

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA (LÍMITES Y RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)

Rafael AGUILERA PORTALES
Rogelio LÓPEZ SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La función de la hermenéutica constitucional en la magistratura constitucional*. III. *El principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional*. IV. *El empleo del principio de proporcionalidad para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales en México*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el juez constitucional se ha convertido en la figura primordial de la interpretación y argumentación creativa para la solución de casos. Alguna vez Zagrebelsky afirmaba que las interpretaciones de las normas a partir de una Constitución “viviente” corren el grave peligro de aumentar la discrecionalidad del juez; sin embargo, en algunas ocasiones la discrecionalidad equivale a “politización”, lo cual resulta bastante perjudicial para el carácter “jurídico” de la justicia. Si bien es cierto que la nueva hermenéutica judicial permite al juez un margen de “discrecionalidad” para llevar a cabo su labor de una manera más cómoda, flexible y abierta, esta misma característica de (discrecionalidad) como afirma el

jurista italiano, es inherente a la interpretación que se haga de las normas jurídicas.¹

La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta en este proceso de interpretación y argumentación, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia. Por tanto, el enfoque propuesto es sobre una hermenéutica jurídica capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propios del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

El denominado “nuevo constitucionalismo” surgido de la segunda posguerra ha traído consigo todo un repertorio teórico acerca de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y la conversión de la Constitución como una norma capaz de ser aplicada directamente por los operadores jurídicos.² En este sentido, la aplicación directa de principios constitucionales aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la ley fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado.³

¹ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Fernández Segado, Francisco, *Dignidad de la persona, Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 750; *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.

² Aguilera Portales, Rafael y López Sánchez, Rogelio, “Estudio introductorio”, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010, pp. 4 y ss.

³ Alexy, Robert, “Sistema jurídico y razón práctica”, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 159 -177; “Sistema jurídico, principios

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA 85

Por estos motivos, creemos que la formación del juez, más allá de los conocimientos meramente técnicos, debe contar con una sólida formación hermenéutica; de lo contrario, su labor silogística o de aplicación mecánica de las normas jurídicas no tendrá la legitimación necesaria ante el contexto sobre el cual tienen repercusión las normas jurídicas. Es importante volver a reevaluar la propuesta metodológica de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permite llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. De tal forma, creemos que la proporcionalidad y la ponderación son herramientas que ya no pertenecen únicamente a la labor del juez constitucional, sino que en la actualidad cualquier juez está llamado a cumplir con la ley fundamental.

II. LA FUNCIÓN DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL
EN LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

La hermenéutica jurídica puede mostrarnos la estructura del proceso de comprensión, así como las condiciones de posibilidad de los textos jurídicos. Esto evita la posibilidad de reducir la interpretación a una mera técnica en el simple procedimiento aplicativo.⁴ La idea perseguida con el proceso de hermenéutica constitucional es la comprensión intersubjetiva del proceso discursivo del derecho, y concretizar de mejor forma los valores y principios constitucionales a los problemas sociales que se pretenden resolver, desde una razón práctica. Dicho proceso únicamente es posible si el propio juez sabe comunicar los valores constitucionales por medio de un proceso discursivo y racional. Este proceso pau-

jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, pp. 139-151; Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002.

⁴ Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Derecho e interpretación (elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 225; Ferraris, Maurizio, *La hermenéutica*, México, 2000.

latino, de reconocimiento y consolidación de una constitución material, viviente, forma parte del desafío que el juez constitucional tiene en el siglo XXI. Esto lo podemos observar en la creación de nuevos derechos humanos, a partir de la interpretación extensiva de principios y de la axiología constitucional.⁵

Las Constituciones son textos vivos que aspiran a ser factores de integración de nuestras sociedades. El juez constitucional tiene un papel preponderante en la conjugación de esos valores, traducidos en derechos fundamentales o principios constitucionales. El desafío de la justicia constitucional es mayúsculo, en la medida en que los problemas sociales se judicializan. Ante esos conflictos, no es suficiente la preparación y el conocimiento de herramientas epistemológicas para la justificación interna de las resoluciones.⁶ Es necesario un amplio conocimiento de las teorías de la justicia que fundamentan las propias normas jurídicas, a fin de dar una justificación externa, y con base en la axiología constitucional.

