirió los bienes no tenía derecho para disponer de ellos. El acusado tenía que probar su inocencia. La Corte sostuvo que dicho precepto infringía la presunción de inocencia.

El Estado consideraba que esa disposición era necesaria para erradicar el mercado de cosas robadas, la norma podía ser razonable en casos en los cuales el comprador guardara el record de los documentos, la gente no siempre guarda los documentos, si no lo hicieron todos los días, tendrían dificultades en probar su inocencia. La Corte consideró que la imposición de prueba evidencial contra el acusado podría ser un medio menos restrictivo. Podría ser, por lo tanto, menos gravosa para el acusado y podría apoyar el enjuiciamiento con la información necesaria.

La Corte confía en el balance, la Corte constitucional sudafricana usa el balance ya sea para confirmar la constitucionalidad o para invalidar leyes

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, pp. 106 a 109.

normativas que tratan con relaciones entre particulares, la Corte no confronta a la legislatura, por lo que el uso del balance no socava su propia posición institucional.<sup>225</sup>

### **3.1.11.2 La precaria posición institucional de la Corte constitucional sudafricana**

De las Cortes Constitucionales analizadas, Niels Petersen sostiene que frecuentemente tienen su fuerza constitucional de la aceptación pública. Si una Corte goza de un alto nivel de legitimación, está propensa a tomar decisiones equivocadas y los errores pueden resultar muy caros para el gobierno y la mayoría legislativa.

Puede haber diferencias en la aplicación, y en el énfasis que las Cortes otorgan a las diferentes etapas. Mientras la Corte Constitucional Alemana principalmente se enfoca en la etapa del balance en su reciente jurisprudencia, la Suprema Corte Canadiense y la Corte Constitucional Sudafricana prefieren confiar en la conexión racional o las consideraciones de los medios menos restrictivos.

El principal argumento al anular una legislación, se relaciona la fuerza institucional de la Corte, confiando en el balance y la familiaridad del marco de la argumentación doctrinal. Cuanto más fuerte es un tribunal, mayor es el uso del balance.

El análisis de las diversas Cortes nos arroja como perciben la legitimación de sus argumentos. Pero también una debilidad fundamental, que no están haciendo lo que dicen que hacen. Por ejemplo, la Suprema Corte de Canadá algunas veces acusa que su test de los medios menos restrictivos es en efecto una forma del balance disfrazado.<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> *Ibidem*, pp. 109 a 111.

<sup>226</sup> *Ibidem*, pp. 112 a 116.

### 3.1.11.3 La evitación del balance por la debilidad del objetivo legítimo

Niels Petersen considera que las Cortes frecuentemente intentan evitar el balance, tanto como sea posible, generalmente se rehúsan a considerar que el poder legislativo persigue un objetivo ilegítimo con una medida que restringe un derecho fundamental. Sin embargo hay algunos ejemplos en los cuales las Cortes sostienen que la restricción de un derecho fundamental no siempre persigue un objetivo legítimo. Muchos de estos ejemplos provienen de la Corte Constitucional Sudafricana; no obstante también encontramos decisiones que niegan la legitimidad del objetivo de la restricción de los derechos fundamentales como los casos de la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán y el tribunal supremo canadiense.

Para justificar la ilegitimidad de un objetivo, las Cortes argumentan que un objetivo es ilegítimo si va en contra de un objetivo constitucional.

En ocasiones las Cortes consideran como ilegítimo el objetivo de la restricción de un derecho fundamental, si se basa en estereotipos, no es común que las Cortes combinen la negación de un propósito legítimo imponiendo una carga de justificación a la legislatura.

La medida específica fue manejada por un interés particular más que por el bien público. Las Cortes rara vez confían en la primera etapa de la proporcionalidad. Por lo que generalmente ya sea si el propósito directamente contradice un requerimiento explícito de la Constitución o si la legislatura no argumenta una razón plausible para una medida específica. El hecho de no dar razones sugiere que la legislatura estaba motivada<sup>227</sup> por cuestiones morales o

---

<sup>227</sup> Para David Lyons "... an act must be more than merely mischievous for legal interference to be warranted, because the mischief accruing to the interference itself must be outweighed by the good that it can do. It follows that there can be mischievous act that ought not to be prohibited by law; by parity or reasoning it can be shown that some beneficial acts ought not to be legally required." es decir "... un acto debe ser más que meramente dañoso para que se justifique la interferencia legal, porque el daño que se deriva de la interferencia misma debe ser compensado por el bien que puede hacer. De ello se deduce que puede haber un acto dañoso que no debería estar prohibido por la ley; por paridad o razonamiento se puede demostrar que algunos actos beneficiosos no deberían ser legalmente requeridos." Lyons, David, *IN THE INTEREST OF THE GOVERNED*,

particulares que no pueden ser suficientes para justificar las restricciones de los derechos fundamentales en la sociedad pluralista.<sup>228</sup>

La Corte Constitucional Federal de Alemania no utiliza el balance para corregir valores fundamentales de las decisiones de la legislatura. En su lugar la jurisprudencia puede ser caracterizada como un intento de revisión de la racionalidad del proceso legislativo. La revisión de la racionalidad se presenta en cuatro formas:

1.- Las medidas legislativas suelen ser costosas, pueden tener costos inmateriales si la medida impone restricciones a la libertad individual. En muchos casos, sin embargo hay también costos materiales. El Estado puede, ya sea absorber el costo de la medida, o puede imponerlos a grupos sociales o individuos específicos. La Corte constitucional a menudo corrige la asignación de la carga financiera de una medida si esta es particularmente onerosa para un grupo social específico. En tales casos, no hay conflicto entre los valores inconmensurables. La razón principal de las decisiones de equilibrio de la Corte constitucional Federal en estos casos es que el principal beneficiario de una medida específica también deba soportar su carga financiera.

2.- El segundo grupo de los casos concernientes a la adecuación entre la medida y el propósito, la Corte alemana constitucional tiene una interpretación muy estricta del test de los medios menos restrictivos. La mera posibilidad que una medida alternativa no es tan efectiva como la medida bajo revisión excluye la etapa de los medios menos restrictivos.

La Corte califica una medida como desproporcionada si una medida alternativa es mucho menos restrictiva, pero solo marginalmente mucho menos efectiva, si es dudoso que haya una conexión racional entre medida y propósito.

---

USA, Oxford University Press, 1994, p. 58, Es decir es el motivo de la justificación a que se refiere Niels Petersen.

<sup>228</sup> Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in...*, cit., pp. 116 a 119.



La argumentación en este segundo grupo de balance de decisiones es por lo tanto muy similar al razonamiento de la Suprema Corte Canadiense.

3.- El tercer grupo de casos combina el balance con consideraciones de consistencia, sin embargo, la consistencia no es un fin en sí, la consistencia puede ser una indicación de que la legislatura persigue diferentes objetivos.

Finalmente la Corte corrige los casos de dificultades individuales. En muchos de esos casos, la Corte sólo invalidaba una parte de una regulación legal más extensa que imponía una carga significativa sobre un grupo social específico. Tales decisiones no suelen implicar costos onerosos particulares de la legislatura, ya que solo requieren la introducción de disposiciones de excepción limitadas.<sup>229</sup>

### **3.2 David M. Beatty. El último Estado de derecho**

David Beatty, es profesor en la Universidad de Toronto, aborda diversos temas de interpretación y la naturaleza jurídica de la proporcionalidad, desarrolla una alternativa a la visión convencional de que al decidir estos casos, los jueces se involucran en un acto esencialmente interpretativo y, por lo tanto, subjetivo, basándose en última instancia en sus creencias personales y opiniones políticas. Lo cual resulta relevante en el presente apartado de esta investigación, con el fin de tener un mejor enfoque del tema central del presente trabajo que es la proporcionalidad, se abordarán algunos temas de su libro “*The Ultimate Rule of Law*”, en los subsecuentes apartados.

#### **3.2.1 El Control Judicial y la Democracia**

Para el profesor David Beatty, Las mayorías pueden abusar de su autoridad, las democracias pueden despojar a las personas de sus pertenencias y no hay poder que pueda controlar a los políticos actuando contrario a la razón, en las democracias donde la soberanía de las mayorías es absoluta e incondicional.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 175 a 176.

<sup>230</sup> De la interpretación de Norberto Bobbio “Considera... que una “teoría general del derecho y de la política” ideal debería estar integrada por una tríada indisoluble: derechos humanos, democracia

Cómo garantizar que las atrocidades cometidas en nombre de las personas no se conviertan en un problema global es una oportunidad para que los países la enfrenten. Algunas sociedades han acudido a los tribunales en busca de ayuda para liberarse de la tiranía y los regímenes autoritarios.

La confianza puesta en el poder judicial, hace responsables a los jueces por probar la legitimación de las leyes en nombre de las personas, contra las reglas y principios implícitos en el texto constitucional.

Una vez adoptada una Constitución con una estructura federal y una carta de derechos, se establecen límites a las mayorías, determinando que pueden y no pueden legítimamente hacer, ni los poderes legislativo o ejecutivo pueden violar el principio de imparcialidad, lo cual está prohibido a cualquiera de los jueces y litigantes en el mismo caso. No hay duda que la Constitución es la autoridad suprema en todos los sistemas legales, la madre de todas las leyes algunos dirán.<sup>231</sup>

Un proceso en el cual los juzgados revisan las actividades de los podres electos en una sociedad democrática, los jueces corren el riesgo de pasar por encima de la separación de poderes y reemplazando la tiranía de la mayoría con la oligarquía de las cortes. Las exhortaciones constitucionales proclaman la inviolabilidad de la vida, la libertad y la equidad, son la pieza central de una virtual carta de derechos<sup>232</sup> y les dice a los jueces cómo resolver estas difíciles disputas de la vida real, las cuales están llamadas a decidir.

---

y paz. Por ello, afirma resueltamente: “Derechos humanos, democracia y paz, son tres momentos necesarios del mismo momento histórico: Sin derechos del hombre reconocidos y protegidos, no hay democracia, sin democracia no existen condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos sociales” Paniagua Corazao, Valentín, *Democracia y Política en el Pensamiento de Norberto Bobbio*, en Córdova Vianello, Lorenzo (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, UNAM- Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 14.

<sup>231</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, U.S.A., Oxford, University Press, 2016, pp. 1 a 3.

<sup>232</sup> Dicha inviolabilidad puede advertirse “... en el caso de los derechos fundamentales, en tanto que se trata de derechos inviolables, indisponibles e inalienables no podrían ser abolidos o reducidos, ni aún por aprobación unánime de la mayoría, por ello se les sustrae de la política, de la economía, etcétera. Su indisponibilidad viene siendo la garantía de su existencia, mantenimiento y protección dentro del sistema jurídico.” Jiménez Solares, Elba, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015, p. 47.

Los textos constitucionales nunca dan una respuesta directa a los casos que toma la Corte, que hacen la idea que los jueces son capaces de decirle a la gente que no pueden decidir por sí mismos ya sea para reconocer un derecho al aborto o al matrimonio gay o matrimonio con problemas. Si los jueces son libres para definir tales palabras tales como “vida”, “libertad” y “equidad”, su supervisión de las ramas gubernamentales electas, no tiene sentido. Si el límite de la legitimación de la legislación<sup>233</sup> es una cuestión de opinión personal, las mayorías pueden reclamar una autoridad moral en la soberanía de las personas que los jueces y las minorías carecen.

Para reconciliar la práctica del control judicial, es necesario demostrar que las Cortes no resuelven conflictos y juzgan la forma en que el gobierno ejercita el poder, en la base de su opinión personal de que está bien y qué está mal. Es necesaria una teoría en la cual el juez pueda ejercitar su poder de revisión que diga cómo distinguir las leyes que legitiman los poderes coercitivos del Estado de los que no lo hacen, sin la influencia de sus puntos de vista personales.<sup>234</sup>

### **3.2.2 Interpretación Originalista en la Constitución**

Según Beatty, para los jueces y críticos por igual, la primer regla fundamental en la interpretación de todos los instrumentos es interpretarlos de acuerdo al sentido de los términos de la exposición de motivos de las disposiciones legales.

Para los primeros jueces, preservar el significado original de la Constitución era natural, adoptar un enfoque originalista, en la interpretación constitucional, de una manera sencilla y directa que fuera fácil para la comprensión de personas ordinarias. Lo que coincidió con la creencia de que la Constitución fue diseñada

---

<sup>233</sup> Según Davyd Lyons “...legislations intervenes by adding sanctions to control and regulate such behaviour.” “As far as restrictive legislation is concerned it must be backed by sanctions, and these must be punitive” es decir “... las legislaciones intervienen agregando sanciones para controlar y regular dicho comportamiento”. “En lo que respecta a la legislación restrictiva, debe estar respaldada por sanciones, y estas deben ser punitivas”, Lyons, David, *IN THE INTEREST OF THE GOVERNED*, USA, Oxford University Press, 1994, p. 57.

<sup>234</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law ...*, cit., pp. 4 a 5.

por personas con sentido común más que de códigos requerían de habilidades lógicas o de especulación visionaria para ser completamente comprendidas.

Rousseau vio la constitución como un contrato social y, en caso de cualquier acuerdo, los jueces tenían que dar al texto el significado de las personas que lo escribieron y aceptaron regirse por él. Asegurando las palabras de la Constitución, conservando su significado original, también conforma con el entendimiento común que las constituciones son supremas o leyes básicas articuladas, declaraciones políticas de largo término. Son pactos solemnes con las cuales las comunidades se comprometen a sus más altas aspiraciones. Leyendo las palabras de una Constitución, la forma en que originalmente fueron entendidas le permite funcionar como un centro gravitacional de moral y provisto de una medida de certeza y estabilidad, que es esencial para la efectividad e integridad de cualquier sistema legal.<sup>235</sup>

La lógica de leer la Constitución Estadounidense como se pretendía originalmente tiene mucho sentido, como lo consideran algunos como Antonin Scalia y otros miembros de la Corte Suprema de los EE. UU., debido a su originalidad explicativa para resolver cualquier conflicto o tensión que exista entre la revisión judicial y la democracia para las diferentes autoridades. Los jueces se aseguran de que los políticos y funcionarios operen dentro de las reglas y limitaciones establecidas en la Constitución. Si la Constitución guarda silencio sobre un tema, un juez no puede hacer lo que la mayoría quiere que haga. Los tribunales deben respetar las decisiones tomadas por los legisladores a menos que estén expresamente en conflicto con ciertas disposiciones de la Constitución.

---

<sup>235</sup> Para Howard Schweber (profesor en la universidad de Wisconsin, Madison), considera que “A related set of arguments imply that constitutional language should be complete . a lack of completeness contribute to indeterminacy, again opening the door to constitutional evils as well as weakening the claims of constitutional language in the face of the democratic challenges...” lo que se entiende como “Un conjunto de argumentos relacionados implica que el lenguaje constitucional debe ser completo. la falta de integridad contribuye a la indeterminación, abriendo la puerta a los males constitucionales y debilitando los reclamos de lenguaje constitucional frente a los desafíos democráticos”. Schweber, Howard, *The language of liberal constitutionalism*, U.S.A., Cambridge University Press, 2007, p. 202.

Se considera que las teorías del originalismo son neutrales más que cualquier otra teoría, porque evalúan hechos históricos si una ley es inconstitucional o no y evitan totalmente cuestiones de política y moral. La teoría del originalista permite que cada caso sea presentado y analizado como un silogismo, en el que la premisa mayor es una regla o principio, y la premisa menor obliga a los jueces a decidir si ese principio está amenazado por la ley o la acción estatal que deben revisar. Si un juez determina que una ley es inconstitucional, la ley debe ser invalidada incluso si simpatiza con lo que se intentó, por otro lado, las leyes que el juez considere ofensivas o insensatas debe permitirse su permanencia en la norma, a menos que se pueda demostrar que sea inconstitucional de alguna manera, al ser incluida en la redacción de las premisas.

El originalismo sostiene que cuando los jueces agregan o restan derechos a lo que originalmente afirmaron o acordaron, pierden neutralidad y actúan de manera ilegítima, y las autoridades que administran justicia con base en sus creencias personales sobre lo que está bien y lo que está mal, por lo que ya no son neutrales. La regla de oro para explicar el originalismo es que si un juez no puede encontrar nada en la Constitución que limite las opciones de una mayoría elegida democráticamente, debe permitir que prevalezca la voluntad de la mayoría.

El originalismo insiste que si los Estadounidenses quieren una pena capital y la ley coloca en desventaja inconstitucional a las personas homosexuales y lesbianas, deben seguir los procedimientos que la Constitución provee para su propia reforma, por lo que no pueden modificar o anular la intención de aquellos que crearon la Constitución en base a lo que piensan como justo o injusto.<sup>236</sup>

### **3.2.2.1 Fallas de la teoría originalista**

Beatty cree que las teorías originalistas no cumplen con sus estándares de legitimidad bajo revisión judicial porque se basan en suposiciones empíricas que son fácticamente falsas y afirmaciones normativas que son lógicamente

---

<sup>236</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law ...*, cit., pp. 6 a 8.

defectuosas. La verdad es que la ortodoxia originalista es enteramente un producto de la imaginación legal y enteramente una cuestión de mito. Nunca ha habido, o nunca hubo consenso sobre el destino de la gran garantía de la vida, la libertad y la justicia.

Los jueces deben dar efecto a la comprensión original de la Constitución, sin embargo no les provee de alguna guía o dirección y no impone restricciones porque hay incontables interpretaciones de entre las cuales pueden elegir. Cuantitativamente pueden ser enormes.

Es posible hablar de una comprensión general de que ciertas palabras signifiquen garantizar, es usual encontrar más de una intención. En algunos casos, el originalismo nunca puede proporcionar una respuesta clara, porque los motivos literales y políticos apuntan a diferentes significados que pueden describirse razonablemente en el texto, y el originalismo no depende de qué juez se elija.

El problema con el originalismo es que hay muchos entendimientos diferentes y los jueces son libres de elegir. Incluso la comprensión de principios abstractos como la justicia, que todo el mundo acepta, puede formularse en diferentes niveles de generalidad. Los jueces prefieren si el originalismo puede ser "duro o suave", "estricto o moderado" en lo que recomiendan y lo que dicen, según el grado de generalidad, mientras que el originalismo no proporciona ninguna orientación general, lo cual es correcto.

En la Constitución hay invariablemente múltiples intenciones y razonamientos, lo que significa que el originalismo nunca será tan neutral como reclama la teoría constitucional que debería ser. Porque no es posible identificar solo un criterio dominante para cada caso, los jueces pueden justificar solo con el resultado que ellos quieran.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> Al respecto David Lyons considera que "When Lawyers argue cases and courts decide them, their reasoning is not limited to the syllogistic application of clear, specific rules. They look behind the rules for purposes and "underlying principles." They consider policies that may be reflected in past decisions. If rules are unavailable, they look for guidance in decisions that deal with somewhat similar cases. In so reasoning, they do not act as if law was being created, by a process like

Los originalistas consideran que al determinar el significado original de diferentes partes de una Constitución puede ser una tarea difícil e incierta pero se resisten a la conclusión de que esto significa que el originalismo no califica como una teoría neutral. Algunos dicen que la incertidumbre y las dificultades de determinar la comprensión original no son tan grandes como esa multitud de teorías rivales.

Los jueces han señalado que un enfoque originalista a la interpretación constitucional era una parte integral de la concepción original, cuando la Carta de los Derechos fue adoptada, el resultado pudo haber sido el mismo. Los jueces han tenido que decidir cuál método de interpretación deben emplear.

La interrogante podría ser por qué no las concepciones actuales deberían reemplazar los significados originales si ahora sabemos que después va a ser arbitrario e injusto, es porque no son parte de la concepción original.

El hecho que los responsables de la redacción de la Constitución consideraran que las futuras generaciones deberían comprender sus palabras como ellos originalmente las entendieron, nunca podría ser conclusivo. Esto no explica por qué la Constitución debe siempre leerse contemplando a los antecedentes, con un vistazo al pasado más que con un completo conocimiento del presente.

Lo que se necesita es una razón independiente algo que separe al principio o valor que podría justificar los costos serios que implica la interpretación originalista.

---

legislation, transported to the courtroom. They speak and write as if they were discovering what the law requires and allows, even in hard cases”, lo que se traduce como “Cuando los abogados discuten casos y los tribunales deciden, su razonamiento no se limita a la aplicación silogística de reglas claras y específicas. Buscan detrás de las reglas los propósitos y "principios subyacentes". Consideran políticas que pueden reflejarse en decisiones pasadas. Si las reglas no están disponibles, buscan orientación en las decisiones que tratan casos similares. En este razonamiento, no actúan como si la ley fuera creada, por un proceso como la legislación, transportada a la sala del tribunal. Hablan y escriben como si descubrieran lo que la ley exige y permite, incluso en casos difíciles". Considera que la evidencia puede dar lugar a diferentes decisiones, lo que causa conflicto en sus consideraciones al no ser capaz de determinar una buena decisión. Lyons, David, *Ethics and the rule of law*, Great Britain, Cambridge University Press, 1985, pp. 93 a 94.

La cuestión de que la teoría de interpretación originalista no facilita respuestas en casos muy simples, que son satisfactorios para sus más fuertes partidarios demuestra que no es neutral en la forma que sus defensores afirman. No puede ser capaz de facilitar definiciones neutrales, las cuales habilitan a los juzgadores para decidir casos imparcialmente y sin evidenciar sus preferencias personales y prioridades. El originalismo no puede cumplir con sus propios estándares de legitimidad.<sup>238</sup>

### **3.2.3 Proporcionalidad**

Beatty estima que en todas las instancias gubernamentales, sin importar el tipo de derecho violentado y relacionado con las características personales de las partes, el test que se aplicará, siempre será el mismo, la ley debe respetar el principio básico de proporcionalidad en la forma en que tratan con los diferentes intereses y valores en juego.

Con el principio de proporcionalidad, los jueces tienen la capacidad para resolver conflictos entre las mayorías y minorías en una manera equitativamente respetable para las partes. Haciendo a la proporcionalidad el test crítico estableciendo si la ley o algún acto del Estado es constitucional o no, separado de los poderes, tanto del poder judicial, como del ejecutivo y legislativo, en una forma que provea la solución de la colusión de derechos, la cual ha sido confundida con democracias constitucionales por tanto tiempo.<sup>239</sup>

#### **3.2.3.1 Neutralidad de la Proporcionalidad**

Para David Beatty, el requerimiento de neutralidad, significa que el criterio de una teoría se utiliza para distinguir los actos del gobierno que son constitucionales de los que no lo son, la neutralidad requiere un proceso de revisión, descansa con respecto a cada paso que está involucrado en alcanzar el juicio sobre el análisis y razones trascendente al resultado inmediato.

---

<sup>238</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law ...*, cit., pp. 9 a 14.

<sup>239</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law ...*, cit., p. 160.



Las Cortes han establecido jurisprudencia, resolviendo disputas sobre libertad de religión, discriminación sexual, derechos sociales y económicos, demostrando que la proporcionalidad es más neutral que otras teorías. La jurisprudencia ha encontrado la imparcialidad del principio en todas las dimensiones requeridas. La proporcionalidad es un criterio universal de constitucionalidad.<sup>240</sup>

Lo que demuestra que la proporcionalidad es una parte integral, indispensable de toda Constitución que subordina al sistema de gobierno que crea el Estado de derecho. Es constitutiva de su estructura, una parte integral de toda Constitución en virtud de su estatus como ley suprema dentro de una nación Estado. Una Constitución sin algunos conflictos entre principios y derechos a resolver podría resultar incoherente.

La idea que una Constitución pueda existir sin algún estándar de proporcionalidad es lógicamente imposible. Sirve como un principio de optimización que hace cada Constitución sea lo mejor que posiblemente pueda llegar a ser. Los jueces han encontrado que la proporcionalidad atraviesa toda la Constitución.

La jurisprudencia demuestra que la proporcionalidad, por lo general, se formula al más alto nivel de generalidad que los enunciados y estructura que una Constitución lógicamente soportan. Aunque es comúnmente deconstruida en tres principios distintos, probando la “racionalidad” (idoneidad) “necesidad”, y “proporcionalidad” en el “más estricto” o “más restringido” sentido, los dos primeros son realmente claros y fácil aplicación. La prueba de la racionalidad

---

<sup>240</sup> Para John Stuart Mill, la idea de la imparcialidad está cerca de la justicia al considerar “A tribunal ... must be impartial, because it is bound to award without regard to any other consideration, a disputed object to the one of two parties who has the right to it.” “Nearly allied to the idea of impartiality, is that of equality; which often enters as a component part both into the conception of justice and into the practice of it, and in the eyes of many persons, constitutes its essence.” Lo que se traduce como: “Un tribunal... debe ser imparcial, porque está obligado a entregar, sin tener en cuenta ninguna otra consideración, un objeto en disputa a una de las dos partes que tiene derecho a él”. “Casi aliada a la idea de imparcialidad, está la de igualdad; que a menudo entra como parte integrante tanto de la concepción de la justicia como de su práctica, y constituye a los ojos de muchas personas su esencia”, Mill, John Stuart, *Utilitarianism and on Liberty*, USA, Blackwell Publishing, 2014, p. 219.

(idoneidad) y “necesidad” demuestran los casos cuando, en efecto, no hay razones legítimas de ningún tipo que puedan ser identificadas para justificar lo que se hizo. La ley que no puede pasar el examen de la necesidad, constituye infracciones sobre los derechos constitucionales de las personas, porque son amplios y más gravosos que lo que necesita ser. No hay razón (racional), no hay (ilegítimo) interés por perseguir un propósito menos restrictivo y una alternativa menos draconiana la cual puede realizar todos los objetivos gubernamentales, mientras se trata de aligerar la carga o la discriminación de aquellos a quienes afectan negativamente.

La proporcionalidad, entendida como un principio general, impone a los gobiernos y a sus funcionarios que deben tener razones más fuertes y convincentes para tomar decisiones que infligen grandes cargas y desventajas en las personas que las violaciones de derechos y libertades que no son tan serias o dolorosas.<sup>241</sup>

### **3.2.3.2 Proporcionalidad y derecho privado**

Del análisis realizado por Beatty, la Suprema Corte Canadiense y la Corte Constitucional Sudafricana, sostuvieron opiniones que la legislación privada no está obligada por los requerimientos de la proporcionalidad como otros tipos de ley, lo que les concedía una clase de inmunidad parcial.

En Canadá los jueces continuaron señalando que podían desarrollar las reglas de la legislación común como la difamación o allanamiento, sin tener que contemplar los mismos estándares, como los oficiales que se desarrollan en los poderes legislativos y ejecutivo. No puede haber especies de leyes de igual rango, y todas las áreas gubernamentales deben obligarse en virtud del estatus superior del orden legal.

Las personas que niegan la lógica de la supremacía de la Constitución, a veces consideran, que si el desarrollo judicial de esas áreas de la ley, que son concernientes a las personas y negocios privados, tendría que estar a la altura del

---

<sup>241</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law ...*, cit., pp. 161 a 164.

principio de proporcionalidad, porque ningún espacio de libertad individual y libertad estaría seguro de la intervención del Estado.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad, está calculado en una forma que lo hace extremadamente sensible a los espacios personales y valores que más les importan a las personas. El derecho a discriminar en como uno trata a su propiedad, por ejemplo, es más fuerte cuando concierne a lugares y objetos que son más privados y personales, y más débil cuando está en juego lo que es generalmente accesible al público en general.

Los contratos celebrados en relación a las propiedades son bien proporcionados, reconocen los derechos de las personas a rechazar a celebrar un contrato de arrendamiento respecto de un cuarto a alguien de una raza diferente, religión u orientación sexual, si está situada dentro de su casa, pero no si está a lo largo de un complejo departamental.

Las características más íntimas y privadas de la vida de una persona están en mayor riesgo cuando la ley establece las reglas de cuándo debe estar y cuando no es sujeto del principio de proporcionalidad, es decir que esos aspectos puedan ser limitados y regulados por el Estado.

Los jueces, en su mayoría, han analizado la relación entre la legislación constitucional y privada, han comprendido que el principio de proporcionalidad es una parte esencial de todos los textos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos. También consideran que la importancia del principio, la proporcionalidad debe ser definida al nivel de la generalidad que abarcará y disciplinará toda la ley.<sup>242</sup>

### **3.2.3.3 Perspectiva de la Proporcionalidad**

Incluso con sus imperfecciones, para David Beatty, la jurisprudencia no deja dudas de la neutralidad de la derivación y definición de la proporcionalidad. La proporcionalidad ofrece a los juzgadores un test claro y objetivo para distinguir la

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, pp. 165 a 166.

acción coercitiva del Estado, estableciendo que está legitimado y que no. cuando se apega a los hechos, las simpatías personales de los juzgadores hacia las partes nunca entran en juego.

En ocasiones los jueces tienen desaciertos en su deber de aplicar las reglas de la legislación constitucional neutralmente cuando basan su decisión en sus propias opiniones personales sobre los valores en competencia o en juego. Esto identifica una perspectiva desde la cual los jueces pueden ver cada caso imparcialmente. Como escalas de justicia, los jueces no tienen voz sobre el valor de lo que se pone a cada lado de la balanza.

Los jueces, para mantener su neutralidad deben respetar el hecho de que las sociedades pueden y valoran los derechos de manera muy diferente.

La neutralidad con que deben ser aplicadas las reglas y principios de la legislación constitucional es más que solo un mandato negativo contra su aplicación selectiva e inconsistente. Lo que no significa simplemente no tomar partido. La neutralidad también implica reconocer qué es justo, que es en proporción adecuada, en cada caso es particular para cada comunidad.

Cuando todos los intereses relevantes son medidos con el principio de proporcionalidad, los resultados son correctos. Aplicados imparcialmente, la proporcionalidad es el principio formal que es capaz de ser utilizado en cualquier parte del mundo, es apropiadamente multicultural. Incluso respeta todos los derechos para definir su carácter colectivo por sí mismo.<sup>243</sup>

#### **3.2.3.4 La lógica de la proporcionalidad**

Al probar la legitimación de las leyes a través del prisma de la proporcionalidad, David Beatty sostiene que se puede establecer un marco de análisis, alrededor del cual se puede crear una muy poderosa teoría del control judicial. La proporcionalidad, imparcialmente aplicada, permite disputar sobre los límites de la legislación legítima, para resolver sobre la base de la razón y

---

<sup>243</sup> *Ibidem*, pp. 167 a 168.

argumentos racionales. Lo hace posible para comparar y evaluar intereses e ideas, valores y hechos, que son radicalmente diferentes en la manera que son racionales y justos. Lo que provee una métrica alrededor de lo cual cosas diferentes como longitud y peso pueden ser comparados.

En cualquier caso, la proporcionalidad vuelve al proceso de control judicial en un ejercicio sencillo de razonamiento lógico o silogístico. Una Corte comienza con la premisa mayor que establece que toda ley debe ser proporcional para ser constitucional. La premisa menor es su decisión de que una ley o acto de gobierno en particular es proporcional o no, la conclusión que sigue, es que en el primer caso la ley es inconstitucional, pero en el segundo no.

En este modelo de control judicial no hay necesidad que los juzgadores confíen en la historia o semántica o filosofía, para determinar si ha actuado en una forma que respete la Constitución.

Con esta percepción, Beatty considera que en particular cada acto de gobierno, la proporcionalidad transforma cuestiones que en la filosofía moral son cuestiones de valor en cuestiones de hecho. En una zona intermedia entre hechos y normas. Al decidir si una ley es constitucional o no, todo gira en torno a los hechos.

Algunas formas de discriminación son toleradas. Se pueden tolerar algunas formas de discriminación en el hogar que podrían no ser practicadas en la calle. Los recursos que cada persona puede reclamar legítimamente del Estado varían directamente con la riqueza de las comunidades y la cantidad de personas que lo necesitan.

Si los derechos de alguien han sido violados por la ley no se calcula mediante algún cálculo matemático utilitario. No se adiciona y sustrae las preferencias de la gente. Cuando los derechos son factores dentro de un análisis organizado alrededor del principio de proporcionalidad, no tienen fuerza especial como triunfo. Solo son florecimiento retórico.

En este sentido la proporcionalidad al negarse a otorgar derechos o números a cualquier estado especial, puede reclamar una objetividad e integridad que ningún otro modelo de control judicial puede resolver. Evita la subjetividad e indeterminación que tiene la interpretación y los cálculos de costo/beneficio. Convirtiendo los conflictos de los intereses más importantes de las personas e ideas en cuestiones de hechos, más que cuestiones de interpretación o cuestiones de principios morales.<sup>244</sup>

### **3.2.3.5 La justificación de la proporcionalidad**

De todas las teorías que ofrecen justificaciones para procesos de control judicial, David Beatty considera que el modelo de proporcionalidad es incuestionablemente el más compatible con la práctica actual.

La proporcionalidad es la mejor teoría de la revisión judicial que sus teorías rivales de interpretación, es así porque no requiere que los jueces dominen los métodos de análisis, como la investigación de archivos o la filosofía moral, ajena a la ley. Las teorías rivales como la originalista y lecturas morales de la Constitución, encaran serias contradicciones prácticas. Ambas insisten en que los jueces dominen las disciplinas y las formas de pensar en las que no tienen un conocimiento especial de experiencia.

La cuestión de que la proporcionalidad se considere como un principio neutral no significa que no tenga valor. La proporcionalidad establece una métrica para resolver conflictos entre las mayorías y las minorías, por lo que se hace justicia a ambos. Ello integra la ley y la política, en una manera que maximiza la autoridad de cada uno. Lo cual formula el principio de separación de poderes, entre el poder judicial y los poderes electos las ramas gubernamentales electas (ejecutivo y legislativo), para que los tres poderes trabajen cooperativamente para facilitar a cada comunidad la justicia como sea posible. Porque es capaz de evaluar la intensidad de las preferencias subjetivas de las personas objetivamente, lo que puede garantizar una mayor libertad y equidad que cualquier teoría rival.

---

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 169 a 171.

Las Cortes vigilan y protegen a los derechos humanos e insisten que están investidos con poderes del Estado respecto del principio de proporcionalidad en ejercicio de sus funciones. Ninguna de las otras teorías principales ofrece algo como la protección que los jueces pueden otorgar contra la arbitrariedad y los actos injustos del gobierno, con el principio de proporcionalidad.<sup>245</sup>

El principio de proporcionalidad, obtiene lo mejor posible del concepto legal de los derechos. La concepción de que los derechos están basados en un principio universal de justicia distributiva asegura que las arbitrariedades y actos discriminatorios del gobierno se mantengan al mínimo.

En muchos casos, la superioridad de la proporcionalidad en la protección de los derechos humanos básicos, será vista como un gran logro. Para otros, su estricta restricción, no será considerada como lo mejor.

Frecuentemente se considera que los derechos interfieren en la autodeterminación de las personas para adecuar sus comportamientos, en las colectividades en las cuales han vivido; sin embargo, no es así porque, la jurisprudencia comparativa ha demostrado lo contrario con la proporcionalidad. Esta podría ser la más relevante característica de un modelo de control judicial que está estructurado alrededor de este principio, porque es capaz de hacer mucho para asegurar que el gobierno respete los derechos de terceros, sin limitar seriamente las elecciones que las personas pueden hacer del tipo de sociedades que quieren crear. La proporcionalidad provee una medida en la cual los derechos, la democracia, el derecho y la política pueden hacerlo mejor.

Por otra parte, resulta aplicable la equidad formal para cada persona y cada autonomía personal, lo que significa que los derechos de cada uno son los mismos. Los Estados tienen el mismo principio para cada persona que es sujeta a sus reglas. Excepto por la restricción de la proporcionalidad, que deja enteramente a las personas para decidir qué proyecto será la prioridad.

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, pp. 172 a 174.

La defensa de la proporcionalidad en la separación de poderes es notable, ya que por una parte el poder judicial y los poderes de elección popular, hacen a estos últimos responsables de las decisiones que expresan los valores morales de las personas.<sup>246</sup>

La estructura y los propósitos fundan a la proporcionalidad, no la jurisprudencia. La lección de los casos es que la proporcionalidad es constitutiva, inmutable parte de cualquier Constitución. La proporcionalidad tiene prioridad sobre otras teorías porque es capaz de reconciliar la democracia y los derechos, de manera que optimiza cada uno. La proporcionalidad sola tiene la capacidad de asegurar que las constituciones son lo mejor que posiblemente pueden llegar a ser. Ninguna de las otras teorías se acerca.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> Al respecto de la separación de poderes Laurence Tribe y Joshua Matz señalan que: "Madison, one of the most brilliant farmers, nonetheless doubted that rights alone would control political majorities. In a letter to Thomas Jefferson, he argued that "experience proves the inefficacy of a bill of rights on those occasions when its control is most needed. Repeated violations of these parchment barriers have been committed by overbearing majorities in every State.

That is where the Constitution's structural provisions those that define the separation of powers and federalism, become vital to any account of liberty. As Madison recognized, the rules that establish the government also define its ability and incentives to ride roughshod over individual freedom. The diffusion of power within and across levels of government is one of the Constitution's most ingenious designs. Even as the Constitution creates and empowers a national government, it also establishes safeguards designed to prevent that power from getting out of hand. Some of those fails-safes take the form of rights, while others take the form of structural limits on where and how and by whom power can be exercised. With this political architecture in mind, Hamilton once remarked that "The Constitution is in itself, in every rational sense, and to every useful purpose, a bill of rights." Lo que se entiende como: "Madison, uno de los agricultores más brillantes, sin embargo dudaba que los derechos por sí solos controlaran las mayorías políticas. En una carta a Thomas Jefferson, argumentó que "la experiencia demuestra la ineficacia de una declaración de derechos en aquellas ocasiones en que su control es más necesario. Las violaciones reiteradas de estas barreras del papel han sido cometidas por mayorías dominantes en todos los Estados.

Ahí es donde las disposiciones estructurales de la Constitución, aquellas que definen la separación de poderes y el federalismo, se vuelven vitales para cualquier versión de la libertad. Como Madison reconoció, las reglas que establecen el gobierno también definen su capacidad e incentivos para evitar la libertad individual. La difusión del poder dentro y entre los niveles de gobierno es uno de los diseños más ingeniosos de la Constitución. Aun cuando la Constitución crea y faculta a un gobierno nacional, también establece salvaguardas diseñadas para evitar que ese poder se salga de control. Algunas de esas cajas fuertes toman la forma de derechos, mientras que otras toman la forma de límites estructurales sobre dónde y cómo y quién puede ejercer el poder. Con esta arquitectura política en mente, Hamilton comentó una vez que "la Constitución es en sí misma, en todos los sentidos racionales y para cada propósito útil, una declaración de derechos". Tribe, Laurence, y Matz, Joshua, *Uncertain Justice*, USA, Picador. 2015, pp. 75 a 76.

<sup>247</sup> Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law ...*, cit., pp. 175 a 176.



### 3.3 Legitimidad de las limitaciones a los Derechos Fundamentales

Bastante se ha hecho referencia a la relatividad de dichos derechos, así como a su limitación la cual resulta necesaria, además de legítima, toda vez que se justifica en la necesidad de armonizar las demandas sociales, y analizar bajo el principio de igualdad si las cargas están repartidas de manera equitativa, a través de una norma legal que sea adecuada, que represente una medida efectiva y eficaz, para alcanzar un fin, con efectos de inclusión y evitar una vulneración del principio de igualdad y no discriminación, y que los medios utilizados por el legislador alcancen sus objetivos, para Luigi Ferrajoli, dicha medida es legítima al señalar que:

“En efecto, la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales.”<sup>248</sup>

El mismo autor considera que deben existir límites sustanciales (de fondo), pues sin límites, no es posible que se supriman los derechos de libertad, los derechos sociales y políticos, y con ello la inexistencia de una democracia política, por lo que es necesaria la existencia de un límite de la democracia, o limitación *ex ante*;<sup>249</sup> Víctor Abramovich y Christian Curtis, la ilegitimidad, deviene con una regresión, debiendo justificar dicha restricción, al establecer que:

---

<sup>248</sup> Ferrajoli, Luigi, et al. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Madrid, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 77.

<sup>249</sup> En este punto Barak, Aharon, “A RESEARCH AGENDA FOR THE FUTURE” en Vicki C. Jackson y Mark Tushnet (ed.), *Proportionality New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, U.S.A., 2017, p. 322. “¿deben cumplirse los componentes de la proporcionalidad en el momento de la promulgación del precepto que limita un derecho constitucional *ex ante*?”, la respuesta sería afirmativa, pues es necesario tomar una medida apta para alcanzar un determinado fin, los medios usados por el legislador deben ser adecuados para alcanzar el fin perseguido y así la Suprema Corte de Justicia los analice cuando existan derechos sustantivos en colisión.

“... de acuerdo con nuestro criterio, la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano una *presunción de ilegitimidad* de la medida, y conduce a la necesidad de realidad de un *escrutinio* estricto o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida y el propósito de la norma quedando *a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad*. En caso de duda, habrá de estarse contra la validez de la norma regresiva.”<sup>250</sup>

Así, la limitación implica un efecto discriminatorio, que conlleva a una ilegitimidad dos efectos discriminatorios, es necesario un análisis más estricto, lo cual se puede advertir en la siguiente jurisprudencia que determina:

“ESCRUTINIO DE IGUALDAD Y ANÁLISIS CONSTITUCIONAL ORIENTADO A DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RELACIÓN.

Los criterios de análisis constitucional ante alegaciones que denuncian limitaciones excesivas a los derechos fundamentales tienen mucho de común a los que se usan para evaluar eventuales infracciones al principio de igualdad, lo cual se explica porque legislar implica necesariamente clasificar y distinguir casos y porque en cualquier medida legal clasificatoria opera una afectación de expectativas o derechos, siendo entonces natural que los dos tipos de examen de constitucionalidad se sobrepongan parcialmente. Sin embargo, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ve llamada a actuar como garante del principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos

---

<sup>250</sup> Abramovich, Victor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2004, p. 111.

Mexicanos, ello la obliga a examinar rasgos adicionales a los que considera cuando contempla la cuestión desde la perspectiva de los derechos sustantivos involucrados. Así, aunque el Alto Tribunal haya concluido que una determinada regulación limitadora de derechos no es excesiva sino legítima, necesaria y proporcional, justificada por la necesidad de armonizar las exigencias normativas derivadas del derecho en cuestión con otras también relevantes en el caso, todavía puede ser necesario analizar, bajo el principio de igualdad, si las cargas que esa limitación de derechos representa están repartidas utilizando criterios clasificatorios legítimos. Esto es, aunque una norma legal sea adecuada en el sentido de representar una medida globalmente apta para tratar de alcanzar un determinado fin, puede tener defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Incluso, en algunas ocasiones, por el tipo de criterio usado por la norma legal examinada (origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas) o por la extensión e intensidad de la incidencia en el goce de un derecho fundamental, será necesario examinar con especial cuidado si los medios (distinciones) usados por el legislador son adecuados a la luz del fin perseguido.”<sup>251</sup>

Incluso las limitaciones han sido consideradas en la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver que los Derechos Humanos contenidos en la Constitución serán limitados cuando la

---

<sup>251</sup> Época: Novena Época, Registro: 1001514, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Apéndice 1917-Septiembre 2011, Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Primera Sección - Igualdad y no discriminación, Materia(s): Constitucional, Tesis: 5, Página: 817.

Constitución haya una restricción expresa, con lo que el Estado está obligado a justificar dicha limitación y a realizar un análisis adicional a la luz de la razonabilidad y legitimidad.

### **3.4 La interpretación de los Derechos Fundamentales**

Para Riccardo Guastini, interpretar "...significa elaborar suposiciones en torno a los objetivos, a las razones o a las intenciones del sujeto agente; otras veces significa adscribir un sentido o un valor a la acción considerada. En particular, en el ámbito del discurso jurídico..."<sup>252</sup> Ciertamente, la interpretación es inevitable para los seres humanos ya que se da en diversos aspectos de la vida diaria, desde un simple comentario, una nota musical, un texto informal hasta una fórmula matemática o física. En el derecho debido a la generalidad de las normas la interpretación es constantemente recurrida, Carlos Burgoa resalta tres tipos de interpretación en el fenómeno jurídico:

“Interpretación restrictiva. Es herencia de la ‘judicial restraint’, la cual pugna por una actuación de las autoridades y juzgadores exclusivamente dentro de lo escrito por la ley, dando como consecuencia a futuro una aplicación formal pues se restringe la actividad –formal o materialmente- jurisdiccional. Esta favorece la interpretación literal, originalista o conservadora de la ley, lo que supone una actividad lógica con la inercia. Es utilizada como técnica interpretativa para prever antinomias.

Interpretación extensiva. Es de herencia ‘judicial activism’ lo que denota una actividad pragmática de las autoridades y juzgadores en donde se busca el mejor resultado para la sociedad, la cual dará a futuro una aplicación sustancial, ‘pues se inspira ya sea en el valor de la congruencia del derecho con la <conciencia social>. Favorece la interpretación evolutiva o adecuadora y sirve para prever lagunas y en tal sentido implica la existencia de una sola

---

<sup>252</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación Jurídica*, México, PORRÚA-UNAM, 2014, p. 2 a 3.

regla cuyo contenido pueda ampliarse a otros casos no regulados por la ley.

Interpretación análoga. Como sub-clase del activismo judicial, implica aquella forma de concebir el significado de la ley de tal manera que a futuro se aplique como ‘espejo’ a otros casos no regulados por la ley. Implica una actividad axiológica y está vetada para los elementos esenciales de la materia fiscal.”<sup>253</sup>

El progreso interpretativo de los principios y derechos podrá advertirse en la eficacia y no en la descripción e introducción de disposiciones novedosas dentro de un ordenamiento jurídico, será eficaz cuando sea tangible la “correlatividad”<sup>254</sup> entre derechos y garantías, cuando la acumulación de preceptos sean desarrollados en su interpretación para acercar a la sociedad a un estado de armonía y protección; en donde el pensamiento orientador para la mejora de la vida en comunidad sea la aspiración a un orden jurídico más allá de un sentido individual, forjando instituciones que sean correlativas entre los derechos y sus respectivas garantías por lo que implica una actividad del Estado a fin de poder ejercitarlos.

Para Mattias Kumm, hay niveles de especificación de los derechos humanos, y en el caso que nos ocupa de derechos constitucionales, el nivel de abstracción de los derechos determinará su longitud, sin embargo no hay una correlación entre el alto nivel de protección de un derecho y el nivel de especificación con el cual fue codificado o legislado, una de las razones por una mayor especificidad de los derechos humanos, puede ser el deseo de los legisladores de que sea un instrumento que pueda servir a otros intérpretes, en

---

<sup>253</sup> Cfr. Burgoa, Toledo Carlos Alberto. *La Interpretación de las Disposiciones Fiscales*, Dofiscal, México, 2011, p. 58.

<sup>254</sup> LYONS, David, *Fourth Symposium The Correlativity of Rights and Duties*. [fecha de consulta: 09 de agosto de 2015]. Disponible en: [https://books.google.com.mx/books?id=Pp41YVG3IMEC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=LYONS,+David,+Fourth+Symposium+The+Correlativity+of+Rights+and+Duties.&source=bl&ots=a7XcmUrp7a&sig=68ZEzx\\_nh9mbEMYWnBih0qkCMIQ&hl=es&sa=X&ved=0CCYQ6AEwAWoVChMlgOy4u8y4yAIVws6ACh2OKg3n#v=onepage&q=LYONS%2C%20David%2C%20Fourth%20Symposium%20The%20Correlativity%20of%20Rights%20and%20Duties.&f=false](https://books.google.com.mx/books?id=Pp41YVG3IMEC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=LYONS,+David,+Fourth+Symposium+The+Correlativity+of+Rights+and+Duties.&source=bl&ots=a7XcmUrp7a&sig=68ZEzx_nh9mbEMYWnBih0qkCMIQ&hl=es&sa=X&ved=0CCYQ6AEwAWoVChMlgOy4u8y4yAIVws6ACh2OKg3n#v=onepage&q=LYONS%2C%20David%2C%20Fourth%20Symposium%20The%20Correlativity%20of%20Rights%20and%20Duties.&f=false)

particular al poder judicial, que invoquen reglas más concretas en forma de garantías de lo equivalente a un derecho e imposibilite una interpretación más ambiciosa que el derecho más abstracto. Así, la longitud de la lista de estos derechos, dependerá del nivel de abstracción, y de diversos factores como el histórico y político, por que dependerá de la percepción de la mayoría democrática.<sup>255</sup>

En el esquema de protección de los derechos humanos que se ha planteado a partir de 2011, el Estado Mexicano se ha visto más involucrado tanto en la interpretación de las normas como en las diversas reformas a las leyes. Se han emitido protocolos para la interpretación de los derechos y los tratados internacionales se han tratado de observar al igual que las resoluciones de autoridades jurisdiccionales internacionales,<sup>256</sup> lo anterior con el fin de garantizar una ininterrumpida correlatividad entre las obligaciones del Estado y los derechos constitucionales.

A propósito, cabe decir que esa interpretación servirá para identificar primeramente el contenido de un derecho así como su alcance es decir, los

---

<sup>255</sup> Kumm, Mattias, Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Tree Puzzles and Their Resolution” en Vicki C. Jackson y Mark Tushnet (ed.), *Proportionality New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, U.S.A., 2017, p. 66 al 69.

<sup>256</sup> Richard A. Posner tiene una posición interesante respecto a invocar resoluciones de tribunales internacionales al expresar que “The decisive objection to citing foreign decisions as authority is the undemocratic character of the practice. Even decisions rendered by judges in democratic countries, or by judges from those countries who sit international courts, are outside the U.S. democratic orbit. This point is obscured because we think of our courts as “undemocratic” institutions. That is imprecise. Not only are most state judges elected, but federal judges are appointed and confirmed by elected officials, the President and the members of the senate. So even our federal judges have a certain democratic legitimacy. The judges of foreign countries, however democratic those countries may be, have no democratic legitimacy in the United States. The votes of foreign electorates are not events in our democracy.” Lo que se puede interpretar como: “La objeción decisiva para citar decisiones extranjeras como autoridad es el carácter antidemocrático de la práctica. Incluso las decisiones emitidas por jueces en países democráticos, o por jueces de aquellos países que se sientan en tribunales internacionales, están fuera de la órbita democrática de EE. UU. Este punto está oculto porque pensamos en nuestros tribunales como instituciones “no democráticas”. Eso es impreciso. No solo son elegidos la mayoría de los jueces estatales, sino que los jueces federales son nombrados y confirmados por funcionarios electos, el Presidente y los miembros del Senado. Entonces, incluso nuestros jueces federales tienen cierta legitimidad democrática. Los jueces de países extranjeros, por democráticos que sean esos países, no tienen legitimidad democrática en los Estados Unidos. Los votos de los electorados extranjeros no son eventos en nuestra democracia.” Posner, Richard A., *How Judges Think*, England, Harvard University Press, 2018, p. 353.

derechos no son absolutos y es por ello que los juzgadores están habilitados para en caso de presentarse alguna problemática estudiar el derecho en especial y determinar cuál es su alcance,<sup>257</sup> el que se traduce como un “hasta dónde alcanza mi derecho y hasta dónde no choca con el de otros.” Asimismo, los juzgadores deberán identificar que le es correlativo a ese derecho, por ejemplo, si se trata de un derecho de no lesión su respectiva garantía es la omisión de una conducta. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite una tesis aislada que se lee:

“CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA.

Los derechos fundamentales, siendo en su definición más básica pretensiones jurídicas destinadas a establecer los límites que los representantes de los ciudadanos no pueden traspasar en el desarrollo de sus responsabilidades normativas, no son en sí mismos ilimitados. En efecto, su estructura normativa típica no es la propia de las reglas -normas jurídicas con condiciones de aplicación razonablemente detalladas y determinadas, que se aplican mediante razonamientos subsuntivos- sino la que caracteriza a los principios, que son imperativos jurídicos con condiciones de aplicación definidas de modo muy abierto, lo cual los destina naturalmente a entrar en interacción, en los casos concretos, con otras normas con contenidos jurídicos que apuntan en direcciones no idénticas. Es por eso que suele decirse que los derechos fundamentales operan en el razonamiento jurídico como mandatos de optimización, porque su protección y reconocimiento

---

<sup>257</sup> En el caso de la Comunidad Europea se habilita a los Tribunales de la siguiente forma “Comenzando por la base sobre la que sustentar la primacía del Derecho comunitario sobre el interno, conviene puntualizar que los Tribunales Constitucionales o Supremos nacionales suelen recurrir a las cláusulas constitucionales de habilitación en favor de las Comunidades/Unión para amparar la intervención de los jueces nacionales a los efectos de hacer efectiva la referida primacía.” Alonso García, Ricardo, *El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional*, en Cantabria, Marta (ed.) et al, *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, España, Tirant to Blanch, 2018, p. 646.

en los textos constitucionales presuponen naturalmente que sus exigencias normativas entrarán en conflicto con otras en los casos concretos, supuesto en el que será necesario desarrollar un ejercicio de ponderación para articular el resultado de su aplicación conjunta en esos casos. Así, en las democracias constitucionales actuales la resolución jurídica de los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado.”<sup>258</sup>

Los derechos fundamentales contienen modalidades y expectativas deónticas, por lo que, demandan un cumulo de obligaciones (hacer), pero también

---

<sup>258</sup> Novena Época, Registro 161368, Pleno, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Constitucional, Tesis: P. XII/2011, p. 23.



de prohibiciones (abstenerse), así como de una serie de permisos (a hacer y no hacer) para alcanzar un nivel óptimo de eficacia. Por tanto, en este apartado se analizarán a los derechos fundamentales desde una dimensión formal y una dimensión sustancial, para así advertir la interpretación que de ellos se hace, así su interpretación inmediata y actual puede apreciarse mediante la siguiente jurisprudencia:

“DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),\* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.”<sup>259</sup>

En efecto, la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), citada por el anterior criterio fue la primera en establecer las directrices importantes en relación al

---

<sup>259</sup> Décima Época, Registro: 2008935, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, publicada el viernes 24 de abril de 2015, Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.).

principio pro persona, básicamente en los mismos términos, la cual consideró lo siguiente:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual

evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”<sup>260</sup>

La Contradicción de Tesis 293/2011,<sup>261</sup> que dio origen a la anterior jurisprudencia, realizó precisiones importantes en relación a la jerarquía de leyes, destacando que el sistema anterior resulta insuficiente, dando como resultado un nuevo modelo constitucional, a partir del cual, según el artículo 1º Constitucional se compone por “normas de derechos humanos”, los cuales pueden provenir de la Constitución o un tratado internacional ratificado por el Estado Mexicano, pues lo relevante es que, lejos de considerar una cuestión de jerarquía normativa, es que los tratados internacionales que contemplan derechos humanos ya forman parte del ordenamiento jurídico nacional, pues el referido artículo enfatiza su integración a la Constitución, de ahí que no se relacionan entre sí en términos jerárquicos.

---

<sup>260</sup> Décima Época, Registro: 2006224, Pleno, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Página: 202.

<sup>261</sup> Sentencia en versión Pública de la Contradicción de Tesis 293/2011, sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretarios auxiliares: Arturo Guerrero Zazueta y Santiago José Vázquez Camacho. Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión del 03 de septiembre de 2013, la cual también dio origen al siguiente criterio: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.” Dicha jurisprudencia corresponde a la Décima Época, Registro: 2006225, Pleno, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Página: 204.

La contradicción precitada consideró relevante realizar la interpretación de los derechos humanos bajo las siguientes directrices:

- 1) Interpretaciones propias buscando el efecto útil de la reforma;
- 2) Optimizar y potencializar las reformas y
- 3) Buscar la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas.

Lo anterior a partir de dos fuentes:

- a) La Constitución o
- b) Los tratados internacionales

Lo que integra el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano derivado del artículo 1º. Constitucional, cuya finalidad es la de permitir que todas las personas tengan el derecho de desarrollarse plenamente.

### **3.5 Interpretación del Propósito de los Derechos Fundamentales**

Aharon Barak<sup>262</sup> considera que los sistemas de interpretación son un conjunto de principios, reglas, presunciones que norman la interpretación y guían esa actividad para elegir el mejor significado disponible de una disposición.

Dentro de su sistema de interpretación considera que hay limitaciones, texto, lenguaje y racionalidad, fuera de los cuales debe descartarse, puede haber inferencias (estructura, organización y relación entre diversas disposiciones).

La racionalidad a través de las reglas y los principios presupondrá que no se tome una actitud arbitraria, y la decisión sea legítima, objetiva y con independencia judicial, pues de lo contrario serían actos arbitrarios, este tipo de interpretación se rige por un sistema de reglas que garantizan una cierta racionalidad y la legítima asegurando su objetividad e independencia judicial; adopta el concepto de H.L.A. Hart, considera que el sistema de interpretación son reglas secundarias de aplicación de otras reglas.

---

<sup>262</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, London, U.S.A., Princeton and Oxford, 2005, pp. 88 a 90.

La función de los jueces está en interpretar las leyes que fueron creadas por quienes están autorizados para ello (si está en la Constitución, esa es la frontera), fuera de ello hay reglas con otra justificación, como la integración, solución de antinomias, corrección de errores, evitar absurdos o por el fin.

La interpretación debe realizarse a la luz de la Constitución y que dicha interpretación sea institucional, es decir de supuestos existentes en la Constitución y no de manera subjetiva.

Con lo que se puede advertir que el propósito de la interpretación de los derechos fundamentales, puede realizarse a través del “*Purposive Interpretation*” de Aharon Barak, adecuarlo al sistema de interpretación cuyo objetivo es la finalidad de la norma, es decir el bien común, de acuerdo con el texto constitucional, la finalidad le da sentido a la forma. Este sistema está diseñado para encontrar el sentido de la norma, a través de sus posibles significados, entre los cuales está la finalidad de la misma.

Este sistema tiene las características esenciales, semántico, finalista y discrecional, las cuales son aplicables a todo tipo de textos jurídicos, pues es universal, si se interpreta un texto jurídico, es posible poder interpretarlos todos.

### SIGNIFICADO SEMÁNTICO

El significado semántico está limitado por el lenguaje, pero debe ser razonable y lógico, el núcleo de este sistema es la finalidad, se elige un significado dentro de los posibles significados con el objeto de que cumpla la función para la cual fue creado; se basa en la intención del autor (legislador).

Este sistema contempla dos tipos de finalidades:

#### PROPÓSITO OBJETIVO:

El juzgador debe considerar valores fundamentales, para garantizar encontrar la finalidad objetiva, debe allegarse del texto jurídico, trasfondo social, histórico, precedentes judiciales, derecho comparado, los valores no deben ser del

juez, deben ser los que garantice el sistema jurídico, los usos y costumbres (el ethos) van a determinar la finalidad.

How do judges arrive at basic values? Judges may certainly not impose on society their own subjective perspectives about the basic values. Judicial rulings should reflect not judges' own values but rather those they believe are warranted by the nature of their legal system and the ethos that characterizes it. "The question is not what the judge wants, but what the society needs." As Cardoso writes.<sup>263</sup>

El juzgador no debe imponer su propia concepción de la realidad o idiosincrasia de conducta o creencia, debe aceptar los usos y costumbres de la comunidad, sus valores desde sus puntos de vista más básicos y sus posiciones en el momento de la interpretación.

#### PROPÓSITO SUBJETIVO.

Es la intención del autor, sus metas, intereses y valores, para obtenerla se acude al texto por que la intención deriva del lenguaje natural la intención no está fuera de los límites del texto, la discreción judicial es casi nula cuando el sentido semántico del texto (caso fácil) podrá ponderar finalidades en los casos medios y en los difíciles será libre.

#### DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Debe estar restringida por dos límites, procesales y sustantivos,

- a) Limitación Procesal: imparcial, debe motivar y ser objetivo.
- b) Limitación Sustantiva: racional, consistente y coherente.

---

<sup>263</sup> Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law ...*, cit., p. 165. Lo que se traduce como: "¿Cómo llegan los jueces a los valores básicos? Ciertamente, los jueces no pueden imponer a la sociedad sus propias perspectivas subjetivas sobre los valores básicos. Las decisiones judiciales no deben reflejar los propios valores de los jueces, sino aquellos que creen que están garantizados por la naturaleza de su sistema legal y el espíritu que lo caracteriza. "La pregunta no es qué quiere el juez, sino qué necesita la sociedad". Como escribe Cardoso".

Para evaluar el sistema es necesario contar con las siguientes perspectivas:

- a) Condición de eficacia: extracción del significado dentro del rango de significados.
- b) Condición de finalidad: asignar al texto el mejor sentido que mejor realice la finalidad del derecho que alcance el objetivo social.

Este sistema tiene cuatro justificaciones:

- 1) Social: la finalidad es el bien común
- 2) Teórica: busca la finalidad con los teóricos.
- 3) Hermenéutica: la interpretación se hace en una comunidad que restringe la interpretación creando un puente entre el pasado y el presente.
- 4) Constitucional: el papel del Juez en la democracia<sup>264</sup> es proteger a los valores constitucionales, la separación de poderes, la seguridad jurídica, el Estado de Derecho (rule of law).

Tanto el sentido, como las finalidades de los derechos fundamentales es la expresión de un sistema de valores de una sociedad que condensa la voluntad de político-jurídica del orden estatal; misma que es válida ya que se concentra dentro del principal documento jurídico de un país.

### **3.6 Interpretación textual de los Derechos Fundamentales**

Antonin Scalia<sup>265</sup> es uno de los principales exponentes de este sistema, pretende dar el justo significado, dejando de lado el propósito o la intención de la legislatura, evita los juicios ideológicos y se busca separar la ley de la política, al

---

<sup>264</sup> Es el puente entre el derecho y las necesidades de la sociedad, debe defender la Constitución para preservar la democracia.

<sup>265</sup> Cfr. Scalia, Antonin & Bryan A. Garner, *Reading Law, The interpretation of legal texts*, U.S.A., Thomson West, 2012.

igual que en el apartado anterior podremos advertir si este sistema de interpretación resulta útil en la interpretación de los derechos humanos.

La interpretación textual de Scalia instruye a los jueces a dar el justo significado a los textos democráticamente prescritos, evitando que se conduzcan por sus preferencias personales; y puedan resolver una amplia gama de casos y como un instrumento de cambio legal o defender el status quo.

El objetivo de este tipo de interpretación es la estabilidad en la actividad interpretativa y así tanto los legisladores, litigantes, abogados y jueces de tribunales inferiores conozcan qué argumentos pueden utilizar y así predecir los resultados, sin embargo la cuestión es que los jueces siguen líneas ideológicas, por lo que deberían adoptar un enfoque ecléctico.

Para Scalia, la interpretación textual debe excluir otras fuentes tradicionales de significados, especialmente de la intención de la legislatura, su objetivo o propósito, la interpretación debe realizarse desde el texto con exclusión de otras fuentes tradicionales de significado de intención legislativa.

Reconoce que a menudo los textos son vagos o ambiguos, por lo que debe interpretarse el justo significado a través de los 60 principios de interpretación o cánones que ha propuesto, este sistema no presume que el significado sea evidente, el contexto es la clave, el propósito está incluido en el mismo texto, sin tomar en consideración la historia legislativa o la intención del legislador.

La interpretación textual de Scalia, instruye a los jueces a buscar el significado legal en el núcleo semántico del texto promulgado, para determinar si el resultado debe ser amplio o estrecho, dependiendo de la estructura textual podrá advertirse si debe ser una interpretación expansiva o restrictiva; El sistema textual dará a la ley un mayor alcance que el sistema de propósito de la ley, siempre que el texto de la ley sea más amplio que el propósito.



### 3.6.1 Indeterminación metodológica en la interpretación textual de los Derechos Fundamentales

La interpretación textual restringe el alcance en la regulación estatal, la interpretación comienza con el texto de la norma y en muchos casos debe terminar ahí, la historia legislativa no siempre es clara para llegar a una conclusión, no hay certeza de que las metodologías de interpretación den un resultado definitivo.<sup>266</sup>

Sin embargo se estima que la dirección ideológica de las decisiones de los jueces es independiente si toman en consideración la historia legislativa, Scalia considera que el sistema de interpretación textual es un método que busca un objetivo, aun cuando la percepción en la interpretación difieran de juez a juez, el peor escenario en este sistema sería que el juez deba tomar la decisión para saber qué principio (canon) debe aplicar como guía para desentrañar el significado textual.

Considera que la metodología interpretativa como un estilo judicial, un método ecléctico que permitirá al juez elegir entre las herramientas que mejor sirvan al caso.

Una posición interesante es la de Gustavo Zagrebelsky al señalar el resultado del pluralismo metodológico que al caso nos ocupa por la indeterminación metodológica de los derechos fundamentales, al considerar lo siguiente:

---

<sup>266</sup> “Toda norma vigente es indeterminada, en el sentido de que no se sabe exactamente qué casos entran en su campo de aplicación. Esto depende de la ineludible vaguedad de los predicados en todo lenguaje natural.

Se llaman <<predicados>> todos los términos que denotan no un individuo (<<el señor X>>, <<el acusado>>, <<el Tribunal constitucional>>, etc.), sino una clase (como <<contrato>>, <<tratado>>, <<empresa>>, <<asociación>>, <<tribunal>, etc.).”

“La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes –que no se resuelve con la interpretación en abstracto- hace que el intérprete, frente a un caso <<marginal>>m, es decir, a un caso que se queda en los márgenes de la <<textura>> -en el <<área de la penumbra>> como se suele decir- pueda decidir discrecionalmente si el caso en examen debe o no debe ser incluido en el campo de aplicación de la norma en cuestión”. Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar...*, cit., pp. 68, 71.

El pluralismo metodológico está tan arraigado en las exigencias del derecho actual que ninguna controversia sobre los métodos ha logrado jamás terminar imponiendo uno de ellos en detrimento de los demás y, al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista. Por ello, quien se esfuerza en imponer un método obtiene el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa y, «de este modo, se tiene la impresión de que los esfuerzos teóricos sobre los métodos... tienen algo de don quijotesco».

Esta tendencia estructural a la multiplicidad de métodos y de las concepciones sustantivas del derecho que subyacen a los mismos termina por situar el problema ya no en la «naturaleza» del derecho y de su interpretación, sino en su «función». Y la solución es conforme con el significado compuesto de la experiencia jurídica contemporánea y con la dependencia de la ley de la otra «Vertiente» del derecho: el derecho escrito en las leyes sirve para proporcionar a los casos la regla que les corresponde, pero carece de poder exclusivo para determinarla.”<sup>267</sup>

Considera que la pluralidad de métodos y su equivalencia no es un defecto, sino una oportunidad de éxito, cuando se busca interpretar la ley mediante una regla adecuada, (y agregaría de nueva cuenta) buscando su interpretación en su función y no solo en su naturaleza.

Christopher McCrudden, considera que los tribunales son incapaces para abordar los derechos humanos de manera competente porque están fuera de contacto, se encuentran más preocupados por cuestiones técnicas, distinciones y desarrollar una argumentación demasiado refinada, pareciendo más a un grupo parlamentario y menos a un tribunal, enfrentando problemas de legitimidad, lo que

---

<sup>267</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 135 a 136.

más bien es un problema de indeterminación metodológica en la interpretación de los derechos fundamentales.<sup>268</sup>

### 3.6.2 Constitucionalismo conservador

Los argumentos de los jueces pueden sustentar que su decisión es más que simple política, al demostrar que otros casos con la misma metodología dieron resultados adversos, con lo que la interpretación textual se convierte en una excusa para introducir principios conservadores (apego irrestricto a la Constitución).

Una de las ventajas de la interpretación textual es su aspiración a su objetividad y restricción, este sistema de interpretación no es ajeno a los trabajos ya desarrollados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, un ejemplo claro fue al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011<sup>269</sup>, analizada en el capítulo anterior, que realizó precisiones importantes en cuanto a la restricción

---

<sup>268</sup> Para ser más preciso, consiero que "...the more likely they are to be considered incapable of dealing with human rights competently because they are out of touch, pre-occupied with technical distinctions and engaging in overly refined argumentation. On the other hand, the more the courts change their procedures and institutional practices to become 'competent' in this sense (the more they begin to look like a cross between a parliamentary committee and a Cabinet committee, and the less they look like 'courts' in the traditional sense), the more the public may wonder why they have any greater legitimacy to make highly contested human rights decisions than any of the other branches of government whose processes they now ape (and whether, compared with legislatures, they have a great deal less since they are generally not elected)." Lo que puede traducirse como: "...es más probable que se los considere incapaces de ocuparse de los derechos humanos de manera competente porque están desconectados, preocupados por las distinciones técnicas y participar en una argumentación demasiado refinada. Por otro lado, cuanto más cambian los tribunales sus procedimientos y prácticas institucionales para volverse 'competentes' en este sentido (más comienzan a parecer un cruce entre un comité parlamentario y un comité de gabinete, y menos se parecen a 'tribunales' en el sentido tradicional), cuanto más se pregunte el público por qué tiene mayor legitimidad para tomar decisiones de derechos humanos altamente controvertidas que cualquiera de las otras ramas del gobierno cuyos procesos ahora imitan (y si, en comparación con las legislaturas, tienen un mucho menos, ya que generalmente no son elegidos)." Christopher McCrudden Part 1, *The pluralism of Human Rights Adjudication*, en Lazarus, Liora, et al, *Reasoning Rights, Comparative Judicial Engagement*, United Kingdom, Hart Publishing, 2014, p. 26.

<sup>269</sup> Sentencia en versión Pública de la Contradicción de Tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, secretarios auxiliares: Arturo Guerrero Zazueta y Santiago José Vázquez Camacho. Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión del 03 de septiembre de 2013.

interpretativa en materia de derechos humanos en relación al segundo párrafo del artículo 1º de la CPEUM, que dispone:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Así, el sistema de interpretación textual aplicado en esa ejecutoria es aplicable a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico mexicano.

### **3.7 Subsunción**

Es esencial insistir en que no en todos los conflictos en que se vean implicados los derechos la solución es la misma, pues como se verá en las próximas líneas, existe la probabilidad de que se dé una colisión de derechos la cual no se resuelve atribuyendo un significado a un enunciado normativo, no es posible resolver un conflicto de derechos cuyo contenido tenga a principios en conflicto a partir de la subsunción. Riccardo Guastini agrega:

“‘subsumir’ significa adscribir un individuo (en sentido lógico) a una clase (subsunción individual), o incluir una clase en una más amplia (subsunción ‘genérica’, como se le llama). En otras palabras, subsumir significa, simplemente, usar un concepto. Al decir ‘el arrendamiento es un contrato’ se incluye la clase de los arrendamientos en la más amplia clase de los contratos, o se aplica al arrendamiento el concepto de contrato. Al decir ‘Ticio es un ciudadano americano’ se incluye el individuo Ticio en la clase de los ciudadanos americanos, esto es, se aplica el concepto de ciudadano americano a Ticio o, inclusive, si se quiere, se usa el concepto de ciudadano americano para calificar a Ticio. Se desprende que cualquier enunciado jurídico que haga uso de predicados (términos que designan no individuos, sino clases) solo puede ser ‘aplicado’ a casos concretos mediante subsunción. Y,

de otra parte, resulta bastante difícil imaginar enunciados jurídicos –reglas o principios, poco importa– que hagan uso exclusivamente de nombres propios y de descripciones definidas, ¿no es cierto? Así, por ejemplo, no existe otro modo de aplicar la regla que castiga el asesinato sino subsumiendo un determinado evento bajo el concepto de asesinato. Pero, precisamente, del mismo modo, no se puede aplicar el principio, digamos, que todas las confesiones religiosas son libres frente a la ley, a no ser sino subsumiendo una u otra manifestación de ideas bajo el concepto de confesión religiosa [...] En general, es verdad que los principios, por causa de su peculiar forma de indeterminación (antecedente abierto, generalidad, derrotabilidad) no pueden ser aplicados a casos concretos mediante subsunción. Pero ello significa que los principios no pueden ser “aplicados” en el mismo sentido en que se “aplican” reglas.”<sup>270</sup>

Por lo tanto, la subsunción tiene lugar cuando dos reglas entran en conflicto es decir cuando “presentan un nivel distinto, pero igualmente importante para efectos interpretativos. En este caso, dos enunciados de ley son incompatibles entre sí, pues mientras una regla permite una conducta determinada, una regla distinta prohíbe la misma conducta. La técnica para resolver una problemática entre reglas depende del caso de que se trate y aplicando los criterios de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*), cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) o de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*) en la que más que derogar lo que se hace es invalidar la norma.”<sup>271</sup> En consecuencia habrá situaciones en las que los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad son insuficientes para resolver una colisión de derechos.

---

<sup>270</sup> Guastini, Riccardo, *A propósito del neoconstitucionalismo*, Gaceta Jurídica, [publicación web mensual], Gaceta Constitucional, (s.f.), N° 67, [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Guastini.pdf>

<sup>271</sup> Cfr. Burgoa Toledo, Carlos, *La interpretación de las disposiciones...*, cit., pp. 314 a 332.

En síntesis, la proporcionalidad interpretativa es una herramienta, o mejor dicho, es un criterio orientador que faculta y, en muchos casos, de conformidad con el artículo 1º constitucional, obliga a las autoridades a desentrañar el sentido de una norma, es decir que permite u obliga a las autoridades a que en caso de obscuridad, ambigüedad o conflicto interpreten un enunciado normativo, por lo que el objeto de la proporcionalidad interpretativa consiste en atribuir un significado a una norma de la que se tiene duda. Esto en el caso de la proporcionalidad interpretativa empero, es de resaltar que existe otra especie de proporcionalidad la cual es conocida como proporcionalidad constitucional.

### **3.8 Proporcionalidad interpretativa y proporcionalidad constitucional**

La proporcionalidad cumple distintos roles en la ley, en el presente contexto es importante distinguir entre la proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional, al igual que es posible determinar el balance interpretativo y el balance constitucional.

Aharon Barak, considera que el balance interpretativo es utilizado para determinar el propósito en la ley interpretada. Lo que determina sus límites normativos. El balance constitucional está diseñado para determinar la constitucionalidad de una ley subconstitucional, no está diseñada para interpretar la legislación subconstitucional, sino más bien para determinar su validez.<sup>272</sup>

Para Jan-R Sieckmann la concepción del balance como interpretación tiene que asumir que la solución del problema del balance está predeterminado por ciertos criterios de prioridad entre los argumentos en competencia. El balance como interpretación siempre tendrá el interés de una teoría de argumentación normativa. Un juicio puramente autónomo se llevará a cabo en los límites del razonamiento legal, donde, por ejemplo, se debe resolver un nuevo problema, o cuando se cuestionan las soluciones anteriores, o donde se pone en duda la

---

<sup>272</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations...*, cit., p. 347.

validez de la ley. Sin embargo, el equilibrio interpretativo presupone que algunas reglas de prioridad se han establecido como válidas definitivas.<sup>273</sup>

Según Barak, el balance constitucional resuelve tensiones entre el beneficio obtenido en la realización del propósito de la ley, y el daño causado al derecho constitucional. Las reglas del balance determinan la constitucionalidad de una ley subconstitucional. Por ejemplo, la libertad de expresión limita el derecho a la privacidad. El balance constitucional determina la constitucionalidad de una ley subconstitucional. El conflicto entre principios existe a nivel constitucional y opera en el nivel subconstitucional. Por lo tanto, las reglas del balance se encuentran en el nivel constitucional. Dentro de la cláusula de limitación, más particularmente pueden ser localizadas dentro del test de proporcionalidad stricto sensu, cuando una Constitución contiene una cláusula de limitación específica, la regla del balance constitucional puede ser encontrada dentro de una cláusula de limitación específica, sin embargo cuando una Constitución no contiene una cláusula de limitación específica, la regla de balance constitucional puede ser encontrada implícitamente.<sup>274</sup>

Conforme a lo anterior, entonces la proporcionalidad interpretativa, se puede entender como aquel ejercicio abstracto que descansa exclusivamente en el significado del texto legal la cual es subjetiva (acorde al intérprete) y objetiva (acorde al sistema legal) y cuya utilidad recae para el efecto de un choque entre dos normas legales, no para un caso real y en concreto. Dicho ejercicio determina el objetivo del propósito de la ley como preceptos o Constitución.

Por su parte la proporcionalidad constitucional es “la técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador en un derecho fundamental se ajusta o no a la Constitución.”<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> Cfr. Sieckmann, Jan-R., *The Logic of Autonomy Law Morality and Autonomous Reasoning...*, p. 87.

<sup>274</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations...*, cit., p. 347.

<sup>275</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ponderación entre Derechos Fundamentales, localizable* en

En materia constitucional ha sido contemplada por diversas Constituciones y la Constitución Mexicana no ha sido la excepción, se ha establecido como un principio independiente, como un dispositivo de razonamiento, como una herramienta de equilibrio, en el que el juez deberá valorar los derechos socialmente valiosos y los intereses decidiendo cuál debe prevalecer, o si ambos prevalecen en qué medida prevalecerá uno sobre otro.

Aharon Barak<sup>276</sup> ha concebido la proporcionalidad como un proceso, es decir, como un conjunto de criterios de prueba objetiva y reconocida para evaluar la aplicación de un concepto legal o doctrina.

En efecto, la fórmula es reconocida como un mecanismo aceptado para la aplicación de un concepto, dicha fórmula fue creada por tribunales alemanes, la cual consiste en tres criterios:

- 1) Medida adecuada para el logro del fin perseguido.
- 2) No hay otro medio más leve o menos (dañino) lesivo que pueda emplearse para lograr ese objetivo.
- 3) El beneficio debe compensar el daño.

Se considera que a menudo el tribunal europeo evalúa la proporcionalidad de una medida cuestionada por el equilibrio entre los medios empleados y los fines perseguidos.

La migración de esta fórmula puede ser adoptada sin ser reconocida, como ya aconteció en el caso de la inclusión en la Constitución Mexicana., tal es el caso de la siguiente tesis:

“GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE  
SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES  
CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE

---

<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf>, [consultado en fecha 22 de agosto de 2022] p.5

<sup>276</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, U.S.A., Cambridge University Press, 2012, p. 129.



## RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.

De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador 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. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.”<sup>277</sup>

La proporcionalidad se utiliza generalmente como la principal metáfora para explicar a los jueces la proporcionalidad de un acto impugnado, con el fin de que el juez decida si al derecho violado debe aplicarse las subpruebas de:

- a) La exigencia de una conexión racional
- b) La evaluación si se eligió la medida menos restrictiva

La proporcionalidad es un principio reconocido en la Constitución Mexicana aplicable a los derechos fundamentales, no obstante está sujeta a ciertas restricciones, tal y como se advertirá en el siguiente apartado.

### **3.9 Alcances y límites de los Derechos Fundamentales**

Joshua Cohen establece cinco consideraciones que se ofrecen comúnmente para resistir las listas más exigentes de los derechos fundamentales,

---

<sup>277</sup> Consultable en la Novena Época, bajo el Registro 1011613, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Apéndice 1917-Septiembre 2011, Tomo I. Constitucional 3. Derechos Fundamentales Primera Parte - SCJN Décima Cuarta Sección - Seguridad jurídica, Constitucional, Tesis: 321, Página 1310.

como es el caso de los derechos sociales<sup>278</sup> y económicos, así como una clase más rica de los derechos civiles y políticos:

- “• Amenazan con sobrecargar los recursos y dispersar la atención necesaria para el seguimiento y cumplimiento de los derechos humanos;
- Las listas más extensas de los derechos sociales y económicos no pueden realizarse plenamente debido a que su realización es simplemente demasiado costosa;
- Debido a que los derechos corresponden a obligaciones, y no podemos dar determinado contenido de las obligaciones asociadas con los derechos humanos sociales y económicos con antelación de su institucionalización, no hay garantía económica y social a dichos derechos;
- Listas expansivas amenazan una (indeseable) sustitución de los principios legales para juicios políticos, de las reivindicaciones de derechos a menudo inflexibles ("discurso de los derechos") para la deliberación política informada y más flexible y el juicio; y un punto en parte relacionado;
- Listas expansivas amenazan con subordinar la autodeterminación política de pueblos (dentro de los límites

---

<sup>278</sup> “... por derechos sociales entenderemos solo derechos prestacionales en sentido estricto; esto es, aquellos cuyo contenido obligacional consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes para ello...” Prieto Sanchís, Luis, *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*, en Carbonell, Miguel (ed.), et al, *Derecho Sociales y Derechos de las Minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p.29, “Según la versión más difundida, mientras los derechos civiles y políticos se configurarían como derechos negativos que demandan mecanismos simples de protección y escasa o nula intervención estatal, los derechos sociales serían siempre derechos positivos y costosos, condicionados de antemano por la reserva de lo económicamente posible y condenados a generar un desmesurado crecimiento en las vías de intervención burocrática...” Pisarello, Gerardo, *Los derechos Sociales en el Constitucionalismo Moderno: Por una Articulación Compleja de las Relaciones Entre Política y Derecho*, en Op. Cit. Carbonell, Miguel (ed.), et al, *Derecho Sociales y Derechos de las Minorías...*

aceptables) a las decisiones de los agentes externos, que justifican sus intervenciones en el lenguaje de los derechos humanos.”<sup>279</sup>

Respecto a la realización costosa de los derechos sociales la Suprema Corte indica que deberá justificarse la imposibilidad presupuestal tal y como se expresa en la siguiente tesis aislada:

“DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. CUANDO EL ESTADO ADUCE QUE EXISTE UNA CARENCIA PRESUPUESTARIA PARA SU REALIZACIÓN, DEBE ACREDITARLO.

El contenido normativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, permite concluir que la obligación estatal de proteger, respetar y promover los derechos contenidos en ese instrumento no puede desconocer la situación particular que enfrente cada país, por lo que no existirá una violación a los derechos en él tutelados, a pesar de que se acredite que un determinado derecho no ha sido realizado o alcanzado un nivel óptimo de eficacia, siempre y cuando el Estado haya demostrado que ha utilizado todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer las obligaciones establecidas en la propia convención. De ahí que no basta la simple afirmación del Estado Mexicano de que existe limitación presupuestaria para que se tenga por acreditado que ha adoptado todas las medidas "hasta el máximo de los recursos" de que disponga, para lograr la realización de los derechos consagrados en el referido Pacto, sino que para ello deberá aportar el material probatorio en que sustente su dicho. Por tal motivo, en todo

---

<sup>279</sup> Cfr. Cohen, Joshua, *The Arc of the Moral Universe and Other Essays*, London, England, Harvard University Press, 2010.

asunto en el que se impugne la violación a los derechos constitucionales de la materia, los juzgadores nacionales deben distinguir entre la incapacidad real para cumplir con las obligaciones que el Estado ha contraído en materia de derechos humanos, frente a la renuencia a cumplirlas, pues es esa situación la que permitirá determinar las acciones u omisiones que constituyan una violación a tales derechos humanos.”<sup>280</sup>

La tesis aislada anterior demuestra que si bien hay un avance en cuanto a la interpretación de las normas, en cuanto a su elaboración y reformas, comprueba en un ámbito normativo provocando un impacto positivo en la sociedad, también denota que es necesario precisar que no solo los derechos sociales por razones bien justificadas pudieran ser limitados, no obstante, dicha limitación se actualiza cuando colisione con otro derecho, cabe resaltar que los derechos sociales al tener contenidos principios, éstos a diferencia de las reglas, en caso de conflicto con otros derechos no pueden tener como solución una preferencia sino más bien exigen un estudio detallado del caso específico en el que si el problema lo requiere, se recurra a la ponderación, pero para ello, previamente debe atenderse al alcance de dicho derecho y a su extensión.

Cabe decir que “la teoría actual de los derechos constitucionales distingue entre los límites del derecho constitucional (alcance) y las limitaciones impuestas a su realización por la ley (protección).”<sup>281</sup> En cuanto a las limitaciones a las que se refiere el autor deben ser entendidas a que el ejercicio del derecho no afecte a la comunidad, aunado a ello que dicha limitación se encuentre bien justificada señalando que la limitación se encontrara en una ley secundaria, pues no debe reducirse su alcance si su naturaleza primeramente es universal, al respecto señala Cohen:

---

<sup>280</sup> Décima Época, Registro 2007936, Segunda Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, Constitucional, Tesis 2a. CIX/2014 (10a.), p. 1190.

<sup>281</sup> Gaxiola Moraila, Federico Jorge, *Derecho social en la Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Porrúa-UNAM-IIJ, México, 2004, segunda edición, p. 20.

“... (el) minimalismo sustantivo a primera vista, es una posición acerca del contenido de los derechos humanos y, más ampliamente, sobre normas de la justicia global. La idea central de minimalismo es que los derechos humanos se limitan a la protección de libertad negativa: y, aún más particularmente, a asegurar contra las restricciones en libertad negativa que toman la forma de intrusiones forzosas en materia de seguridad física. El segundo punto de vista voy a llamarlo minimalismo justificatorio. Aquí, en contraste con el minimalismo sustantivo, tenemos una visión acerca de cómo presentar una concepción de los derechos humanos, como elemento esencial de una concepción de la justicia global para un mundo éticamente pluralista una característica básica de lo que me voy a referir como "razón pública mundial." El minimalismo justificatorio está animado por el reconocimiento del pluralismo y el abrazo de la tolerancia. Aspira a presentar una concepción de los derechos humanos sin una particular perspectiva ética o religiosa; que minimiza las aspiraciones teóricas en la declaración de la concepción de los derechos humanos.”<sup>282</sup>

Por tanto, la restricción a la que se refieren ambos autores, en primer lugar, consiste en que el ejercicio de dicho derecho no lesione los derechos de otros individuos; y en segundo lugar que la limitación se encuentre justificada en una norma secundaria, dice Barak. Mientras Cohen encuentra la justificación a los límites de un derecho en los rasgos propios del ordenamiento jurídico interno, pues aunque se hable de una universalidad de los derechos humanos éstos deben limitarse justificadamente, además considera lo siguiente:

“... la distinción moderna entre el alcance de un derecho constitucional y el alcance de su protección en el nivel sub-constitucional es de gran importancia. En primer lugar, destaca el

---

<sup>282</sup> Cohen, Joshua, *The Arc of the Moral...*, op. cit., p. 321 a 322.

considerable peso que otorga el ordenamiento jurídico para el derecho del individuo y la necesidad de respetarlo. En segundo lugar, la distinción pone de relieve la diferencia entre el nivel constitucional, donde se determinan los derechos y su alcance se prescribe, y el nivel de subconstitucional, donde se determina el grado de realización del derecho (la aplicación) y sus limitaciones [...] Tal dicotomía entre el cuerpo constituyente (que determina la naturaleza constitucional del derecho, así como el mecanismo de modificación de su ámbito de aplicación), y el cuerpo legislativo (que determina los medios para la realización de estos derechos constitucionales) es de importancia capital. En una democracia constitucional, esta dicotomía ofrece al individuo o la minoría con el escudo que se utilizará en contra de una posible tiranía de los derechos de la mayoría. Esta dicotomía también puede ayudar en la formación adecuada del discurso público sobre los derechos constitucionales y establece límites respecto a las áreas en donde la política cotidiana de la sociedad pueden intervenir.”<sup>283</sup>

Continúa el autor resaltando la importancia de determinar el alcance y protección pues,

“...la distinción entre el alcance del derecho constitucional y el alcance de su protección ejemplifica adecuadamente la doble función del juez constitucional moderno - como intérprete de los derechos constitucionales y como un adherente de la norma constitucional donde las limitaciones de tales derechos no excedan las prescritas por la cláusula de limitación (en sí misma una parte de la Constitución). En cuarto lugar, la distinción establece correctamente los parámetros para el diálogo entre los poderes legislativo y judicial. Por último, la distinción establece un marco analítico para describir el alcance de los derechos

---

<sup>283</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality ...*, cit., pp. 22 a 23.

constitucionales, y proporciona una manera estructurada y transparente de pensar con respecto a la justificación para limitar el ejercicio de esos derechos.”<sup>284</sup>

Con lo que el alcance y extensión de los derechos fundamentales se encuentran limitados al nivel subconstitucional, en cuanto a su realización y su interpretación, la cual no debe exceder lo previsto en la Constitución, con ello se establece la justificación para la limitación de los derechos fundamentales.<sup>285</sup>

De ahí que las limitaciones a los derechos fundamentales, en la afectación de expectativas, es necesario determinar si las cargas en las limitaciones están repartidas bajo criterios legítimos establecidos en la Constitución, para que una medida trate de alcanzar determinado fin, aun cuando ello implique un menoscabo a la extensión y al alcance, lo que se traduce en el test de proporcionalidad constitucional.

### **3.10 Proporcionalidad interpretativa vs Proporcionalidad Constitucional**

Conforme a lo anterior es posible realizar un cuadro comparativo entre la proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional.

---

<sup>284</sup> Ídem.

<sup>285</sup> Una posición en cuanto a la limitación de la universalidad de los derechos fundamentales considerada por Guastini, en debate con Luigi Ferrajoli, quien considera que un derecho fundamental puede llamarse así cuando se confiere a todas las personas físicas y/o a todos los ciudadanos y/o a todos los capaces de obrar, sin embargo enfrenta ciertas perplejidades, según Guastini:

1.- Las tres clases (personas físicas, todos los ciudadanos y todos los capaces de obrar) distingue amplitud diferente: Los ciudadanos y la de los que tiene capacidad de obrar son clases menos amplias que las de personas físicas, por ello el derecho conferido sólo a los que tienen capacidad de obrar, no es un derecho universal.

2.- No es claro por qué solo son esas tres clases.

3.- La definición de ciudadano, está determinado por una norma, que fija las condiciones de ciudadanía.

Con lo que concluye que el concepto de universalidad de los derechos fundamentales, después de todo no es una característica propia de los derechos fundamentales, al encontrarse entonces frente a una limitación de los derechos fundamentales. Guastini, Riccardo, *Tres Problemas para Luigi Ferrajoli*, en Cabo, Antonio de, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009, pp. 60 a 61.

<b>Proporcionalidad interpretativa</b>	<b>Proporcionalidad Constitucional</b>
<p>Es un criterio que se ocupa de dar significado al texto de la norma jurídica.</p>	<p>Es un criterio que determina la validez legislativa o la compatibilidad de una medida infraconstitucional (sea una ley o decisión judicial) que restringe la realización de un derecho fundamental.</p>
<p>Determina la finalidad objetiva de una norma jurídica ya sea se trate de una ley o de la Constitución.</p>	<p>Tiene como finalidad la determinación de la constitucionalidad de una medida de rango infraconstitucional, a saber la realización del derecho.</p>
<p>Es pertinente a efecto de interpretar un texto cuya finalidad yace sobre la base de dos normas legales en conflicto.</p>	<p>Es un criterio para resolver un conflicto entre principios constitucionales, un conflicto que tiene lugar a nivel infraconstitucional</p>
<p>Importancia del lenguaje el cual puede ser público: trata referentes empíricos y privado alude a un lenguaje cultural</p> <p>Y el propósito: Subjetivo hace referencia a la intención real del autor de la norma y Objetivo: Es la intención del Sistema legal.</p>	<p>Sus componentes son:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Propósito legítimo (Implícito, Explícito y el Nivel de urgencia).</li> <li>2. Idoneidad (Medios a utilizar) Necesidad va en función de la medida a emplear.</li> <li>3. Proporcionalidad en sentido estricto.</li> </ol>



Una vez precisado el rol que desempeña la proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional, es posible analizar la estructura diferenciada en el siguiente capítulo, a fin de proponer elementos que puedan resolver ciertas inconsistencias que permitan establecer una diferencia estructural en el modelo del Constitucionalismo Principialista.

## CAPÍTULO IV HACIA UNA NUEVA ESTRUCTURA DE LA PROPORCIONALIDAD

Como se ha visto en los capítulos anteriores, se explicó que la proporcionalidad interpretativa es una herramienta;<sup>286</sup> o mejor dicho es un criterio orientador que faculta y en muchos casos, de conformidad con el artículo 1º constitucional, obliga a las autoridades a desentrañar el sentido de una norma, es decir que permite u obliga a las autoridades a que en caso de obscuridad, ambigüedad o conflicto interpreten un enunciado normativo, ya sea para determinar el alcance de un derecho o en el caso de la proporcionalidad constitucional, la prevalencia de un principio sobre otro.

En el caso de México, se utiliza dependiendo de la intensidad del análisis de constitucionalidad, es decir, si involucra derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un escrutinio estricto, por lo que dicho test irradia y aplica en la totalidad de los derechos humanos, tal y como lo determinó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la siguiente tesis aislada.

“INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. 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

---

<sup>286</sup> Véase en este sentido la Jurisprudencia con el título: “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.” Localizable bajo el Registro digital: 2019276, Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materias(s): Común, Constitucional, Tesis: 2a./J. 10/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 838.

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 con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> Localizable en la Décima Época, Registro: 2004712, Semanario Judicial de la Federación y su

Por lo que el objeto de la proporcionalidad interpretativa consiste en atribuir un significado a una norma de la que se tiene duda y determina el objetivo del propósito de la ley como preceptos o Constitución. Esta proporcionalidad está basada sobre la importancia social adscrita a cada principio en competencia, sin la determinación de su constitucionalidad, pero, es de resaltar que existe otra especie de proporcionalidad la cual es conocida como proporcionalidad constitucional.

#### **4.1 Un nuevo paradigma de la proporcionalidad**

Para una mejor comprensión es necesario retomar la Teoría de Aharon Barak expuesta en *Proportionality constitutional rights and their limitations*, Barak, resalta la importancia de la interpretación, indica que el alcance de un derecho está determinado por la interpretación del texto legal en el cual el derecho reside, cuando el derecho está dentro del texto constitucional, el proceso es de interpretación constitucional;<sup>288</sup> con lo que, distingue entre el alcance de los derechos constitucionales y la extensión de su protección dando lugar a las diversas concepciones de su interpretación, en el que el intérprete provee el significado al texto constitucional debiendo trabajar dentro de un determinado marco histórico y social, esto último, es la diferencia entre la proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional.

En la proporcionalidad constitucional hay una discrecionalidad que está ligada por los límites del conjunto de valores, tradiciones, historia y texto que son únicos dentro del sistema en el cual opera. Así, la Constitución puede ser interpretada bajo la luz de su entendimiento original en orden de prevenir los resultados de una limitación de los derechos lo que no implica la adopción de la actual visión de las mayorías de qué es un derecho. Y ya que la Constitución,

---

Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCCXII/2013 (10a.), Página: 1052, derivado del amparo en revisión 202/2013. 26 de junio de 2013. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

<sup>288</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, U.S.A., Cambridge University Press, 2012, p. 45.

según Barak, es una Constitución viviente pues es un documento legal que contiene mecanismos flexibles para futuros desarrollos de la sociedad; es un punto de partida para los cambios en los valores constitucionales y en los conceptos de la sociedad respecto sus creencias nacionales.<sup>289</sup>

En consecuencia, el juzgador no puede considerar su contenido como una idea personal, sino que debe situar lo establecido en el texto en el presente y retomar lo que la sociedad considere como valioso; porque solo así se protegen los derechos de acuerdo a su propósito y puede reflejar el enfoque completo de ideas para un derecho particular, reflejando las consideraciones morales subyacentes en ese derecho.

Determinar el propósito de la ley, es el primer paso de la proporcionalidad constitucional. La segunda etapa en la revisión constitucional, es el interés público como parte de la discusión de la justificación de la limitación de un derecho constitucional,<sup>290</sup> además de ser parte de la discusión de las reglas de la proporcionalidad. De acuerdo a la legislación subconstitucional en la limitación del derecho a la libertad de expresión, las consideraciones del interés público pueden ser incluidas dentro de la determinación de proporcionalidad, es decir se determinará la constitucionalidad de las limitaciones impuestas por el derecho y su realización, las consideraciones del interés público pueden no ser incluidas en la etapa determinando el alcance del derecho constitucional de libertad de expresión en sí mismo.

Así, los ideales o intereses pueden entrar en conflicto con otros ideales, los cuales no podrán ser resueltos reduciendo el alcance de estos ideales más que limitando la manera en que serán realizados. El derecho es un concepto en sí mismo, y seguirá existiendo en una forma pura como una aspiración, así la existencia constante entre aspiraciones profundas, será resuelta mediante proporcionalidad en el nivel subconstitucional, será gobernada por las reglas de la

---

<sup>289</sup> Cfr.. Barak, Aharon, Proportionality, *Constitutional Rights and their Limitations* ..., cit., p. 65.

<sup>290</sup> Tal y como se advierte en el capítulo I, del punto 1.3.3 Interés público como parte de la proporcionalidad, de ésta investigación. En los modelos revisión constitucional de doble etapa, como en Alemania, Canadá, Sudáfrica e Israel.

proporcionalidad, incluido el precepto de limitación. El alcance de un derecho no puede ser reducido meramente a consideraciones de derecho sino que debe existir una revisión de tales consideraciones, es decir, una discusión de las posibilidades de su realización; en síntesis, la segunda etapa es confrontación con otras consideraciones, dentro de los preceptos de limitación requeridos y las reglas de la proporcionalidad que ellos proveen. La tercera etapa es determinar si el derecho aplicable se ajusta con la Constitución.

En suma, la proporcionalidad constitucional es una “técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador en un derecho fundamental se ajusta o no a la Constitución.”<sup>291</sup> Por tanto, los derechos a analizar en la proporcionalidad constitucional, no sólo serán derechos consagrados en la Carta Magna sino también los prescritos a nivel subconstitucional. En la CPEUM la proporcionalidad, se ha establecido como un principio independiente, como un dispositivo de razonamiento de balance y pesos como una herramienta de equilibrio, en el que el juez deberá valorar los derechos socialmente valiosos y los intereses decidiendo cual debe prevalecer.

Aharon Barak<sup>292</sup> ha concebido la proporcionalidad como una herramienta metodológica, como un criterio para resolver cuestiones constitucionales relacionadas con el conflicto de normas, que existen a diferentes niveles de la jerarquía constitucional. Otro rol significativo es su función interpretativa, proveyendo significado a las normas legales, el cual establece que está compuesto por cuatro componentes:

1. Propósito apropiado
2. Conexión racional.
3. Medios necesarios.

---

<sup>291</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ponderación entre derechos...*, op. cit., p. 5

<sup>292</sup> Cfr. Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, U.S.A., Cambridge University Press, 2012, p. 131.

4. Proporcionalidad en sentido estricto (la relación apropiada entre el beneficio ganado por la realización del propósito apropiado y el daño causado al derecho constitucional).

Por lo que hace a México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus componentes que si bien no resultan del todo completos, realizan un avance importante en la resolución de colisiones entre conflictos y el grado de limitaciones entre sí, lo que se analizará en el siguiente apartado.

#### **4.2 Proporcionalidad de los derechos fundamentales en México**

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para encontrar la justificación en la intervención de un derecho, ha desarrollado la proporcionalidad, como en el caso relacionado con la producción y autoconsumo del estupefaciente “cannabis” y el psicotrópico “THC”, en conjunto conocido como marihuana, en el Amparo en Revisión 237/2014, mediante sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015,<sup>293</sup> resultando importante para ésta investigación pues establece un precedente importante de los componentes de la proporcionalidad, en la que se advierte el grado de intervención o medida legislativa en la limitación total o parcial de un derecho, en el que estableció las cuatro etapas del test de la proporcionalidad que se analizarán desde una perspectiva general y abstracta, misma que puede ser aplicada a otros casos, y así finalmente realizar una evaluación de su aplicación, el análisis de las citadas etapas se realizó bajo el siguiente orden:

“Ahora bien, para poder justificar la decisión ya anunciada y dar respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes en relación con la constitucionalidad de los artículos reclamados decretada por el Juez de Distrito, esta Primera Sala considera necesario desarrollar los siguientes puntos: (i) explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud; (ii) establecer la incidencia de la medida

---

<sup>293</sup> Localizable en la dirección:  
<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>  
consultada en fecha 19 de abril de 2020.

legislativa impugnada en el contenido prima facie del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y (iii) **determinar si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad: (1) constitucionalidad de los fines perseguidos medida; (2) idoneidad; (3) necesidad; y (4) proporcionalidad en sentido estricto.** Finalmente, (iv) se expondrán las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados y (v) se precisarán los efectos de la concesión del amparo.”<sup>294</sup>

Cabe precisar que lo destacable de dicha resolución es que se ha basado principalmente en los componentes desarrollados por Aharon Barak, analizado en el punto primero de esta investigación, lo cual refuerza la importancia de su análisis en este capítulo.

#### **4.2.1. Análisis del marco normativo**

Previo a la aplicación de las gradas del test de proporcionalidad se analiza el alcance y extensión de las normas en la afectación de los derechos fundamentales de las personas a través del sistema normativo subconstitucional, el cual establece obstáculos o delimitaciones en su alcance y realización.

#### **4.2.2. Evaluación del grado de intervención de las normas en los derechos fundamentales**

La proporcionalidad evalúa la intervención de los derechos fundamentales, a través del control constitucional de las normas infraconstitucionales, en cuanto a su alcance y protección, así la evaluación del grado de intervención de los derechos fundamentales, según Aharon Barak, se realiza a través de tres etapas.<sup>295</sup>

La primera es establecerse la limitación del derecho fundamental, es decir, si determinada medida legislativa incide en el derecho fundamental, por una parte

---

<sup>294</sup> *Ibidem.*, pp. II y III.

<sup>295</sup> Barak, Aharon, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, U.S.A., Cambridge University Press, 2012, pp. 26 y 27.



debe interpretarse la norma constitucional que protege el derecho fundamental a fin de fijar el alcance o contenido de éste. Es donde se especifican las conductas protegidas por el derecho fundamental que se limita o incide.

De lo anterior se evalúa si incide o no en el ámbito de protección del derecho fundamental, si no lo hace hasta aquí termina la evaluación, pero si lo hace se procede a la siguiente etapa.

La segunda etapa se debe establecer si la norma efectivamente interviene en el contenido del derecho fundamental y es constitucional esa intervención. Así, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca su extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho.

Esto implica que se evalúe si la intervención legislativa cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad: una finalidad constitucionalmente válida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido de la medida.

Es decir, si se trata de un obstáculo jurídico que impida a las personas a ejercer su derecho, ya sea obstaculizándolo total o parcialmente, limitando las acciones o actividades necesarias para poder materializar su satisfacción, debe evaluarse la relatividad del mismo, esto es del límite externo que permita al legislador la incidencia sobre el derecho.

La tercera etapa examina los efectos de la inconstitucionalidad del precepto. Es la etapa remedial, que puede comprender desde la desaplicación de la norma, su reforma o la expedición de una nueva legislación, no obstante, dicha discusión está fuera del alcance de los objetivos de la presente investigación.

La ejecutoria que se analiza toma en consideración solo el límite externo del derecho, sin advertir que también existe una cláusula de contenido esencial, que como lo considera Aharon Barak, que algunas Constituciones consideran rara vez un número de derechos constitucionales como absolutos "...El término es utilizado en el sentido que un derecho es absoluto si, y solo si, su alcance es

completamente protegido en la dimensión sub-constitucional, por ejemplo la extensión de su protección o realización es igual a su alcance...”<sup>296</sup> y toma como ejemplo de derecho absolutos, la prohibición de la esclavitud, dignidad humana en relación a la tortura, o en términos de Robert Alexy, “el núcleo esencial”<sup>297</sup>.

Así, la incidencia de la medida constitucional en la limitación de un derecho constitucional, opera como principio, así la relación entre el derecho y la limitación se crea una colisión que se resuelve a través de la proporcionalidad, para que dicha intervención sea constitucional debe cumplir con las características de que debe ser idónea para proteger los derechos de terceros y/o el orden público; y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada este derecho fundamental, en otras palabras, debe superar el test de proporcionalidad en sentido amplio, y que de superarlo se puede concluir que el contenido del derecho debe ser limitado o reducido.

#### **4.2.3 Análisis de la proporcionalidad en sentido amplio de la intervención del derecho**

Como se dijo anteriormente, debe determinarse si la norma que limita o interviene el derecho fundamental es constitucional, de ser así debe analizarse si existe una justificación desde el punto de vista constitucional para que la medida o intervención limite el contenido del derecho, para lo cual debe establecerse si persigue una finalidad constitucionalmente válida y, en caso de ser así, supere una grada de los componentes de la proporcionalidad, es decir, si la medida supera el análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, tal y como se advierte de la tesis que dio resultado de la ejecutoria que se analiza:

“TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe

---

<sup>296</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press, EUA, 2012, p. 27.

<sup>297</sup> Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, USA, Oxford University Press, 2016, p. 192.

determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de

proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.”<sup>298</sup>

Así, la medida que se analiza, es la intervención o la limitación del derecho fundamental, pero de acuerdo a su específico marco regulatorio o en otras palabras, a las disposiciones subconstitucionales relacionadas con la libertad del derecho fundamental específico, a través de los componentes de la proporcionalidad consistentes en que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; no existan alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada, bajo la siguiente óptica.

#### **4.2.4 Constitucionalidad de los fines perseguidos con la intervención del derecho fundamental**

Es necesario identificar los fines que se persiguen con la intervención del derecho fundamental para evaluar si son constitucionalmente válidos, sin embargo debe advertirse que no cualquier propósito puede justificar la limitación de un derecho fundamental, se considera que los fines que pueden fundamentar una intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen diversa naturaleza, tales como: valores, intereses, bienes o principios que el Estado puede perseguir, los cuales Barak considera como valores de una sociedad en una democracia constitucional<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Décima Época, Registro: 2013156, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Página: 915.

<sup>299</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., p. 246.

Aunque en este sistema, en la ejecutoria no se toma en consideración los componentes del propósito de los fines perseguidos en relación a dos asuntos relacionados; el primero, el tipo de fin perseguido o propósito que puede justificar las limitaciones impuestas a los derechos constitucionales y el segundo el grado de urgencia requerido en la realización de esos fines perseguidos o propósitos a los que también alude Barak<sup>300</sup>.

Sin embargo, se hace referencia a los bienes colectivos y bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales que constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador, sin llegar a exigir una conducta modelo de virtud, según lo establece la siguiente tesis que se lee:

“PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los

---

<sup>300</sup> Ídem, p. 251.

derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos.”<sup>301</sup>

Para identificar las finalidades perseguidas por las disposiciones subconstitucionales, debe atenderse al proceso legislativo, o a las disposiciones normativas que contienen el derecho que se pretende limitar, es decir, a los procesos de reformas de las disposiciones que configuran el sistema limitante administrativo.

Aunque el análisis es limitado en la ejecutoria, para Aharon Barak los propósitos de las limitaciones pueden estar especificados en disposiciones de manera general o específica, implícitas, o la protección de derechos de terceros, en previsiones específicas, o implícitas, bajo consideraciones de interés público tales como la continuación de la existencia de un Estado como democracia, seguridad nacional, orden público, tolerancia, sentimientos o principios constitucionales, todo dependiendo de las categorías de los fines perseguidos o propósitos apropiados<sup>302</sup>.

#### **4.2.5 Idoneidad de la intervención del derecho fundamental**

En este apartado se evalúa si la intervención del derecho fundamental es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos por el legislador, el examen de idoneidad presupone una relación entre la intervención del derecho fundamental y el fin, es decir que la intervención del derecho fundamental aporte de alguna forma y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador, sirve de apoyo la siguiente tesis.

“SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.  
EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.

---

<sup>301</sup> Décima Época, Registro: 2013143, Primera Sala, Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXV/2016 (10a.), Página: 902.

<sup>302</sup> Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...* cit., p. 260.

Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.”<sup>303</sup>

Una forma alternativa es si el marco normativo evaluado es el idóneo para alcanzar los fines perseguidos por el Estado, tales como los valores antes descritos (democracia, seguridad nacional, orden público, tolerancia, sentimientos o principios constitucionales), para Grégoire Webber los medios empleados para optimizar el principio en competencia que injustificadamente interfiere con el derecho, a través del análisis de proporcionalidad, determina si los medios son idóneos para la competencia del principio, por lo que es necesario determinar si los medios son capaces de perseguir el interés público objetivo, así la relación

---

<sup>303</sup> Décima Época, Registro: 2013152, Primera Sala, Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Página: 911.

causal entre el principio y los medios se apoyan en el sentido común, la razón o la lógica<sup>304</sup>.

#### **4.2.6 Necesidad de la intervención del derecho fundamental**

En caso de que la intervención o medida legislativa no sea idónea, es decir, como lo considera Barak, que los fines no sean alcanzados a través de otros medios legislativos que podrían equitativamente satisfacer la conexión racional y el nivel de limitación del derecho en cuestión sea menor, en otras palabras, que el hecho de que no existe otra alternativa hipotética, capaz de cumplir los fines de la ley<sup>305</sup>, por lo que el análisis de la necesidad en términos de la ejecutoria que se analiza, corrobora si existen otros medios con un grado de idoneidad igual o superior para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. En primer lugar supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, con lo que se pretende evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad y afectación material de su objeto.

En la ejecutoria analizada estima que los medios alternativos podrían ser interminables al tener que analizarlos todos, y el intérprete debe acotar ponderando las medidas más adecuadas para situaciones similares o que han regulado el mismo fenómeno, ya que pretende especificar todas las alternativas, lo cual quedó definido en la siguiente tesis.

“TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.  
EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.  
Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución

---

<sup>304</sup> Véase Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, USA, Cambridge University Press, 2016, p.75.

<sup>305</sup>. Barak, Aharon, *Proportionality constitutional rights and their limitations...*, cit., p. 317.



de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. 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 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. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto.”<sup>306</sup>

Tal y como ya se advirtió en el capítulo I, para Webber se persigue el menor perjuicio a través del medio más efectivo disponible, se persigue el principio del

---

<sup>306</sup> Décima Época, Registro: 2013154, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXX/2016 (10a.), Página: 914.

interés público con eficacia, el medio que menos restringe o menoscaba el derecho debe ser elegido, de entre las alternativas razonables, así los tres primeros elementos funcionan como filtros.<sup>307</sup>

#### **4.2.7. Proporcionalidad en sentido estricto de la intervención del derecho**

En esta sección se realiza el examen de proporcionalidad en sentido estricto para evidenciar el desequilibrio entre la *intensa afectación* al derecho fundamental frente al *grado mínimo* en que se satisfacen los fines legislativos.

El examen de proporcionalidad en *sentido estricto* consiste en realizar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Este 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. Dicho de otra manera, en esta fase del escrutinio se requiere realizar una *ponderación* entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. Si bien, en el apartado donde se examinó la idoneidad de la intervención es necesario precisar que ésta contribuya positivamente a la realización del fin que persigue, con independencia de su eficacia, sin embargo, debe advertirse el grado en que contribuye a la realización del fin.

En efecto, resulta evidente que una intervención en un derecho fundamental que prohíba totalmente la realización de una 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 ese derecho, lo anterior puede explicarse con la siguiente tesis.

“CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD.  
EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO  
ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten

---

<sup>307</sup>. Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution...*, cit., p.76.

constitucionales las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una 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 severamente el

contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio.”<sup>308</sup>

Este componente es el más importante del examen de proporcionalidad, puesto que requiere de una ponderación de los beneficios obtenidos por el interés general y el menoscabo causado al derecho constitucional a través del uso de los medios seleccionados por la ley para obtener el propósito apropiado, lo cual tampoco fue abordado por la ejecutoria que se analiza.

De lo analizado y evaluado hasta ahora, se pueden advertir algunas características correspondientes entre la proporcionalidad interpretativa y la proporcionalidad constitucional, conforme al siguiente cuadro.

PROPORCIONALIDAD INTERPRETATIVA	PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL
<b>1. Lenguaje:</b> <b>a) Público: trata referentes empíricos</b> <b>b) Privado: alude a un lenguaje cultural</b>	1. Propósito legítimo a) Implícito b) Explicito c) Nivel de urgencia
<b>2. Propósito:</b> <b>a) Subjetivo: hace referencia a la intención real del autor de la norma</b> <b>b) Objetivo: Es la intención del Sistema legal</b>	2. Idoneidad Medios a utilizar Necesidad- va en función de la medida a emplear
<b>3. Discreción</b>	3. Proporcionalidad en sentido estricto

<sup>308</sup> Décima Época, Registro: 2013136, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Página: 894.

De acuerdo a lo anterior, la proporcionalidad interpretativa es un procedimiento holístico, ya que considera a la norma como parte de todo un sistema legal, en el que cada uno de los pasos a seguir remiten a la comprensión del propósito de la norma desde un enfoque del lenguaje ya sea público o privado, es decir, natural, histórico y cultural, todo con el fin comprender el significado de las palabras; de igual manera estudia el propósito de la norma desentrañando la intención del autor de la norma y la del Sistema legal; asimismo, en este procedimiento participa también la discreción del intérprete, es decir, el poder de elegir entre dos o más alternativas. La proporcionalidad constitucional, en cambio, es un estudio axiológico, su principal elemento es la justificación de una medida que habrá de tomarse; consta de las cuatro etapas que ha analizado Aharon Barak.

#### **4.3 Eliminación de la etapa de la evaluación de la idoneidad en el test de proporcionalidad en las leyes fiscales en la jurisprudencia.**

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación eliminó la segunda etapa del test de proporcionalidad al aplicarla en las leyes fiscales, bajo el argumento que al legislador únicamente se le exige un mínimo de idoneidad, y que haya una correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado, tal y como se determinó en las sentencias dictadas en los amparos en revisión 441/2015 y 845/2015 de fecha 5 de octubre de 2016 y 876/2015, de fecha 25 de enero de 2017, de las cuales el Ponente fue el Ministro Javier Laynez Potisek; 631/2017 y 514/2017 de fechas 15 y 29 de noviembre de 2017, en dichas sentencias el Ponente fue el Ministro José Fernando Franco González Salas, las cuales dieron lugar a la siguiente jurisprudencia.

“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 test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, apoyado en los 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, y 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. 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.”<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup> Localizable en la Décima Época, Registro: 2016133, Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 51, Febrero de 2018, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a./J. 11/2018 (10a.), Página: 510.

Al respecto se analizará de cada amparo en revisión, la justificación de las razones por las cuales se eliminó la segunda etapa del test de la proporcionalidad y determinar si resultó acertada tal decisión, conforme a lo siguiente.

El amparo en revisión 441/2015, fue interpuesto por empresas mercantiles, derivado de un amparo indirecto en el que reclamaron entre otras cosas diversos preceptos de la Ley de Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, relativos a gravar la enajenación e importación de alimentos no básicos con una densidad calórica de 275 kilocalorías o mayor por cada 100 gramos, por lo que reclamaron diversos preceptos constitucionales y convencionales, en la sentencia del juicio de amparo, sobreseyó una parte, por la otra lo negó y lo concedió, por lo cual interpusieron recurso de revisión, entre sus agravios reclamaron el tema del fin extrafiscal.

La Segunda Sala consideró fundado el argumento de las quejas recurrentes relativo a que el juez de amparo se abstuvo de advertir que no guarda relación el monto que se previó recaudar por dicho impuesto en la Ley de Ingresos de la Federación para el mismo ejercicio (LIF en adelante) para 2014, con el gasto autorizado en el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) para el mismo año, por concepto de prevención de la obesidad, ya que no se destina ni el 6% de lo recaudado para combatir dicha enfermedad, por lo que tiene una finalidad recaudatoria y no extrafiscal, por lo que dicha sala procedió a su examen y análisis.

La finalidad extrafiscal buscada con el impuesto contenido en las disposiciones reclamadas per se implica que lo que se buscó no es propiamente recaudar ingresos, sino establecer una medida legislativa para combatir la obesidad y el sobrepeso. De esa forma, el legislador busca, por una parte, desde un punto de vista negativo, inhibir o desincentivar el consumo de alimentos no básicos con la referida densidad calórica y, por otra, desde una perspectiva positiva, persuadir a la población mexicana de llevar una dieta correcta.

Así, la Segunda Sala consideró que el impuesto contenido en las disposiciones impugnadas no tiene como finalidad principal la fiscal, sino sólo de manera secundaria busca recaudar ingresos, pues su principal finalidad es extrafiscal, consistente en combatir la obesidad y el sobrepeso a través de un gravamen a los alimentos no básicos con densidad calórica de 275 kilocalorías o más por cada 100 gramos.

La citada Sala consideró que el juez de amparo omitió realizar un test de proporcionalidad de la medida por la cual se estableció el impuesto impugnado en las disposiciones reclamadas, con la finalidad de que se cerciorara que no solo persigue una finalidad constitucionalmente legítima como lo es la salud pública, sino verificar con las pruebas aportadas, si dicha medida está fundada y motivada para ser apta para lograr el fin buscado y, además, que resulte proporcional.

Consideró al test de proporcionalidad, como instrumento metodológico, 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.

Estableció que 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 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.

Determinó que 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.

Y cita a la jurisprudencia localizable en la Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, septiembre de 2006, página 75, de rubro: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL" y la tesis aislada consultable en la Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro VII, abril de 2012, tomo 1, página 882, de 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", las cuales contienen solo tres elementos del test de proporcionalidad, con lo que se avocó a analizar solamente las tres etapas del test de proporcionalidad citadas en la jurisprudencia del inicio de este apartado, justificando la evasión del análisis del segundo (idoneidad) como sigue.

**En cuanto a la idoneidad**, la Sala reconoció que el legislador solo previó una medida para alcanzar el fin constitucionalmente válido, es decir el establecimiento de un gravamen al valor de la enajenación o importación de alimentos no básicos con densidad calórica de 275 kilocalorías o más por cada 100 gramos, al cual se le aplicará la tasa del 8%, la que consideró un medio idóneo, apto y adecuado para cumplir con la finalidad constitucionalmente válida antes mencionada, por lo que señaló que la política gubernamental también considera una serie de medidas consistentes en Normas Oficiales Mexicanas y diversas políticas públicas en materia de salud, por lo que consideró que:

“...en razón de que el test de proporcionalidad en materia tributaria es de carácter laxo o débil, se advierte que la medida impositiva enjuiciada es idónea para cumplir el fin constitucionalmente objetivo y válido señalado, por lo que no es dable 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).”

Mismo argumento que repitió textualmente en los distintos amparos en revisión citados al inicio de este apartado, es decir en los expedientes 845/2015, 876/2015 y 514/2017, por lo que hizo al amparo en revisión 631/20017, consideró que:

“En ese sentido, el test de proporcionalidad de una norma tributaria se limita a verificar que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva o constitucionalmente válida o aceptable; además, en el análisis de la idoneidad y necesidad de los medios, no se debe exigir que el legislador haya justificado cuál de todos los medios disponibles cumple en todos los grados o niveles de intensidad la finalidad perseguida, 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.”

Conforme a lo anterior, suprimió la etapa de idoneidad, bajo el argumento que al legislador se le exige un mínimo de idoneidad, que únicamente debe determinar si el medio elegido es el idóneo, porque en materia tributaria el test de proporcionalidad es de carácter débil, así que el legislador no está obligado a justificar cuál de todos los medios disponibles cumple en todos los grados o niveles de intensidad la finalidad perseguida. Lo anterior se ha venido repitiendo hasta la última jurisprudencia administrativa que se lee:

“COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR. EL ARTÍCULO 25, FRACCIÓN VI, DE LA LEY DE INGRESOS DE LA FEDERACIÓN PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 2019, SUPERA EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. Del referido precepto legal se advierte que en el ejercicio fiscal de 2019 el contribuyente conserva el derecho a compensar saldos a favor, y si bien limita la aplicación de la figura de la compensación únicamente contra las cantidades que esté obligado a pagar por adeudo propio, sin incluir aquellas por retención de terceros, y siempre que deriven del mismo impuesto, incluyendo sus accesorios y no otros, lo cierto es que supera el test de proporcionalidad, pues esa medida es acorde al ejercicio interpretativo constitucional, porque: i) Persigue un fin constitucionalmente válido, ya que la finalidad del legislador fue impedir prácticas de evasión, generar mayor control por parte de la administración tributaria sobre los acreditamientos y un mejor registro de la recaudación; ii) Es racional y adecuada, toda vez que no afecta la existencia del saldo a favor del contribuyente debido a que sólo se establecen modalidades para su obtención, ya sea extinguir diversas obligaciones tributarias por adeudo propio, o bien, solicitar su devolución; y, iii) Es proporcional, porque en atención a la finalidad perseguida, si bien impacta en la disposición inmediata de su flujo de efectivo, lo cierto es que tiene a su alcance los métodos para llevar a cabo la recuperación de los saldos a favor mediante su solicitud ante la autoridad hacendaria, o bien, compensarlos contra los mismos impuestos.”<sup>310</sup>

---

<sup>310</sup> Localizable en la Décima Época, Registro: 2021454, Segunda Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 74, Enero de 2020, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 2a./J. 7/2020 (10a.), Página: 868, derivado de los amparos en revisión **492/2019** con resolución de fecha 13 de noviembre de 2019; **519/2019** con resolución de fecha 13 de noviembre de 2019; **545/2019** con resolución de fecha 13 de noviembre de 2019; **557/2019** con resolución de fecha 21 de noviembre de 2019; **544/2019** con resolución de fecha 4 de diciembre de 2019, en todas ellas la Ponente fue la Ministra Yasmín Esquivel Mossa. Tesis de jurisprudencia aprobada por la Segunda Sala, en sesión privada del 15 de enero de 2020. Esta tesis se publicó el viernes 24 de enero de 2020 a las 10:25 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por

Todas las sentencias que dieron origen a dicha jurisprudencia se fundaron en la jurisprudencia descrita al inicio de este apartado, por lo que no ha habido variación en la supresión de la segunda etapa del test de proporcionalidad (idoneidad), lo cual se considera que operó la decisión subjetiva desacertada de la Segunda Sala, porque

1.- Las personas no tendrán seguridad jurídica en saber, qué etapas habrán de suprimirse en los subsecuentes juicios.

2.- Señalan una justificación muy débil de la conexión racional entre los medios y los fines, no se toma en consideración si los medios están plena y racionalmente conectados con el objetivo tal y como lo establece Grégoire Webber en esta investigación en el apartado “1.7.1 La proporcionalidad y sus limitaciones”, o en palabras de David Beatty, la prueba de la racionalidad (idoneidad) y “necesidad” señalan los casos cuando, en efecto, no hay razones legítimas de ningún tipo que puedan ser identificadas para justificar lo que se hizo;

3.- No se toma en consideración que se está afectando el patrimonio de los particulares, ya que al cumplir con su obligación prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 31 fracción IV, debe hacerlo de manera proporcional, dicho precepto no establece que será de manera proporcional laxa, o débil.

4.- En las diversas ejecutorias, se limitan a señalar que al legislador se le exige un mínimo de idoneidad, dejan de lado la posibilidad de la existencia de otras medidas que alcancen de una mejor manera el citado propósito, con lo que se estarían desperdiciando los recursos obtenidos por concepto de las contribuciones.

5.- Por ello, se propondrá un diagrama del test de proporcionalidad, tratando de abarcar la mayor parte del análisis de los capítulos anteriores, pero antes, es necesario proponer una solución a la inconmensurabilidad en la fórmula

---

ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 27 de enero de 2020, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 16/2019.

de Robert Alexy, para poder tener una idea de un valor numérico más objetivo y más aproximado a la realidad, y que a continuación se analiza.

Talya Steiner, Andrej Lang, y Mordechai Kremnitzer, consideran, desde su perspectiva, todas las etapas del test de proporcionalidad, o como ellos mismos lo señalan, un enfoque integrador de la proporcionalidad, da lugar a mejores resultados, resoluciones mejor razonadas, con lo que se proporciona a los juzgadores mejores argumentos o justificaciones en la limitación de los derechos, procurando una mejor protección, lo cual es el objetivo de la proporcionalidad, aunque pueden presentarse errores que puedan conducir a limitaciones de derechos injustificadas, con lo que las ventajas de un enfoque integrador es que se utilizarán todas las etapas del test de proporcionalidad para examinar los derechos que se restringirán, se medirá y justificará desde todos los ángulos posibles la limitación, maximizando el resultado que cada etapa aporta al análisis,<sup>311</sup> lo que confirma la hipótesis de ésta investigación, que en ocasiones los derechos son limitados injustificadamente.

---

<sup>311</sup> Determinaron textualmente que: “In our view, an integrative approach to proportionality generally results in better-reasoned judgments, equipping the judiciary with more effective tools for evaluating the persuasiveness (or lack thereof) of a justification of a rights limitation and thereby contributing to better protecting rights, which we view as the ultimate function of proportionality. Considering that various kinds of flaws can present themselves in the policy-making process, in turn leading to unjustified rights limitations, one of the advantages of an integrative approach is that it utilizes all stages of the doctrine in a joint effort to scrutinize the rights restricting measure and its justification from all possible angles, maximizing the unique perspective that each stage contributes to the analysis.” Lo que puede traducirse como: “En nuestra opinión, un enfoque integrador de la proporcionalidad generalmente da como resultado juicios mejor razonados, dotando al poder judicial de herramientas más efectivas para evaluar la capacidad de persuasión (o la falta de ella) de una justificación de una limitación de derechos y, por lo tanto, contribuyendo a proteger mejor los derechos, lo que nosotros vemos como la última función de la proporcionalidad. Teniendo en cuenta que pueden presentarse varios tipos de fallas en el proceso de formulación de políticas, que a su vez conducen a limitaciones injustificadas de los derechos, una de las ventajas de un enfoque integrador es que utiliza todas las etapas de la doctrina en un esfuerzo conjunto para examinar los derechos que restringen los derechos. medir y su justificación desde todos los ángulos posibles, maximizando la perspectiva única que cada etapa aporta al análisis.” Steiner, Talya, et al., Capítulo 7, *Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice, Towards an Integrative Model of Proportionality*, en Kremnitzer, Mordechai, et al., *PROPORTIONALITY IN ACTION, Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, United Kingdom, Cambridge, University Press, 2020, p. 599.

#### 4.4 Propuesta para la resolución de la inconmensurabilidad en la fórmula de Robert Alexy

Norberto Bobbio considera que cuando un órgano superior atribuye un poder normativo a un órgano inferior, no le atribuye un poder ilimitado, sino que establece límites dentro de los cuales puede ser ejercido ese poder. tanto el poder negocial como el jurisdiccional, están limitados por el poder legislativo y este por el poder constitucional, y conforme se desciende de la pirámide, el poder normativo está más circunscrito.<sup>312</sup>

Dicha circunscripción, se encuentra dentro del ámbito de validez de las normas, que al ser considerado “según Kelsen desde cuatro puntos de vista: el espacial, el temporal, el material y el personal”<sup>313</sup> dicha posición teórica es importante al tema que nos ocupa, en atención a lo siguiente.

El Dr. Burgoa considera que la esencia de la proporcionalidad es que exista una adecuación y medida recíproca entre la limitación a un derecho, respecto del beneficio o ganancia que tendrá otro derecho distinto, para poder representarlo utilizó un ejemplo propuesto en los porcentajes basados en los ámbitos de validez, señalados en el párrafo anterior, al cual le asignó a la norma el valor hipotético de 100% y que dividido entre los cuatro ámbitos de validez le corresponde el 25%.<sup>314</sup>

La asignación la realiza con apoyo en diversas circunstancias especiales del caso, y dicho avance teórico resulta importante y relevante para esta investigación, porque es posible tomar en consideración los datos que almacenan las páginas electrónicas oficiales para poder completar los porcentajes de manera objetiva y neutral, y es así porque hay jurisprudencia que así lo determina al establecer lo siguiente:

---

<sup>312</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, segunda edición, 2005, cit., p. 167.

<sup>313</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1974, p. 80.

<sup>314</sup> Burgoa Toledo, Carlos Alberto (Coord.), *El Test de Proporcionalidad Justificación en la Limitación de los Derechos*, Dofiscal, México, 2017, p. 67.

“HECHO NOTORIO. LO CONSTITUYEN LOS DATOS QUE APARECEN EN LAS PÁGINAS ELECTRÓNICAS OFICIALES QUE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO UTILIZAN PARA PONER A DISPOSICIÓN DEL PÚBLICO, ENTRE OTROS SERVICIOS, LA DESCRIPCIÓN DE SUS PLAZAS, EL DIRECTORIO DE SUS EMPLEADOS O EL ESTADO QUE GUARDAN SUS EXPEDIENTES Y, POR ELLO, ES VÁLIDO QUE SE INVOQUEN DE OFICIO PARA RESOLVER UN ASUNTO EN PARTICULAR. Los datos que aparecen en las páginas electrónicas oficiales que los órganos de gobierno utilizan para poner a disposición del público, entre otros servicios, la descripción de sus plazas, el directorio de sus empleados o el Estado que guardan sus expedientes, constituyen un hecho notorio que puede invocarse por los tribunales, en términos del artículo 88 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo; porque la información generada o comunicada por esa vía forma parte del sistema mundial de disseminación y obtención de datos denominada "internet", del cual puede obtenerse, por ejemplo, el nombre de un servidor público, el organigrama de una institución, así como el sentido de sus resoluciones; de ahí que sea válido que los órganos jurisdiccionales invoquen de oficio lo publicado en ese medio para resolver un asunto en particular.”<sup>315</sup>

---

<sup>315</sup> Localizable en la Novena Época, registro: 168124, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, tipo de Tesis: Jurisprudencia, fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, Enero de 2009, materia(s): Común, tesis: XX.2o. J/24, página: 2470, derivada del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Amparo directo 816/2006. 13 de junio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Jorge Alberto Camacho Pérez. Amparo directo 77/2008. 10 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: José Martín Lázaro Vázquez. Amparo directo 74/2008. 10 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Jorge Alberto Camacho Pérez. Amparo directo 355/2008. 16 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Artemio Maldonado Cruz, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Rolando Meza Camacho. Amparo directo 968/2007. 23 de octubre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Marta Olivia Tello Acuña. Secretaria: Elvia Aguilar Moreno.

De lo anterior partiremos de la hipótesis que la información contenida en las páginas electrónicas oficiales de los órganos de gobierno dan certeza de la realidad, por lo que abordaremos el interesante ejemplo del programa hoy no circula, en el que colisionan dos derechos, el derecho al medio ambiente y el derecho a la libre disposición de vehículos, antes de la elaboración del mismo, es pertinente retomar los porcentajes del segundo derecho.

Respecto del ámbito personal y material, se consultó la página del INEGI, cuyos datos como lo indica la jurisprudencia precitada, resultan hechos notorios,<sup>316</sup> los vehículos de motor registrados en circulación al mes de febrero de 2020, datos estimados a nivel nacional, son los siguientes:

Tipo de vehículo	públicos	particulares	Total
Automóviles	718083	32414303	33132386
Camiones de pasajeros	192665	249513	442178
Camionetas para carga	11562057	169371	11392686
TOTAL	12472805	32833187	44967250

El total de vehículos registrados son 44,967,250 y el total de vehículos particulares son 32,833,187, el porcentaje es aproximadamente del 18.25% respecto del 25%, que como lo considera el Dr. Burgoa, no todos tienen acceso a un vehículo automotor.

En cuanto al ámbito espacial, podemos advertir que la extensión territorial del Estado de México representa el 1.09 % del total del país,<sup>317</sup> y la Ciudad de

<sup>316</sup> Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/vehiculosmotor/default.html#Tabulados>; consultada en fecha 21 de abril de 2020.

<sup>317</sup> Consultable en la liga: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/160892/3.3\\_Mapa\\_Edo\\_mexico\\_region\\_IV\\_XIV.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/160892/3.3_Mapa_Edo_mexico_region_IV_XIV.pdf); consultada el 21 de abril de 2020.



México representa 0.08% de la superficie total de México,<sup>318</sup> que da un total de 1.16%, que respecto del 25 % del ámbito espacial, representa el 0.29%.

En cuanto al ámbito temporal, si lo consideramos respecto de un año que son 365 días que representa el 25%, un año de 12 meses, y cada mes cuenta con cuatro fines de semana, es decir 8 días al mes sin que puedan circular los vehículos, que multiplicados por 12 da un total de 96 días, por lo que de los 365 días, solo se podrán circular 269, que representa el 18.42%.

Por lo que el esquema podría resultar integrado a esta fecha de la siguiente manera:

Derecho al medio ambiente	
Personal	25% por que corresponde a todos
Material	25% por que el aire es un todo que no se puede fraccionar
Espacial	25% por que no es propio de un solo lugar
Temporal	25% porque es válido siempre
Total	100%

Derecho a la libre disposición de bienes (incluido el vehículo)	
Personal	18.25% según datos del INEGI
Material	18.25% según datos del INEGI
Espacial	0.29% según datos del INEGI e Indesol.
Temporal	18.42% según el porcentaje de los fines de semana al año
Total	55.21%

Así podríamos observar la asignación de un porcentaje como el derecho a la seguridad social, en cuanto al ámbito personal y material el porcentaje total de personas afiliadas a algún sistema de seguridad social es el 82.2%, el 17.73% no está afiliada, y el 0.6% no especificó si está afiliado, por lo que del 25% sería el 20.55, quedando de la siguiente manera.

<sup>318</sup> Consultable en la liga: <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/df/territorio/>; consultada el 21 de abril de 2020.

Derecho a la seguridad social	
Personal	20.55% según datos del INEGI
Material	20.55% según datos del INEGI
Espacial	25% por que no es propio de un solo lugar
Temporal	25% porque es válido siempre que se encuentren afiliados
Total	91.1%

De lo anterior podría considerarse de manera únicamente teórica un valor que podría considerarse para eliminar la inconmensurabilidad y resolver la fórmula propuesta por Robert Alexy.

Retomando el ejemplo citado por el Doctor Burgoa respecto del derecho al medio ambiente, respecto del derecho a la libre disposición de bienes, y tomando los resultados, la fórmula del cociente de Robert Alexy, podría considerarse de la siguiente forma

$$G_{i,J} = \frac{I_i}{I_j} \text{ (derecho al medio ambiente)}$$

$$I_j \text{ (derecho a la libre disposición de bienes)}$$

Quedando con los siguientes valores

$$G_{i,J} = \frac{100}{55.21}$$

Dando un total de 1.8, y que conforme a la escala propuesta en la fórmula del peso, abordada en el punto 1.2.2 fórmula del peso, la intervención es seria, si el resultado es 4, mediana, si el resultado es 2, y leve, si el resultado es 1.

Con lo que se puede advertir que la intervención a la libre disposición de bienes de vehículos automotores es leve, sin embargo cuenta con toda la razón el Dr. Burgoa al estimar que los porcentajes resultan altamente aleatorios, pues los valores cambian cada año o cada mes, por lo que los resultados pueden ser efímeros, pero efectivos para tomar en cuenta al momento de la resolución en la limitación de un derecho o en la subsistencia de un derecho constitucional sobre otro.

Como se ha visto en los apartados anteriores, Barak considera que el alcance de un derecho constitucional es el peso que le otorga el ordenamiento jurídico al derecho del individuo y su necesidad de respetarlo, la protección al nivel constitucional, se determinan los derechos y su alcance, y al nivel, subconstitucional su grado de realización (aplicación), en los cuales el Juez interpreta las limitaciones y que las cláusulas de limitación prescritas por la Constitución, no sean excedidas.

La representación en porcentajes únicamente tiene como finalidad la representación numérica en cuanto al beneficio ganado por un derecho, procurando evitar la subjetividad al tomar datos proporcionados por dependencias públicas en medios de difusión que están al alcance del público, y que son conocidos por todas las personas.

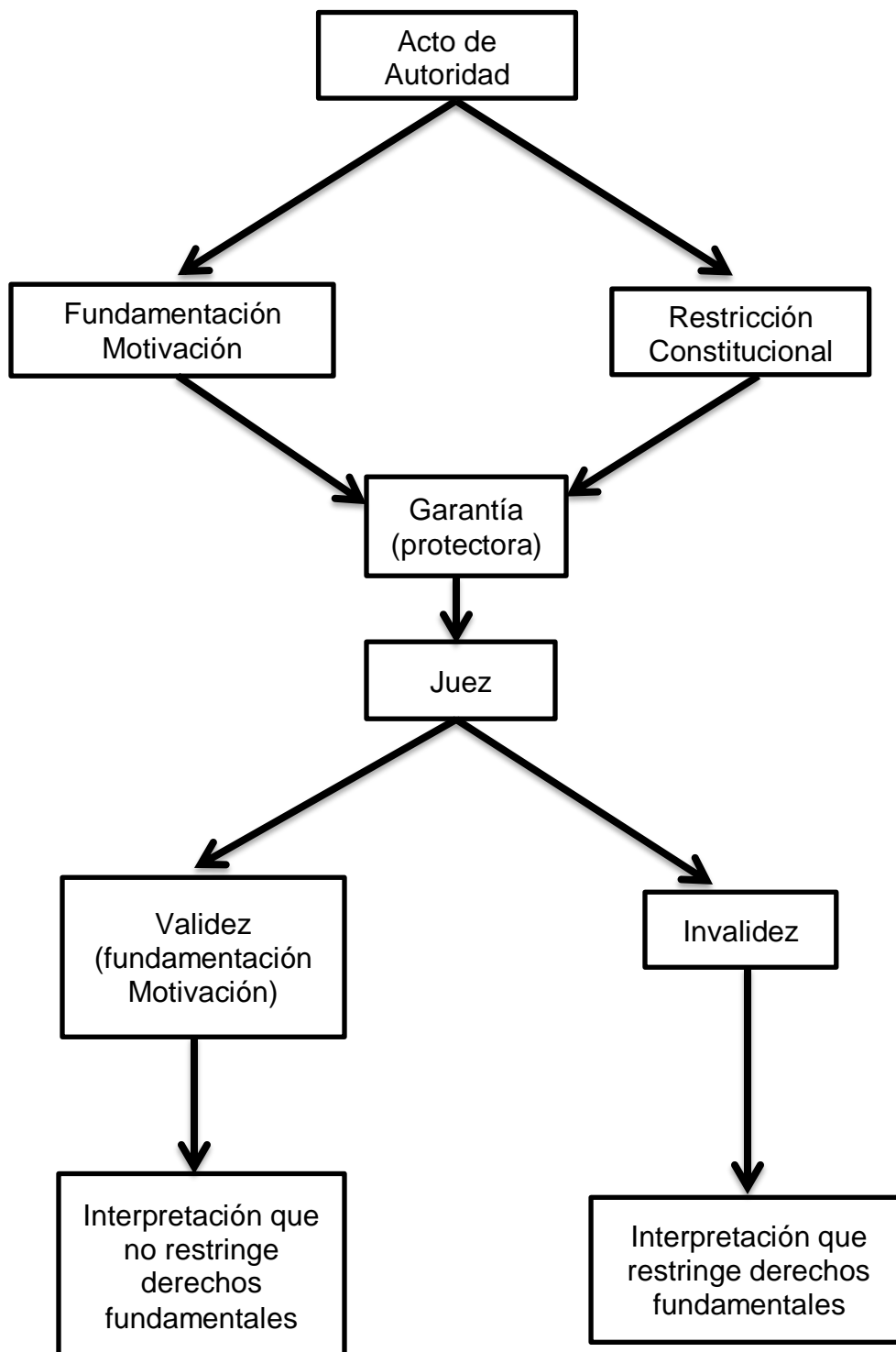
#### **4.5 Propuesta de modelos para el test de proporcionalidad para México**

El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se interpreta en un sentido relativo, no de manera absoluta, aun así los derechos humanos deben ajustarse a los límites constitucionales, como en su momento lo consideró la Contradicción de tesis, bajo el expediente 293/2011, por lo que las restricciones constitucionales siempre deben interpretarse en un sentido garantista y proteccionista, porque una restricción constitucional siempre estará rodeada de garantías, las cuales condicionan su validez.

Así se propone que en primer lugar se determine cuál es el derecho que se habrá de limitar, en una dimensión interpretativa subconstitucional o constitucional, en segundo lugar se justifique la limitación a su realización mediante el test de proporcionalidad que se propondrá.

#### 4.5.1 Dimensión interpretativa subconstitucional

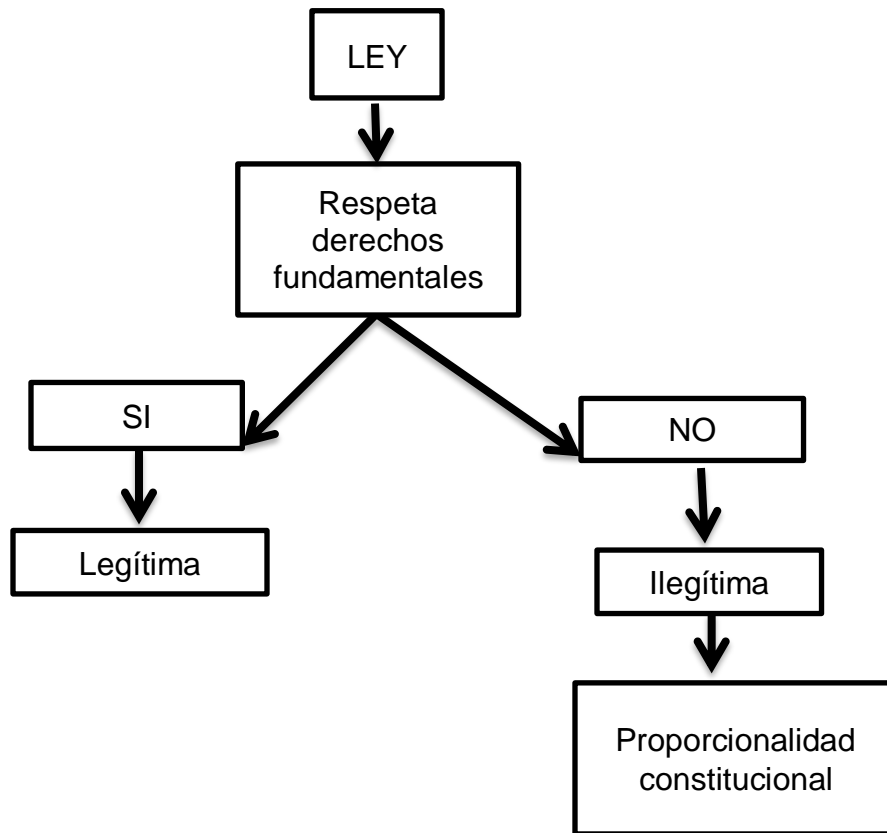
Así podríamos advertir que en el caso específico de un acto de autoridad fundado y motivado, que contemple una restricción constitucional, deberá cumplir con las garantías que protegen derechos fundamentales, al cual el Juez determinará la validez del acto de autoridad, excluyendo las interpretaciones que restrinjan los derechos fundamentales, lo cual podría quedar de la siguiente manera.



La restricción o limitación de un derecho fundamental no siempre es absoluto, un ejemplo es que no pueden restringirse los derechos humanos mediante consulta popular, tal y como lo señala el artículo 35 fracción VIII, inciso 3º, aunque se aprecia que las restricciones constitucionales en ocasiones se favorecen por encima de los derechos humanos, cuando un juez desaplica una norma constitucional la cual se presentó por el poder legislativo, en el cuadro antes citado, se establece la dimensión interpretativa en cuanto a que el Juez debe excluir las interpretaciones que restrinjan derechos fundamentales.

#### **4.5.2 Dimensión Constitucional**

En cuanto a las restricciones constitucionales, de manera aparente, una ley contraria a la Constitución no puede ser ley, si no respeta derechos fundamentales, si no se ajusta a un criterio de legitimidad, es decir la restricción debe ser legítima, tal y como lo considera Niels Petersen, respecto al cual se hizo alusión en esta investigación en el apartado “3.1.10 La proporcionalidad, argumentos del balance” en esta investigación, al señalar que el objetivo perseguido en el test de proporcionalidad debe ser legítimo, o las expectativas legítimas, lo que podría esquematizarse de la siguiente manera.



#### 4.5.3 Propuesta de estructura de proporcionalidad para México

Como se explicó en el apartado “3.10 Proporcionalidad interpretativa y proporcionalidad constitucional” el equilibrio se utiliza como una metáfora para explicar la proporcionalidad de un acto impugnado, con la finalidad de que el juez decida si un derecho fue violentado o no, debiendo apreciar si existe una conexión racional y evaluar si se eligió la medida menos restrictiva.

De las teorías analizadas es posible apreciar ciertas características comunes, como lo señala Francisco J. Urbina, las cuales se describen a continuación:<sup>319</sup>

<sup>319</sup> Urbina, Francisco J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, USA, Cambridge University Press, 2018, p. 126.

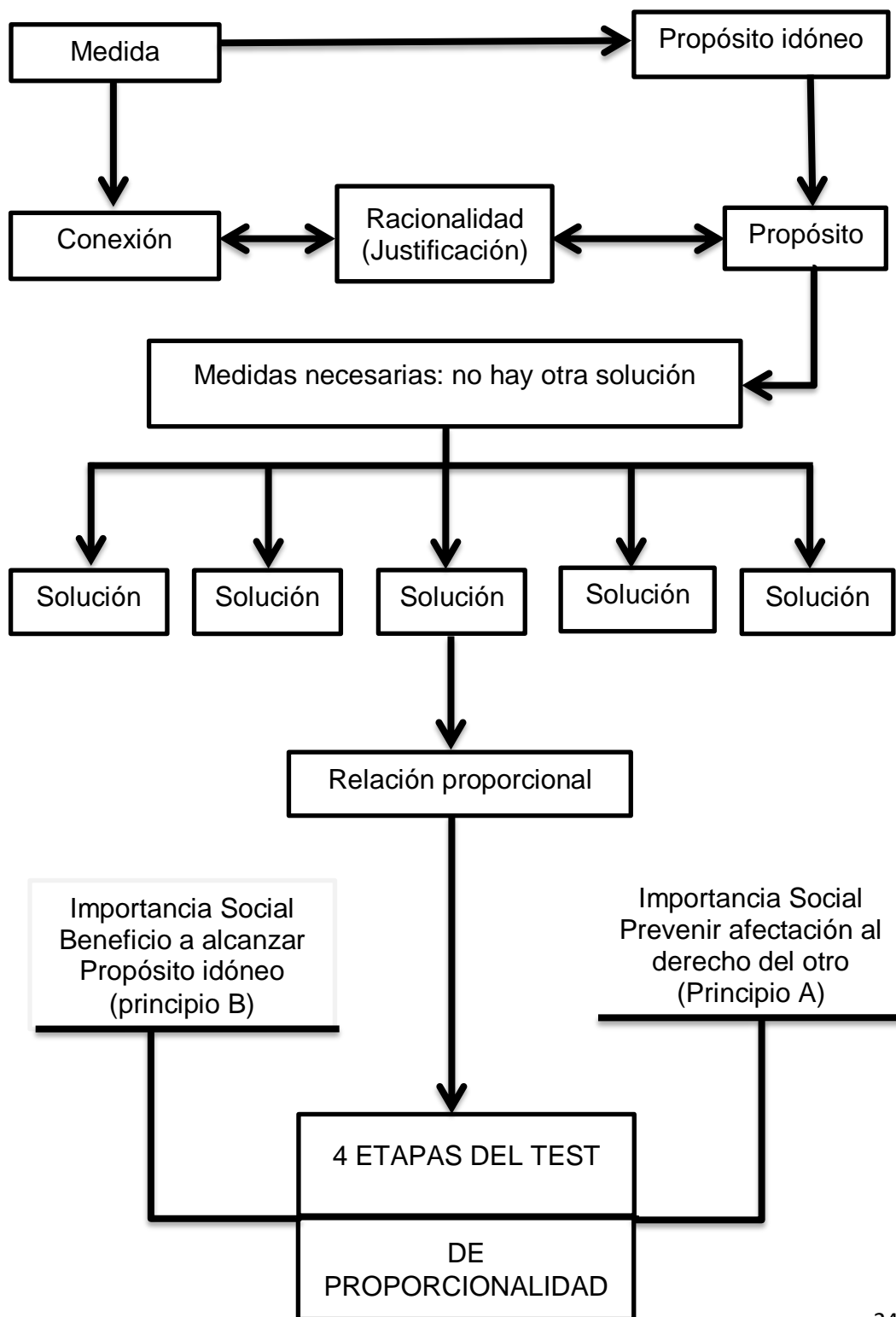
Primero.- El conjunto de teorías presupone una visión expansiva de los derechos humanos.

Segundo.- Los derechos humanos pueden ser limitados por una medida gubernamental, cuando los derechos son limitados, los gobiernos deben presentar razones para justificar la interferencia con esos derechos.

Tercero.- El test de proporcionalidad es utilizado para evaluar esas razones.

Cuarto.- La proporcionalidad entendida como la evaluación de valores y principios para establecer cuál de esos valores, principios o intereses debe prevalecer.

Con lo que se puede advertir que la última etapa de la proporcionalidad no demanda una aplicación concreta de un método. La idea de la justificación está al centro de las principales teorías de la proporcionalidad como un razonamiento irrestricto, conforme a todo lo anterior se propone la siguiente estructura:





Dentro de esta estructura se deberá tener en cuenta:

- 1.- El grado de no satisfacción o afectación del principio A.
- 2.- Importancia de la satisfacción (principio B).
- 3.- Importancia de la satisfacción (principio A) justifica la restricción (del principio B).

Como se señaló anteriormente Talya Steiner, Andrej Lang, y Mordechai Kremnitzer,<sup>320</sup> consideran que el enfoque en la secuencia de las etapas del test de proporcionalidad puede agudizar el razonamiento y fortalecer la solidez del resultado final del análisis, puede lograrse un resultado más persuasivo y bien razonado, proporcionar una mejor preparación a los tribunales para evaluar la limitación de derechos, lograr una mejor transparencia del proceso en las resoluciones judiciales, y brindar una mejor orientación a los poderes ejecutivo y legislativo, con lo que los tribunales deberían aplicar la proporcionalidad de

---

<sup>320</sup> Los autores precisan que: "...In fact, although the integrative approach may seem to produce less straightforward outcomes, increasing judicial engagement with the tests prior to strict proportionality can sharpen the reasoning and strengthen the soundness of the final outcome of the analysis. In light of what we see as the advantages of the integrative approach to PA –including producing a more persuasive and well-reasoned outcome, better equipping courts to evaluate the justification of the rights limitation, promoting the transparency of the judicial decision-making process, and providing better guidance for policy-makers – we encourage courts to apply proportionality more deliberately and more consistently in keeping with this approach." Lo que puede traducirse como "... De hecho, aunque el enfoque integrador puede parecer producir resultados menos directos, aumentar el compromiso judicial con las pruebas antes de la proporcionalidad estricta puede agudizar el razonamiento y fortalecer la solidez del resultado final del análisis. A la luz de lo que vemos como las ventajas del enfoque integrador del análisis de la proporcionalidad (AP), que incluye producir un resultado más persuasivo y bien razonado, equipar mejor a los tribunales para evaluar la justificación de la limitación de derechos, promover la transparencia del proceso de toma de decisiones judiciales, y brindar una mejor orientación a los responsables de la formulación de políticas: alentamos a los tribunales a aplicar la proporcionalidad de manera más deliberada y coherente de acuerdo con este enfoque." Steiner, Talya, et al., Capítulo 7, *Comparative and Empirical Insights into Judicial Practice, Towards an Integrative Model of Proportionality*, en Kremnitzer, Mordechai, et al., *PROPORTIONALITY IN ACTION, Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, United Kingdom, Cambridge, University Press, 2020, p. 606.

manera más deliberada y coherente sin omitir las etapas del test de proporcionalidad.

Sin embargo, no se deja de observar que una de las desventajas será la subjetividad del Juez, debe buscarse la optimización fáctica (idoneidad y necesidad) y posteriormente la optimización jurídica (proporcionalidad en sentido estricto), bajo esta propuesta de estructura en la proporcionalidad, podrían analizarse diversas restricciones a derechos fundamentales, entre las cuales se proponen como ejemplo las siguientes.

#### **4.5.4 Análisis de la proporcionalidad de restricción de libertades en casos de alerta sanitaria**

El artículo 73, fracción XVI, numeral 2a, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República, lo que puede considerarse una cláusula de limitación a que se refiere Aharon Barak, la cual se encuentra en esta investigación en el apartado “3.10 Proporcionalidad interpretativa y proporcionalidad constitucional”.

Con base en lo anterior, se puede analizar la proporcionalidad en la decisión de la siguiente tesis aislada.

“ALERTA SANITARIA. AL SER UNA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INMEDIATA EJECUCIÓN CUYA FINALIDAD ES PROTEGER LA SALUD DE LA POBLACIÓN, JUSTIFICA LA RESTRICCIÓN TEMPORAL DEL DERECHO AL TRABAJO DE UN PARTICULAR. De conformidad con los artículos 17 Bis, segundo párrafo, fracciones I, X y XIII, 396, 397, 401, 402 y 404, fracción IX, de la Ley General de Salud; 3, fracciones I y XIII y 15, fracciones IV, V y XI, del Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios y con las tesis aisladas 1a. CCI/2012

(10a.), 1a. CCV/2012 (10a.) y 1a. CCII/2012 (10a.), sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud, también llamada alerta sanitaria, es una medida de seguridad de inmediata ejecución, cuya finalidad es proteger la salud de la población, **en tanto pondera, como preferente, atender el interés público, así como la protección de usuarios o consumidores de bienes o servicios que impliquen un riesgo importante; también busca proteger y evitar el deterioro del bien jurídico que tutela, como una cuestión prioritaria y preferente**, que encuentra fundamento en los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de Estados Americanos, y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de ahí que **el Estado está obligado a garantizar el derecho a la salud, lo que de suyo implica adoptar políticas públicas y programas sociales, encaminados a avalarlo y protegerlo, entre los cuales, una modalidad es precisamente la vigilancia sanitaria mediante el procedimiento administrativo de verificación y, en su caso, de las medidas de seguridad, entre las que se encuentra la alerta sanitaria.** Asimismo, acorde con la jurisprudencia P./J. 28/99, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: "LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", **el derecho al trabajo se encuentra condicionado, entre otros aspectos, a que se afecten derechos de la sociedad en general, ya que debe protegerse el interés de ésta por encima del particular y, en**

**aras de ese interés mayor, se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse en una proporción mayor a la colectividad en relación con el beneficio que obtendría el gobernado. En este contexto, basta exponer razones justificatorias y ponderaciones que sustenten la alerta sanitaria, para que restrinja o acote de manera cautelar, provisional y preventiva un derecho –como el derecho al trabajo–, con el objeto de proteger un bien jurídico de mayor entidad como la salud, por ser una prioridad de orden público y de naturaleza urgente e inaplazable, cuestión que, no sólo es útil, sino necesaria porque es imprescindible para garantizar tal derecho.”<sup>321</sup>**

De la citada tesis, se advierte en primer lugar que la autorización constitucional correspondiente a la restricción de un derecho o denominada “cláusula restrictiva”, (tal y como se había analizado en el punto “1.3 Aharon Barak: proporcionalidad de los derechos”) concedida a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) se encuentra prevista en la Ley General de Salud (LGS), en el artículo 17 Bis, segundo párrafo, fracción X, consistente en aplicar las medidas de seguridad en el ámbito de su competencia; y

---

<sup>321</sup> Localizable en la Décima Época, Registro: 2018120, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 59, Octubre de 2018, Tomo III, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: I.4o.A.123 A (10a.), Página: 2167, dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el amparo en revisión 373/2017. Grupo Juadi, S.A. de C.V. y otras. 5 de abril de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: José Arturo Ramírez Becerra. Nota: Las tesis aisladas 1a. CCI/2012 (10a.), 1a. CCV/2012 (10a.) y 1a. CCII/2012 (10a.), de rubros: "MEDIDAS DE SEGURIDAD SANITARIA. LA SUSPENSIÓN DE MENSAJES PUBLICITARIOS EN MATERIA DE SALUD, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 404, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, RESTRINGE PROVISIONALMENTE UN DERECHO CON EL FIN DE PROTEGER EL RELATIVO A LA SALUD.", "MEDIDAS DE SEGURIDAD SANITARIA. LA SUSPENSIÓN DE MENSAJES PUBLICITARIOS EN MATERIA DE SALUD, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 404, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, COMO MEDIDA PRECAUTORIA, NO SE RIGE POR EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA." y "MEDIDAS DE SEGURIDAD SANITARIA. LA SUSPENSIÓN DE MENSAJES PUBLICITARIOS EN MATERIA DE SALUD, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 404, FRACCIÓN VIII, DE LA LEY GENERAL RELATIVA, CONSTITUYE UN ACTO PRECAUTORIO.", y de jurisprudencia P./J. 28/99 citadas, aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Tomo 1, septiembre de 2012, páginas 515, 513 y 514, así como Novena Época, Tomo IX, abril de 1999, página 260, respectivamente.

la medida de restricción temporal del derecho al trabajo se encuentra prevista por el artículo 404, fracción IX de la LGS.

La restricción a que se refiere la tesis en estudio, es del derecho al trabajo, la cual consiste en la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud, pues considera que la emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud, es una medida cuya finalidad es proteger la salud de la población.

**El propósito que persigue la medida** prevista por el artículo 404 fracción IX de la LGS, es la protección de usuarios o consumidores de bienes o servicios, busca proteger y evitar el deterioro del bien jurídico, es decir la salud, con lo que el propósito es idóneo.

**Por lo que toca a la justificación (idoneidad)**, es importante advertir si de alguna manera la medida es la adecuada para alcanzar el fin perseguido, si hay alguna relación entre la intervención al derecho y el fin, que de alguna manera aporte, en algún grado al propósito, es decir que proteja a los usuarios o consumidores, proteja y evite el deterioro del derecho a la salud, con lo que la restricción de emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud, de alguna manera contribuye a alcanzar el propósito perseguido.

**Ahora bien, debe tomarse en consideración si la medida es la necesaria (necesidad)** para alcanzar el fin perseguido, es decir, debe cerciorarse si hay otra solución que logre los fines en un grado de idoneidad igual o superior, y determinar si de las otras alternativas existentes, intervienen con una menor intensidad el derecho al trabajo afectado, o como lo considera Andrea Morrone, en cuanto a su orden de necesidad y urgencia analizado en el apartado 1.9 de esta investigación, en el caso que nos ocupa, y como bien lo señala la citada tesis, el Estado está obligado a garantizar el derecho a la salud, lo que implica adoptar políticas públicas y programas sociales, encaminados a avalarlo y protegerlo, entre los cuales, una modalidad es precisamente la vigilancia sanitaria mediante el

procedimiento administrativo de verificación y, en su caso, de las medidas de seguridad, entre las que se encuentra la alerta sanitaria.

De lo anterior, se advierte que las medidas consideradas por la tesis está adoptar políticas públicas, programas sociales y la vigilancia sanitaria, cuyo procedimiento culmina en una alerta sanitaria, dentro de la cual también están las medidas de seguridad sanitaria previstas por el artículo 404, de la LGS que son los siguientes:

- I. El aislamiento;
- II. La cuarentena;
- III. La observación personal;
- IV. La vacunación de personas;
- V. La vacunación de animales;
- VI. La destrucción o control de insectos u otra fauna transmisora y nociva;
- VII. La suspensión de trabajos o servicios;
- VIII. La suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud;
- IX. La emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud;
- X. El aseguramiento y destrucción de objetos, productos o sustancias;
- XI. La desocupación o desalojo de casas, edificios, establecimientos y, en general, de cualquier predio;
- XII. La prohibición de actos de uso, y
- XIII. Las demás de índole sanitaria que determinen las autoridades sanitarias competentes, que puedan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

Asimismo, se advierte que las soluciones no solamente son las previstas por el artículo 404 de la LGS, sino también las políticas públicas y los programas sociales. En este caso se determinó que es la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud, es la medida necesaria para lograr el fin perseguido, entre las demás soluciones previstas por el citado artículo 404 de la citada ley.

**Finalmente, en la proporcionalidad en sentido estricto**, al haber superado las demás etapas, se debe realizar un balance o ponderación de los derechos en colisión, el grado de intervención en el derecho al trabajo, frente al grado de realización del derecho a la salud (fin), se analiza el beneficio de la limitación de un derecho respecto del fin perseguido y los costos que se producirán, se debe analizar el grado que contribuye a la realización del fin, se requiere ponderar los beneficios obtenidos por el interés general y el menoscabo causado al derecho fundamental para obtener el propósito apropiado.

Por un lado, la importancia social de alcanzar la protección de los usuarios o consumidores y evitar el deterioro del derecho a la salud y, por el otro, la importancia social de prevenir la afectación del derecho al trabajo, a través de la emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud, que como se había mencionado en apartados anteriores, el interés general está por encima del interés particular, si bien la emisión de mensajes puede presuponer costos en la reducción de las ventas del producto y la afectación al trabajo, el fin perseguido resulta de mayor peso frente al derecho al trabajo, de ahí que la solución se haya considerado proporcional.

Como se dijo al inicio de este apartado, el artículo 73, fracción XVI, numeral 2a, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece que en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República, al respecto la Ley General de Salud también considera otras medidas preventivas o cláusulas de limitación de manera expresa, en las cuales también pueden colisionar distintos derechos tales como los siguientes preceptos:

Artículo 144.- La vacunación contra enfermedades transmisibles, prevenibles por ese medio de inmunización, que estime necesaria la Secretaría de Salud, será obligatoria en los términos que fije

dicha dependencia y de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.

En la cual pueden colisionar el derecho a la salud y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Artículo 149.- Sólo con autorización de la Secretaría de Salud se permitirá la internación en el territorio nacional de personas que padezcan enfermedades infecciosas en periodo de transmisibilidad, que sean portadoras de agentes infecciosos o se sospeche que estén en periodo de incubación por provenir de lugares infectados.

En este precepto puede colisionar el derecho a la salud y el derecho a la no discriminación.

Artículo 150.- Las autoridades sanitarias señalarán el tipo de enfermos o portadores de gérmenes que podrán ser excluidos de los sitios de reunión, tales como hoteles, restaurantes, fábricas, talleres, cárceles, oficinas, escuelas, dormitorios, habitaciones colectivas, centros de espectáculos y deportivos.

En este precepto puede colisionar el derecho a la salud y el derecho a la no discriminación.

Artículo 151.- El aislamiento de las personas que padezcan enfermedades transmisibles se llevarán a cabo en sitios adecuados, a juicio de la autoridad sanitaria.

En este precepto puede colisionar el derecho a la salud y el derecho a la libertad de tránsito.

Artículo 152.- Las autoridades sanitarias podrán ordenar, por causas de epidemia, la clausura temporal de los locales o centros de reunión de cualquier índole.



En este precepto puede colisionar el derecho a la salud y el derecho al trabajo.

En el caso de la pandemia por COVID-19, ha azorado al país, llegando a un grado de emergencia el Estado ha utilizado las facultades que le han sido concedidas por la Constitución para restringir derechos humanos por decreto. Una forma de autoridad temporal o excepcional. El Estado está autorizado a gobernar por un período de tiempo a través de decretos en lugar de leyes. Esta forma temporal de poder existe con el fin de combatir una emergencia sanitaria. En el caso de COVID-19, la emergencia proveyó la justificación para la autoridad, bajo el argumento de controlar el virus y salvar vidas.<sup>322</sup>

Con lo anterior se puede concluir que las cuatro etapas en el test de la proporcionalidad son necesarias para justificar la limitación de un derecho humano, por ello se propone el esquema presentado en el apartado 4.5.3 de esta investigación.

---

<sup>322</sup> El professor Peter Murphy, considera que el Estado tiene el poder para gobernar por decreto bajo la siguiente justificación: “In the COVID moment, Durkheim’s image of organic solidarity was combined with and effectively mediated by Carl Schmitt’s model of the emergency state. In an emergency, the state can use its constitutional powers to rule by decree or instruction. A constitutional state of emergency is a form of temporary, that is to say, exceptional authority. The state is authorized to rule for a period of time through the medium of directions rather than laws. This temporary form of power exists for the explicit purpose of combatting an emergency. It is based on the ancient Roman model of the constitutional dictator. In the case of COVID-19 the emergency was a public health emergency with apocalyptic connotations that tapped into a well-spring of public and government alarmism that had developed over decades. The justification for the emergency authority was to control the virus and thereby save lives.” Lo que se traduce como: “En el momento de COVID, la imagen de solidaridad orgánica de Durkheim se combinó y fue mediada efectivamente por el modelo de estado de emergencia de Carl Schmitt. En caso de emergencia, el Estado puede usar sus poderes constitucionales para gobernar por decreto o instrucción. Un Estado de excepción constitucional es una forma de autoridad temporal, es decir, excepcional. El Estado está autorizado a gobernar por un período de tiempo a través de instrucciones en lugar de leyes. Esta forma temporal de poder existe con el propósito explícito de combatir una emergencia. Se basa en el antiguo modelo romano de dictador constitucional. En el caso de COVID-19, la emergencia fue una emergencia de salud pública con connotaciones apocalípticas que aprovechó un manantial de alarmismo público y gubernamental que se había desarrollado durante décadas. La justificación de la autoridad de emergencia era controlar el virus y así salvar vidas.” Murphy, Peter, *COVID-19 Proportionality Public Policy and Social Distancing*, Palgrave Macmillan, Australia, 2020, pp. 94 a 95.

#### **4.5.5 Limitación del derecho a la libertad de creencia vs el derecho a la vida y sus posibles efectos.**

El análisis de la limitación del derecho a la libertad de creencia respecto del derecho a la vida se realizará por medio del amparo en revisión 1049/2017, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en fecha 15 de agosto de 2015, para establecer la importancia en la evaluación de la limitación de los derechos fundamentales y determinar sus alcances y efectos, para ello se analiza conforme a los siguientes apartados.

##### **4.5.5.1 Contexto.**

Como contexto se cita que una niña de 5 años, cuyos padres son Testigos de Jehová, pertenecientes a la etnia rarámuri, quienes le presentaron el 11 de abril de 2017 a la unidad Cessa Aldama del Instituto Chihuahuense de Salud, presentando síntomas de infección en vías respiratorias y palidez de tegumentos, el médico tratante le requirió la práctica de diversos estudios clínicos, tales como una biometría hemática completa y examen general de orina, el 19 de abril de 2017, determinó probable diagnóstico de leucemia, (hubo de intermedio 7 días), por lo que era urgente acudiera al Hospital Infantil de Especialidades del Estado de Chihuahua, siendo atendida ese mismo día aproximadamente a las 14:00 horas, los médicos le explicaron a la madre las complicaciones del probable diagnóstico, 2 horas después la hematóloga evaluó la salud de la menor, y concluyó que presentaba muy probablemente un cuadro infeccioso viral, por lo cual solicitó pase a terapia intermedia, posteriormente la hematóloga informó a los padres de la menor la gravedad de su estado de salud, así como el tratamiento médico que consideró idóneo, incluyendo transfusiones sanguíneas, sin embargo los padres de la menor solicitaron una medida alternativa a la transfusión sanguínea, derivado que profesaban la religión de los Testigos de Jehová, a las 19:30 horas, la trabajadora social del nosocomio puso a la menor a disposición de la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial de Morelos Chihuahua, debido a la gravedad de su estado de

salud, y la necesidad de llevar a cabo la transfusión sanguínea y la oposición de los padres a dicho tratamiento, momentos más tarde se informó a la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas y Adolescentes del Distrito Judicial Morelos, su titular inmediatamente se entrevistó con los padres de la menor a fin de que aceptaran el tratamiento propuesto, quienes se negaron de nueva cuenta, solicitando una medida alternativa, por lo que la subprocuraduría inició el procedimiento administrativo de protección a menores, ordenando la tutela provisionalmente a su favor, autorizando los tratamientos necesarios para salvar la vida de la menor, por lo que a las 22:40 horas se ingresó a terapia intensiva, iniciando la transfusión, al día siguiente continuó con pronóstico reservado y probabilidad de complicaciones por lo que continuaron con las transfusiones, y hasta el tercer día (21 de abril de 2017) la menor se reportó estable, presentando una mejora, suspendiendo la transfusión.

El 25 de abril de 2017, a las 15:30 se intervino a la menor, aspirando una toma de médula ósea con el objetivo de confirmar el diagnóstico de leucemia linfoblástica aguda, y ese día se volvió a efectuar una transfusión, el 26 y 27 de abril de 2017 la menor recibió inmonoglobulina y para los días 28 y 29 de abril de 2017 recibió concentrado plaquetario, y diversos estudios clínicos, para el 3 de mayo de 2017 los resultados del análisis de la médula ósea confirmaron el diagnóstico de leucemia linfoblástica aguda.

Por lo que la hematóloga (médico tratante), la trabajadora social del hospital y la Subprocuradora se reunieron con los padres de la menor para informarles del tratamiento que requería era quimioterapia, indicándoles las consecuencias del tratamiento, entre otras, seguir requiriendo transfusiones sanguíneas.

A lo anterior los padres de la menor requirieron una segunda opinión, respecto del tratamiento idóneo, y la médico tratante señaló que era urgente iniciar con la quimioterapia, pero que accedía a entrevistarse con otro médico especialista, sin embargo, aún con la negativa, la Subprocuradora de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial Morelos autorizó el inicio de quimioterapias, por la urgencia en combatir la enfermedad.

Por lo que los padres de la menor presentaron amparo indirecto, en contra de la determinación de la Subprocuraduría en asumir la tutela de su menor hija para autorizar los procedimientos necesarios en el tratamiento para recuperar su salud, bajo el argumento que la Subprocuradora desplazó su derecho a tomar decisiones sobre su hija, ni se indagó sobre la veracidad de los hechos, ni se acreditó un desamparo, no se protegió la decisión de los padres como parte de sus creencias religiosas, hasta en tanto tuvieran certeza de la existencia de un tratamiento alternativo o de una segunda opinión, la atención médica bajo la tutela de la subprocuradora fue inadecuada, se vulneró su derecho a la igualdad y no discriminación por ser de la comunidad rarámuri y profesar como religión la de Testigos de Jehová, pues le hicieron sentir que al ser indígena es ignorante y no puede tomar decisiones adecuadas sobre los tratamientos de su hija; que se vulneró su derecho a recibir información adecuada, a fin de tomar una decisión informada respecto de la salud de su hija, no recibió orientación del estado de salud, riesgos y alternativas del diagnóstico terapéutico y quirúrgico para decidir en otorgar o no su consentimiento o tratamientos médicos no idóneos, solicitando la suspensión del acto reclamado.

El 8 de mayo de 2017 el Juzgado de Distrito admitió la demanda, en el incidente de suspensión, la Subprocuradora emitió informe previo, que apertura el procedimiento administrativo de protección de menores en atención a la necesidad de salvaguardar la vida de la menor.

El juez de Distrito concedió la suspensión para que la Subprocuraduría no tome decisiones sobre el tratamiento de la menor y que el hospital le brindara de forma detallada los beneficios y complicaciones de los tratamientos alternativos, por lo que se suspendió el procedimiento administrativo y se dio asesoría a la quejosa madre de la menor, por parte de la hematóloga (médico tratante) y la oncóloga pediatra, en el que se le indicó que sus probabilidades de vida son cercanas al 90% siempre y cuando se siga la quimioterapia y transfusiones de componentes sanguíneos, entre otros y el uso de componentes sanguíneos es superior al uso de algunos factores estimulantes como la eritropoyetina y agentes

trombopoyéticos, ya que tardan aproximadamente 7.5 días para hacer efecto en la producción de eritrocitos y plaquetas, y las condiciones de la médula ósea no hay precursores suficientes para que los medicamentos tengan efecto, ya que la médula está invadida por células malignas, seguido que fue el procedimiento se dictó sentencia el 30 de junio de 2017, se sobreseyó respecto de los actos reclamados al Procurador, y se amparó contra los actos del Hospital y de la Subprocuraduría, bajo el argumento que a los padres nunca se les presentó algún tratamiento alternativo propuesto por la médico tratante, y la Subprocuradora inició un procedimiento de manera ilegal, sin una investigación previa, su decisión se basó en prácticas discriminatorias hacia la quejosa debido a sus creencias religiosas, ordenándole a dicha Subprocuradora que concluyera que no había indicadores que justificaran que los padres no son aptos para responsabilizarse de la menor.

Con ello, el Juez de Distrito concluyó que los médicos y las autoridades hospitalarias actuaron de forma discriminatoria, motivada por las creencias religiosas de la quejosa, y que su actuación vulneró diversas prerrogativas derivadas del derecho a la salud, el personal del hospital comunicó a la Subprocuraduría de manera unilateral, sin acreditar que fueran omisos en el cuidado de la menor, el personal del hospital no fue sensible en entender que los padres en ese momento al negarse a autorizar la transfusión se encontraban en un estado psicológico de vulnerabilidad al no comprender la gravedad del estado de salud de su menor hija, al no contar con la información detallada.

El Juez de Distrito señaló que el personal del hospital vulneró el derecho de la madre a conocer de manera detallada los beneficios o complicaciones del tratamiento que se aplicaría a la menor y a obtener su consentimiento informado, le negaron el acceso a una segunda opinión con relación al tratamiento propuesto originalmente, concluyendo que debe respetarse la voluntad de los padres de implementar tratamientos alternativos, como estimulantes de células sanguíneas, y en caso de ser “urgente o necesario” si los tratamientos alternativos fallan, como último recurso, las transfusiones sanguíneas.

Al estar en desacuerdo, la madre de la menor (quejosa), la Subprocuradora y el Ministerio Público adscrito al Juzgado de Distrito interpusieron recursos de revisión, el Instituto Chihuahuense de Salud, interpuso revisión adhesiva.

La quejosa señaló estar en desacuerdo en la autorización del Juez que como último recurso se realicen transfusiones a su hija, pues dicha determinación implica que no pueda elegir libremente el tratamiento que fuera mejor a su juicio, pues los riesgos de las transfusiones sanguíneas, puede estar contaminada y contagiar a la menor de una patología más grave, por otra parte existen tratamientos alternativos tales como la eritropoyetina, que es del cuadro básico del catálogo de medicamentos con las que cuenta el sector salud, ya que dicha oposición se sustenta en su ideología religiosa, argumentando que el derecho a la vida no es el bien supremo y por encima está la dignidad el cual tiene un primer rango en el ejercicio de la libertad religiosa, donde el Estado no puede intervenir, que al dejar al criterio de los médicos la posibilidad de trasfudir sangre, vulneró su derecho a otorgar su consentimiento informado y se limitó su ejercicio de la patria potestad en la toma de decisiones de su menor hija.

Al determinar que solo existe una opción para preservar la salud del paciente Testigo de Jehová, se genera una imposición de opinión social mayoritaria y de los profesionales en la salud frente a una comunidad minoritaria que no desea morir y que tampoco se trasgreda su pensamiento religioso, debiendo lograr un equilibrio entre su libertad religiosa y su derecho a la salud, y no se resolvió sobre la reparación integral del daño o indemnización.

En el caso de la Subprocuradora de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chihuahua, señaló que no actuó de manera unilateral ni arbitraria o sin fundamento, sino en base a la solicitud del hospital y derivado de la atención urgente de la menor, al enterarse que era un caso de extrema urgencia, que le limitaba a realizar un procedimiento de investigación, pues con las opiniones médicas estaba comprometida la vida de la niña, manifestó que de la investigación de los hechos del caso existía el riesgo de que la niña perdiera la vida, derivado de la oposición de los padres al tratamiento propuesto, indicó que

atendió a la sugerencia de los padres de emplear tratamientos alternativos, sin embargo no era posible aplicarlos en ese preciso momento, debido a la gravedad de la condición de la salud de la menor, los tratamientos no serían efectivos para recuperar la salud de la menor, pero ello no generó prácticas discriminatorias, ni hay indicio que el tratamiento de transfusiones o la aplicación de medidas de protección a la menor se basara en que la madre profese como religión la de Testigos de Jehová; tampoco fueron precisas las hipótesis señaladas por el Juez de Distrito, ni se atendieron a los derechos de la salud y la vida de la menor, ni señalaron la manera en que debían actuar en caso de que la menor necesitara transfusiones sanguíneas ante una emergencia médica.

El Instituto Chihuahuense de la Salud, se adhirió al recurso de revisión presentado por la Subprocuraduría, señalando que resultan excesivamente burocráticos los requisitos señalados en los efectos de la sentencia, pidió que la toma de decisiones se justifique en caso de urgencia para emplear transfusiones médicas se articule de un modo que permita mayor agilidad, pues como explicaron la hematóloga y las doctoras adscritas al Centro Estatal de Cancerología, las transfusiones sanguíneas son superiores en términos de eficacia a los tratamientos alternativos, pidiendo se deslinde de responsabilidad a su personal médico adscrito.

El Ministerio Público, consideró que ante una urgencia médica no se puede limitar la posibilidad de que se aplique el tratamiento médico oportuno y eficaz, que en el caso es la transfusión sanguínea, de lo contrario es insuficiente para garantizar el derecho fundamental a la vida de la menor.

El recurso se turnó al Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Decimoséptimo Circuito, quien se declaró incompetente, por involucrar un problema relacionado con la libertad religiosa y el derecho de los padres a tomar decisiones médicas respecto de sus hijos en aquellos asuntos en los que se requieran transfusiones sanguíneas de manera urgente, pues se debe definir cómo deben actuar las instituciones públicas hospitalarias y las procuradurías de protección de menores en estos casos, pues no hay jurisprudencia, y se actualiza

la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes asumieron la competencia.

El análisis que concluyó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se realizó con base en diversos estudios publicados, el análisis brindado por el médico tratante y el médico especialista, concluyendo que no se vulneró los derechos de los pacientes, ni hubo un trato diferenciado o discriminatorio, que el Juez de Distrito al establecer que se realicen primero los tratamientos alternativos sugeridos por los padres, con acceso a las transfusiones, supeditado a que los demás tratamientos fracasen, no protege el interés superior del menor.

Lo anterior es así porque al obligar a los médicos tratantes a utilizar un método menos eficaz y condicionar su recuperación condiciona su recuperación y se somete a una situación crítica, urgente o terminal, en la cual pueda deteriorarse su salud y que la última posibilidad sean las transfusiones sanguíneas.

#### **4.5.5.2 Colisión de Derechos.**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que los derechos involucrados eran: El derecho a la vida privada familiar, estableciendo como límites el derecho de los padres a formar a sus hijos de acuerdo con sus creencias religiosas, el derecho de los padres a tomar decisiones médicas por sus hijos y la autonomía progresiva de los menores de edad; y, por otra parte, el interés superior del menor como límite a los derechos parentales.

Señaló los supuestos de riesgo para los derechos de la infancia, en la inviabilidad de considerar un tratamiento alternativo, la viabilidad de considerar un tratamiento alternativo; precisó los deberes del Estado al intervenir en la privacidad familiar.

En otras palabras examinó el derecho a la libertad de creencia y el derecho que tiene a tomar decisiones médicas por sus hijos, lo cual debería considerarse más bien como la obligación que tienen los padres de proteger su vida, según se advierte de la fracción VIII del artículo 103 de la Ley General de Los Derechos de



Niñas, Niños y Adolescentes, los cuales tienen derecho a la vida, tal y como lo disponen los artículos 13, fracción I, 14 y 103 de la citada ley.

**Si es analizado desde el test de proporcionalidad, desde la primer etapa se advierte que el objetivo perseguido es constitucionalmente válido,** la Suprema Corte de Justicia de la Nación buscó la forma de cumplir con la obligación del Estado, previsto en el octavo párrafo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**En cuanto a la idoneidad,** es necesario saber si las autoridades utilizaron la medida adecuada para alcanzar el fin perseguido, la relación entre el derecho y el fin, y el grado que aporta al propósito, la forma en que protegió a la menor y evitó un deterioro en su salud, lo cual al parecer resultó correcto, la vida de la menor resultó salvaguardada, y las transfusiones sanguíneas eran las que mejor protegían el derecho a la vida de la menor.

**Por lo que toca a saber si la medida era la necesaria,** para alcanzar el fin perseguido, es decir si las autoridades verificaron si había otra solución que lograra los fines en un grado de idoneidad igual o superior y determinar si de las otras alternativas existentes intervienen con una menor intensidad al derecho afectado, en este aspecto resulta atinente de nueva cuenta lo considerado por Andrea Morrone en cuanto al orden de necesidad y urgencia que ya se había analizado en el apartado 1.9 de este trabajo, al respecto es pertinente saber de manera previa lo siguiente:

Los establecimientos para la atención médica del sector público, social o privado del sistema nacional de salud, deben contar con un Comité Hospitalario de Bioética para la resolución de los problemas derivados de la atención médica, así como para el análisis, discusión y apoyo en la toma de decisiones respecto a los problemas bioéticos que se presenten en la práctica clínica o en la docencia que imparte en el área de salud, así como promover la elaboración de lineamientos y guías éticas institucionales para la atención y la docencia médica, según se advierte de la fracción I del artículo 41 Bis de la Ley General de Salud.

Por lo que el Hospital necesariamente debió contar con un Comité Hospitalario de Bioética para que emitiera una resolución desde antes que se suscitara el dilema que enfrentaron las autoridades responsables, dado que seguramente no es ni será la primer familia con creencias relacionadas con las transfusiones sanguíneas.

No obstante, en caso de urgencia, el artículo 51 Bis 2 de la Ley General de Salud establece que el usuario que se encuentre en estado de incapacidad transitoria o permanente la autorización para proceder será otorgada por el familiar que lo acompañe o su representante legal; en caso de no ser posible, el prestador de servicios de salud procederá de inmediato para salvar la vida y salud del usuario, dejando constancia en el expediente clínico, en ese sentido lo determina de igual forma el artículo 81 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica.

Por otra parte el artículo 166 Bis 11 de la Ley General de Salud, señala que en caso de urgencia médica podrá tomar la decisión en la aplicación de un procedimiento médico o quirúrgico el médico especialista y/o el Comité de Bioética de la Institución, siempre y cuando haya ausencia de familiares, representante legal, tutor o personal de confianza.

De lo anterior se advierte el papel importante que desempeña el Comité de Bioética, pues al final es quien debió resolver con base en el análisis, discusión, y apoyo en la toma de decisión del dilema que enfrentaron, pues la limitación al derecho constitucional sobre la toma de decisión de la menor, no solamente se encuentra prevista por la Ley General de Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sino de manera expresa por la Ley General de Salud, lo cual no fue analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De igual modo, el derecho de acceso a la información, a saber los procedimientos alternativos a que tenía derecho la menor, no era necesario que los solicitaran los padres de la menor, era obligación de la institución de salud de informárselos desde que les debieron presentar la carta de consentimiento

informado, según se advierte del numeral 19.3.3.3, de la Norma Oficial Mexicana NOM-253-SSA1-2012, “Para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos”, que dispone que la citada carta, es la que el receptor expresa su consentimiento para recibir una transfusión, y que debe contener, según el inciso d) Información sobre el o los productos sanguíneos que serán transfundidos, los objetivos, beneficios y posibles riesgos y, **en su caso, los procedimientos alternativos que hubiese**, y en la hipótesis de urgencia, se puede omitir la carta de consentimiento y recibir la transfusión.

Sin embargo la menor acudió el 11 de abril de 2017 a la primer consulta, y la primer transfusión se realizó el 19 de abril de 2017, por lo que mediaron 8 días, en los cuales bien pudo el comité de bioética emitir su resolución, manifestando que se les hizo del conocimiento a los familiares los procedimientos alternativos que hubiese; y de igual forma dejando constancia en el expediente clínico que se les hizo del conocimiento según la citada norma oficial, la carta de consentimiento informado, en la que se les hizo saber de los procedimientos alternativos que hubiese, puesto que la urgencia se debió entre los días transcurridos para la elaboración de los estudios.

Si bien, tenían sospecha de manera previa del diagnóstico y sabían que era probable una transfusión sanguínea, debieron hacérselo del conocimiento a los padres, pues era obligación de los médicos prever la posibilidad de una transfusión sanguínea y no esperar a que se presentara el evento, pues así lo dispone el artículo 3 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, o en específico de la fracción III del artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de Chihuahua

Con lo que, si bien, conforme a la proporcionalidad en sentido estricto, se alcanzó a salvaguardar la vida de la menor, lo cierto es que se restringió de manera ilegítima el derecho de acceso a la información de los padres, a obtener una resolución del Comité de Bioética, quien, en todo caso, era la instancia legitimada para determinar y deliberar durante los días previos a que se les presentara la urgencia para la transfusión sanguínea e informar a los padres sobre

la decisión del citado comité, lo que en este caso no aconteció, se limitó de manera ilegal el derecho de los padres, aun cuando ello no hubiere cambiado en nada el resultado para salvar la vida de la menor.

Lo anterior porque los efectos no deseados podrían hacerse presentes para que en un futuro las personas se abstengan de presentar a sus menores hijos, tal y como lo considera la profesora Megan Pearson de la siguiente manera:

“The most worrying exclusion of scrutiny of religious claims because of the division of public and private is the exclusion from child neglect laws for those who refuse medical care for their children, relying only on ‘faith healing’. No fewer than 26 US states have exemptions for felonious child neglect, manslaughter, murder or other offences if parents fail to seek medical care for their children because of their religious beliefs, although there are no such exemptions in Canada and the UK. Such religious practices have led to children’s deaths that were easily preventable. The public/private distinction approach may then prevent an adult from wearing a religious headscarf in state employment, but permit such treatment of children. This cannot be justifiable.”<sup>323</sup>

Resultando en un efecto negativo, tal y como lo consideró el profesor Martin Luteran, en el análisis del apartado 1.6 de este trabajo de investigación, para ser más precisos en un efecto negativo no intencionado, y justificado en las circunstancias, se debe prever la medida necesaria para al menos aminorar o evitar los efectos secundarios, pues si bien se salvó una vida, posiblemente se

---

<sup>323</sup> Lo anterior puede traducirse como “La exclusión más preocupante del escrutinio de los reclamos religiosos debido a la división de lo público y lo privado es la exclusión de las leyes de negligencia infantil para aquellos que rechazan la atención médica para sus hijos, confiando solo en la “curación por la fe”. No menos de 26 estados de EE. UU. Tienen exenciones por negligencia grave de menores, homicidio involuntario, asesinato u otros delitos si los padres no buscan atención médica para sus hijos debido a sus creencias religiosas, aunque no existen tales exenciones en Canadá y el Reino Unido. Esas prácticas religiosas han provocado muertes de niños que se podían prevenir fácilmente. El enfoque de distinción público / privado puede entonces evitar que un adulto use un pañuelo religioso en el empleo estatal, pero permitir ese trato a los niños. Esto no puede justificarse.” Pearson, Megan, *Proportionality, Equality Laws, and Religion, Conflicts in England, Canada and the USA*, Reino Unido, Routledge Taylor & Francis Group, 2017, p. 36.

haya puesto en riesgo las vidas de otros menores con sus padres con las mismas creencias, por lo que se considera necesario una mayor argumentación jurídica, pues como se propuso en el apartado 4.5.3 en la propuesta de estructura de la proporcionalidad, las autoridades hospitalarias debieron informarles sobre otros procedimientos alternativos que la medida necesaria era la transfusión, es decir, que no hay otra solución, pues otras soluciones no solamente eran las propuestas por los médicos tratantes, en la Norma Oficial Mexicana NOM-253-SSA1-2012, había otras opciones como la hemodilución (numeral 3.1.58) o recambios plasmáticos en pacientes con leucemia, según se advierte del apéndice A, numeral A.1, el Comité de Bioética debió exponerles todos y cada uno de dichos tratamientos y explicarles que no había otro tratamiento que la transfusión, del resultado podrían enterarse las personas con el mismo tipo de creencias por medios de comunicación, y podrían sentirse agraviados colocando en peligro la vida de otros menores, por lo que se propone una estructura diferenciada para evitar los efectos negativos que pudiera traer una inadecuada aplicación del test de proporcionalidad.

## CONCLUSIONES

En el primer capítulo se analizaron diversos modelos del test de proporcionalidad, partiendo de las diferencias entre reglas y principios según Ronald Dworkin, fórmula del peso de Robert Alexy, así como el análisis que realiza Aharon Barak y Grégoire C.N. Webber que introducen al análisis del test de proporcionalidad, y las teorías complementarias como la doctrina del doble efecto de Martin Luteran, Jacco Bomhoff en la ponderación de intereses, Andrea Morrone en el orden de necesidad y urgencia, con las cuales se busca obtener un procedimiento más transparente y resulte en un razonamiento sólido.

En el segundo capítulo se identificó el paso del modelo garantista al Principialista o neoconstitucionalista, derivado de las reformas constitucionales de junio de 2011, con una posición ecléctica, en el que se defiende a los derechos humanos y la división de poderes, dando lugar a la optimización de los principios constitucionales en diversas esferas como la administrativa, legislativa y judicial.

En el tercer capítulo se estableció que la proporcionalidad juega un papel importante en la regulación en el ámbito político, legislativo y judicial, Niels Petersen tiene una concepción de desconfianza del test de proporcionalidad, a diferencia de David M. Beatty que la considera como una poderosa teoría del control judicial.

El cuarto capítulo se evaluó el test de proporcionalidad en México, a través de diversas sentencias resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que no siempre se respetan todas las etapas de la proporcionalidad como en materia fiscal, o bien al no respetarse las garantías de las partes en los

procesos pueden causar efectos negativos, en donde es posible aplicar la teoría del doble efecto de Martin Luteran.

La cláusula restrictiva a que hace alusión Aharon Barak, puede determinarse que los derechos constitucionales no son absolutos, como el caso del artículo 1º Constitucional establece en la última parte del primer párrafo que establece que los derechos humanos podrán restringirse y suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, lo mismo podríamos señalar respecto del derecho a la salud previsto en el párrafo cuarto del artículo 4º de la Constitución, que señala que el derecho a la protección de la salud la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, limitando así el derecho a la salud en el nivel subconstitucional mediante una ley o decisión judicial, sin que se vulnere el derecho en sí mismo.

Aharon Barak, Grégoire C.N. Webber y Niels Petersen, analizaron la legislación, jurisprudencia y resoluciones de diversos países, sin embargo, el común denominador fueron Alemania, Canadá, y Sudáfrica, los cuales parecen tener la mayor experiencia en el test de proporcionalidad.

Las etapas comunes de la proporcionalidad es que la medida restrictiva persiga un propósito u objeto constitucionalmente válido, como el interés público, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida legislativa, principalmente en Aharon Barak, Grégoire C.N. Webber y Niels Petersen, en el caso de México, el test de proporcionalidad constituye una herramienta interpretativa y argumentativa más de las que cuentan los jueces mexicanos, sin que sea obligatoria su utilización en todas sus decisiones,<sup>324</sup> sin embargo, tampoco es

---

<sup>324</sup> Véase en este sentido la jurisprudencia con el título: “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.” Localizable en el Registro digital: 2019276, Instancia: Segunda Sala, Décima Época, Materias(s): Común, Constitucional, Tesis: 2a./J. 10/2019 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 838.

correcto que puedan suprimir etapas de manera discrecional como en la materia fiscal, porque tendrá efectos negativos, como son la falta de seguridad jurídica o una injustificada afectación al patrimonio de las personas contribuyentes.

Las Constituciones son cambiantes a lo largo del tiempo y el lugar, los órganos jurisdiccionales de los diversos países protegen los valores con diferentes intensidades, sin embargo las limitaciones siempre se dan al nivel subconstitucional sin afectar el núcleo esencial del derecho, de ahí la importancia de conocer el alcance y extensión de los derechos a que hace referencia Aharon Barak.

Conforme a todo lo anterior, se propone que para intentar eliminar la inconmensurabilidad de la fórmula de Robert Alexy, o al menos tener una mayor proximidad en los valores asignados a los derechos, se realice a partir de la teoría desarrollada por el Doctor Carlos Burgoa, es decir, los valores asignados a los cuatro ámbitos de validez de las normas, (espacial, temporal, material y personal), en la cual en este trabajo se propone que se asigne en base a los datos con los que cuentan las dependencias gubernamentales o datos que almacenan las páginas electrónicas oficiales para asignar los porcentajes de una manera objetiva y neutral, cuyos valores cambiarán dependiendo de la realidad fáctica que rija en esos momentos, obteniendo de manera teórica un valor que podría eliminar la inconmensurabilidad en la fórmula de Robert Alexy.

Además de lo anterior, se propone que previo a la restricción o limitación de un derecho se otorguen las garantías de protección correspondientes, a fin de evitar o aminorar los efectos negativos que puedan surgir de forma posterior en el test de proporcionalidad, como en el caso del amparo en revisión 1049/2017, en el que se decidió entre el derecho a la libertad de creencias contra el derecho a la vida, el resultado es el mejor que pudo obtenerse en ese momento, sin embargo puede surgir un efecto negativo no intencionado y justificado en las circunstancias, es decir que los padres con ese sistema de creencias puedan abstenerse de buscar



atención médica para sus hijos, comprometiendo su salud o hasta su vida, pues si bien se pudo salvar la vida de la menor, ¿cuántas otras se comprometieron?

## BIBLIOGRAFÍA

1. Abramovich, Víctor y Courtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2004.
2. Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, USA, Oxford University Press, 2016.
3. \_\_\_\_\_, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 2014.
4. \_\_\_\_\_, *Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Editorial Fontamara, 2010.
5. \_\_\_\_\_, *The Argument from injustice a Reply to Legal Positivism*, USA, Oxford University Press, 2016.
6. Alpha, Guido, *Competition of Legal Systems and Harmonization of European Private Law*, Germany, Sellier European law publishers, 2013.
7. Balkin, Jack M., *Living Originalism*, USA, Belknap Harvard, 2014.
8. Barak, Aharon, *HUMAN DIGNITY, The Constitutional Value and the Constitutional Right*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015.
9. \_\_\_\_\_, *Judicial Discretion*, Yale University Press, USA, 1989.
10. \_\_\_\_\_, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, U.S.A., Cambridge University Press, 2012.
11. \_\_\_\_\_, *Purposive Interpretation in Law*, London, U.S.A., Princeton and Oxford, 2005.
12. \_\_\_\_\_, *The Judge in a Democracy*, USA, Princeton University Press, 2008.

13. Bastida Freijedo, Francisco J., et al., *TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978*, España, Tecnos, 2012.
14. Beatty, David M., *The Ultimate Rule of Law*, U.S.A., Oxford, University Press, 2016.
15. Benhabib Seyla, *Dignity in Adversity, Human Rights in Troubled Times*, United Kingdom, Polity Press, 2011.
16. Berumen Campos, Arturo, *El Derecho como Sistema de Actos del Habla*, México, PORRÚA - UNAM, 2010.
17. \_\_\_\_\_, *Teoría Pura del Derecho y Materialismo Histórico*, México, Ediciones Coyoacán, 2008.
18. Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, segunda edición, 2005.
19. Burgoa Toledo, Carlos Alberto (coord.), *El Test de Proporcionalidad Justificación en la limitación de los derechos*, México, Thomson Reuters, 2017.
20. \_\_\_\_\_. *Principios Tributarios, Entre la legalidad y el conocimiento*, México, Dofiscal, 2012.
21. \_\_\_\_\_, *La interpretación de las disposiciones fiscales*, México, DOFISCAL, 2011.
22. Cabo, Antonio de, et al., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2009.
23. Cantabria, Marta (ed.) et al, *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, España, Tirant to Blanch, 2018.

24. Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Madrid, España, Trotta, UNAM, 2009.
25. \_\_\_\_\_, et al, *Derecho Sociales y Derechos de las Minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
26. Carcaterra, Gaetano, *Dal Giurista al Filosofo Livelli el Modelli della Giustificazione*, Bologna, G. Giapichelli Editore - Torino, 2007.
27. \_\_\_\_\_, *Presupposti e Strumenti della Scienza Giuridica*, Bologna, G. Giapichelli Editore - Torino, 2012.
28. Cian C Murphy y Penny Green (ed.), *Law and Outsiders Norms, Processes and 'Othering' in the 21<sup>st</sup> Century*, EUA y Canadá, Hart Publishing, 2011.
29. Cohen, Joshua, *The Arc of the Moral Universe and Other Essays*, London, England, Harvard University Press, 2010.
30. Cohen-Eliya, Moshe y Porat Iddo, *Proportionality and constitutional culture*, USA, Cambridge University Press, 2016.
31. Córdova Vianello, Lorenzo (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, México, UNAM- Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
32. David Duarte, et al, *Proportionality in Law An Analytical Perspective*, Suiza, Springer International Publishing AG, 2018.
33. Di Lucia, Paolo, *Normatividad Derecho, lenguaje, acción*, México, Fontamara, 2010.
34. Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008
35. \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*, trad. Martha Guastavino, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1989.

36. Feinberg, Joel, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. USA, Princeton University Press, 1980.
37. Ferrajoli Luigi, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia. Tomo 2 Teoría de la Democracia*, Madrid, Trotta, 2011.
38. \_\_\_\_\_, *Principia Iuris Teoría del Derecho y de la Democracia. Tomo 1 Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
39. \_\_\_\_\_, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 9ª Ed., 2009
40. \_\_\_\_\_, *Derechos y Garantía., La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
41. \_\_\_\_\_, et al. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Madrid, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
42. \_\_\_\_\_, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
43. \_\_\_\_\_, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Minima Trotta, 2011.
44. Florenzano, Damiano, et al, *Diritti Inviolabili, Doveri di Solidarietà e Principio di Egualianza*, Bologna, G. Giappichelli Editore-Torino, 2015
45. García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1974.
46. Gaxiola Moraila, Federico Jorge, Derecho social en la Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Porrúa-UNAM-IIJ, México, segunda edición, 2004.

47. Grant Huscroft, Bradley W. Miller, y otro (ed.), *Proportionality and the Rule of Law Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, EUA, 2014.
48. Griffin, James, *On Human Rights*, U.S.A., Oxford, University Press, 2008.
49. Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
50. \_\_\_\_\_, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, D.F., 2013.
51. \_\_\_\_\_, *Estudios sobre la interpretación Jurídica*, México, PORRÚA-UNAM, 2014.
52. \_\_\_\_\_, *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
53. \_\_\_\_\_, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Mínima Trotta IIJ-UNAM, 2010.
54. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
55. Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Argentina, Abeledo Perrot, 2012.
56. Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy the origins and consequences of the new constitutionalism*, USA, Harvard University Press, 2007.
57. Jacco, Bomhoff, *Balancing constitutional rights the origins and meaning of postwar legal discourse*, USA, Cambridge University Press, 2016.
58. Jiménez Solares, Elba, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015.
59. Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, USA, Oxford University Press, 2012.

60. Kremnitzer, Mordechai, et al., *PROPORTIONALITY IN ACTION, Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, United Kingdom, Cambridge, University Press, 2020.
61. Lazarus, Liora, et al, *Reasoning Rights, Comparative Judicial Engagement*, United Kingdom, Hart Publishing, 2014.
62. Lyons, David, *Ethics and the rule of law*, Great Britain, Cambridge University Press, 1985.
63. \_\_\_\_\_, *Forms and Limits of Utilitarianism*, USA, Oxford University Press, 2002.
64. \_\_\_\_\_, *IN THE INTEREST OF THE GOVERNED*, USA, Oxford University Press, 1994.
65. \_\_\_\_\_, *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, NY, Oxford University Press, 1994.
66. Mc Closkey, H. J., *Meta – Ethics and Normative Ethics*, USA, Springer-Science+Business Media B.V., 1969.
67. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
68. Mill, John Stuart, *Utilitarianism and on Liberty*, USA, Blackwell Publishing, 2014.
69. Morrone, Andrea, *Diritti Principi e Fonti del Diritti Saggi Scelti*, Bologna, Bologna University Pres, 2015.
70. Murphy, Peter, *COVID-19 Proportionality Public Policy and Social Distancing*, Australia, Palgrave Macmillan, 2020.

71. Pearson, Megan, *Proportionality, Equality Laws, and Religion, Conflicts in England, Canada and the USA*, Reino Unido, Routledge Taylor & Francis Group, 2017.
72. Petersen, Niels, *Proportionality and Judicial Activism, Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, U.S.A., Cambridge, University Press, 2018.
73. Posner, Richard A., *How Judges Think*, England, Harvard University Press, 2018.
74. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
75. \_\_\_\_\_, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, España, Trotta, 2011.
76. Rawls, John, *La justicia como equidad Una reformulación*, España, Paidós, 2012.
77. Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, EUA, 2002.
78. Scalia, Antonin & Bryan A. Garner, *Reading Law, The interpretation of legal texts*, U.S.A., Thomson West, 2012.
79. Scalia, Antonin y Garner, Bryan A., *Making Your Case The Art Persuading Judges*, USA, Thomson/West, 2008.
80. Schweber, Howard, *The language of liberal constitutionalism*, U.S.A., Cambridge University Press, 2007.
81. Shapiro, Scott J., *Legality*, USA, Belknap Harvard, 2011.



82. Sieckmann, Jan-R. (Ed.), *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales. Estudio sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
83. \_\_\_\_\_, *The Logic of Autonomy Law Morality and Autonomous Reasoning*, United Kingdom, Hart Publishing, 2012.
84. Tratchman, Joel P., *The Tools of Argument*, USA, Create Space Independent Publishing Platform, 2013.
85. Tribe, Laurence, y Matz, Joshua, *Uncertain Justice*, USA, Picador, 2015.
86. Urbina, Francisco J., *A Critique of Proportionality and Balancing*, USA, Cambridge University Press, 2018.
87. Vicki C. Jackson y Mark Tushnet (ed.), *Proportionality New Frontiers, New Challenges*, Cambridge University Press, U.S.A., 2017.
88. Webber, Grégoire C. N., *The Negotiable Constitution on the Limitation of Rights*, USA, Cambridge University Press, 2016.
89. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
90. \_\_\_\_\_, *La Ley y su Justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
91. Zanon, Nicolás y Biondi, Francesca, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli Editore S.p.A., 2018.

## REFERENCIAS ELECTRONICAS

1. Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, disponible en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (fecha de consulta: 10 de abril de 2017)
2. Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118> (fecha de consulta: 19 de abril de 2020)
3. *Convención Europea de Derechos Humanos*, Disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2021)
4. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, versión electrónica, Voz modelo, disponible en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=PTk5Wk1> (fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022)
5. Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, Una crítica a la contraposición entre principios y reglas. El debilitamiento de la normatividad de las constituciones*, DOXA 34 (2012), Disponible en el sitio web: [www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf) (fecha de consulta 10 de abril de 2016)
6. Guastini, Riccardo, *A propósito del neoconstitucionalismo*, Gaceta Jurídica, [publicación web mensual], Gaceta Constitucional, (s.f.), N° 67,

Disponible en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Guastini.pdf> (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015)

7. Guastini, Riccardo, *Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*, Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N.º 08, agosto 2007, Lima, disponible en el sitio web: [http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci\\_\\_n\\_un\\_analisis.pdf](http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/ponderaci__n_un_analisis.pdf) (fecha de consulta: 19 de marzo de 2017)
8. Guibourg, Ricardo A., *Alexy y su fórmula del peso*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, disponible en el sitio web: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexys-guibourg-castellano.pdf> (fecha de consulta: 4 de octubre de 2021)
9. HCJ 73/53 “Khol Ha’am” Company Limited vs. Minister of the Interior; HCJ 87/53 “Al-Ittihad” Newspaper vs. Minister of the Interior; sentencia del 16 de octubre de 1953 Consultable en la versión traducida al inglés en el sitio web: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/53/730/000/Z01/53000730.z01.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/53/730/000/Z01/53000730.z01.htm) (fecha de consulta: 12 de mayo de 2017)
10. INDESOL, extensión territorial del Estado de México Consultable en la liga: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/160892/3.3\\_Mapas\\_Edo\\_mexico\\_region\\_IV\\_XIV.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/160892/3.3_Mapas_Edo_mexico_region_IV_XIV.pdf) (fecha de consulta: 21 de abril de 2020).

11. INEGI, Extensión territorial de la Ciudad de México Consultable en la liga: <http://cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/df/territorio/> (fecha de consulta: 21 de abril de 2020)
12. INEGI, vehículos de motor registrados en circulación al mes de febrero de 2020 Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/vehiculosmotor/default.html#Tabulados> (fecha de consulta: fecha 21 de abril de 2020)
13. Lyons, David, *Fourth Symposium The Correlativity of Rights and Duties*. Disponible en: [https://books.google.com.mx/books?id=Pp41YVG3IMEC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=LYONS,+David,+Fourth+Symposium+The+Correlativity+of+Rights+and+Duties.&source=bl&ots=a7XcmUrp7a&sig=68ZEzx\\_nh9mbEMyWnBih0qkCMIQ&hl=es&sa=X&ved=0CCYQ6AEwAWoVChMIgOy4u8y4yAIVws6ACh2OKg3n#v=onepage&q=LYONS%2C%20David%2C%20Fourth%20Symposium%20The%20Correlativity%20of%20Rights%20and%20Duties.&f=false](https://books.google.com.mx/books?id=Pp41YVG3IMEC&pg=PA49&lpg=PA49&dq=LYONS,+David,+Fourth+Symposium+The+Correlativity+of+Rights+and+Duties.&source=bl&ots=a7XcmUrp7a&sig=68ZEzx_nh9mbEMyWnBih0qkCMIQ&hl=es&sa=X&ved=0CCYQ6AEwAWoVChMIgOy4u8y4yAIVws6ACh2OKg3n#v=onepage&q=LYONS%2C%20David%2C%20Fourth%20Symposium%20The%20Correlativity%20of%20Rights%20and%20Duties.&f=false) (fecha de consulta: 09 de agosto de 2015).
14. Márquez Martínez, Laura, *Control Difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, localizable en la liga: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones\\_scjn/publicacion/2019-02/Control%20difuso%20desde%20una%20perspectiva%20de%20derecho.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2019-02/Control%20difuso%20desde%20una%20perspectiva%20de%20derecho.pdf) (fecha de consulta 3 de noviembre de 2021)

15. Márquez Martínez, Laura, *Control Difuso desde una perspectiva de derecho de acceso a la justicia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, localizable en la liga: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones\\_scjn/publicacion/2019-02/Control%20difuso%20desde%20una%20perspectiva%20de%20derecho.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2019-02/Control%20difuso%20desde%20una%20perspectiva%20de%20derecho.pdf) (fecha de consulta 3 de noviembre de 2021)
16. Prieto Sanchíz, Luis, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. ¿Qué puede entenderse por neoconstitucionalismo?* Disponible en el sitio web: [http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf) (fecha de consulta: 14 de noviembre de 2021).
17. Rojas Amandi, Víctor, *El concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, disponible en el sitio web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28798/26039> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2017)
18. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ponderación entre Derechos Fundamentales*, localizable en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf> (fecha de consulta: 22 de agosto de 2022)