La simbiosis entre el derecho y la moral permite llevar a cabo una función crítica del derecho positivo. En este contexto, es también indiscutible que la teoría constitucional en la actualidad se encuentra impregnada de valores y principios que irradian el resto del ordenamiento jurídico. La derrota del formalismo y legalismo jurídico, ante el ascenso de concepciones más flexibles, permite comprender holísticamente los problemas jurídicos y auxilia la labor del intérprete constitucional. Las técnicas para la resolución de conflictos en donde se encuentran involucrados valores y principios constitucionales son diversas. En la ponderación, por ejemplo, el juez se ve obligado a realizar un juicio ético sobre los valores en conflicto. La doctrina jurisprudencial

⁵ Tribe, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008, p. 32; Strauss, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010.

⁶ En la fundamentación o justificación interna se decide si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación; es decir, la corrección de estas premisas. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 1997, p. 213.

alemana fue la primera en consagrar en sus precedentes este tipo de razonamientos, a través de la teoría del orden objetivo de valores, fundamentada a su vez por el replanteamiento de la filosofía kantiana de la Escuela de Baden.

La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza el positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los tribunales resulta atractiva para los operadores jurídicos. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible. La asunción del paradigma valorativo por el juez, a partir de la ponderación de los principios en conflicto, debe llevarse a cabo en el contexto de una reflexión judicial consciente, y empleando una hermenéutica que permita dotar de sentido y sustancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto. Una dogmática constitucional que se encuentre alejada de la justicia y la equidad como valores rectores y orientadores tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

Por estas razones, la labor del intérprete constitucional se ha constituido el día de hoy como uno de los pilares fundamentales del Estado constitucional democrático. La fuerza normativa de los textos fundamentales, así como del propio derecho internacional de los derechos humanos, debe orientarse hacia una labor crítica a través de la expansión y potencialización de los derechos fundamentales como principios y valores que doten de sentido a todas las normas de los inferiores ordenamientos. La interpretación conforme y el control de convencionalidad son ejemplos claros de la realización de este proceso, que está siendo progresivamente aceptado por las jurisdicciones constitucionales iberoamericanas. Afirmamos, sin dubios, que este es apenas el comienzo de una era de justicia constitucional que tenga por fin la concretización de los derechos fundamentales y que aspire

a satisfacer los ideales de justicia y equidad, que por siglos han permanecido en la mesa de debate, pero que por su profunda dimensión e impacto en los conflictos en las relaciones humanas siguen vigentes hoy en día.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO INSTRUMENTO DE LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

El principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento indispensable para justificar las decisiones judiciales relacionadas con la limitación o restricción a los derechos fundamentales. Este instrumento ha servido para descifrar el nivel de intensidad en las restricciones de un derecho fundamental. Para Robert Alexy, un principio es un mandato de optimización; es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para el maestro alemán, la ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad, la cual a su vez se descompone en otros subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. De esta manera, en cada caso particular donde se aplique la ponderación se requiere “acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto que la actuación afecte a un principio o derecho constitucional”.⁷

Siguiendo la jurisprudencia alemana y la doctrina relativa, el principio de proporcionalidad debe respetar las siguientes fases o pasos (algunos autores lo denominan *test de proporcionalidad*). De esta manera, los subprincipios en la proporcionalidad son los siguientes:⁸

⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008, p. 200.

⁸ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 693 y ss.

1. El *subprincipio de idoneidad o adecuación* (*Grundsatz der Geeignetheit*). Significa que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De esta forma, el referido subprincipio impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: que tenga un fin constitucionalmente legítimo y que ésta sea idónea para favorecer su obtención. De igual forma, un fin será constitucionalmente legítimo cuando no esté prohibido de manera expresa por la Constitución.

Otra dimensión de este subprincipio es la prohibición de protección deficiente. Este principio “se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”.⁹

2. El *subprincipio de necesidad* (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) ha recibido otras denominaciones, entre las que se encuentran: subprincipio de indispensabilidad, subprincipio de medio más benigno, subprincipio de la intervención más restringida posible y como prohibición de exceso (*Grundsatz des leichtesten Mittels, des geringstmöglichkeit Eingriffs, Übermaßsigverbot*). Implica que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Es decir, implica la comparación adoptada por el legislador y otros medios alternativos. La elección de estos medios exige el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental.

3. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne, o Grundsatz der Proportionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit*). Significa que la intervención a un derecho fundamental debe estar justificada por la importancia

⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008, p. 139.

de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. La estructura argumentativa la expone Carlos Bernal Pulido en tres pasos:

- a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- c. Finalmente, se trata de construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

De esta forma, “el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control”.¹⁰ En este contexto, el principio de proporcionalidad es empleado para extraer el contenido esencial del derecho fundamental cuya fórmula o cláusula aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2,¹¹ seguida por la Constitución española de 1978, en su artículo 53.1.¹² Con-

¹⁰ Martínez-Escudero, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 117.

¹¹ Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

¹² “Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA 91

forme a criterios doctrinales, esta cláusula se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes Legislativo y Ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.¹³ En este mismo sentido se encuentra la concepción que realizó el Tribunal Constitucional español. Este órgano señaló en el famoso caso del “Decreto-Ley de Huelga”, que el contenido esencial del derecho subjetivo puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”.¹⁴

IV. EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
PARA LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES O RESTRICCIONES
A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

El empleo del principio de proporcionalidad como instrumento para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales tiene un retraso bastante notable en la jurisprudencia constitucional mexicana. Es decir, su reconocimiento por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido tardío, a través de una jurisprudencia aprobada en 2007, a raíz de distin-

ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

¹³ De Asís, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 103-107. Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español del 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

tos casos. Dicho reconocimiento y aplicación ha sido escaso aún para la solución de casos difíciles por nuestro más alto tribunal. Pero lo que más llama nuestra atención es quizá la combinación del modelo americano y el modelo de Europa continental del principio de proporcionalidad, ya que mientras para el primero el principio se deriva de la cláusula del debido proceso, para el modelo europeo tuvo su origen en el derecho de Prusia, especialmente con el empleo debido de la fuerza pública, pero es a partir de la jurisprudencia europea de la segunda posguerra cuando comienza adquirir los rasgos que hoy lo distinguen, a partir de la interpretación que ha realizado especialmente el Tribunal Constitucional Federal Alemán.¹⁵

Por tanto, el análisis que haremos en los siguientes apartados será de los distintos casos que dieron origen a las jurisprudencias sobre el principio de proporcionalidad. La primera jurisprudencia fue aprobada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, apenas en 2007, mientras que la segunda pertenece al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En el presente estudio haremos alusión únicamente al primer precedente, debido al carácter de análisis forense del presente manual, sin que por ello pasen desapercibidos los precedentes posteriores, emitidos por los tribunales mexicanos; por ello remitiremos al lector en las notas al pie a los mismos.¹⁶ Una vez aclarado lo anterior, la

¹⁵ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 693 y ss.

¹⁶ Para estos efectos, citamos únicamente jurisprudencia (y prescindimos de las tesis aisladas), la cual tiene efectos vinculantes a los órganos inferiores conforme al artículo 193 de la Ley de Amparo. Del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación destaca la siguiente: “Procedimiento administrativo sancionador electoral. Debe realizarse conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Tesis S3EIJ 62/2002, Sala Superior, *Justicia Electoral* 2003, suplemento 6, páginas 51-52. La SCJN también ha reconocido el principio de proporcionalidad, con relación al principio de igualdad en los precedentes de la Primera Sala: 55/2006 y 37/2008: “Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional”. *Semanario Judicial de la Federación* XXIV, septiembre de 2006, p. 75; “Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificacio-

jurisprudencia a analizar fue aprobada en dos mil siete por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Su contenido es el siguiente.

Garantías individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.¹⁷

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.

nes legislativas (interpretación del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”. *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII*, abril de 2008, p. 175. De la Segunda Sala de la SCJN, destaca también: “Igualdad. Criterios que deben observarse en el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de dicha garantía”. Tesis: 2a./J. 42/2010. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: XXXI, abril de 2010, p. 427. Asimismo, en materia de suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, el Tribunal Constitucional mexicano ha propuesto el empleo de la ponderación en la siguiente tesis jurisprudencial: “Norma Oficial Mexicana De Emergencia Nom-Em-012-Scfi-2006. Procede negar la suspensión solicitada en su contra, ya que de concederse se seguiría un perjuicio al interés social”. Tesis: 2a./J. 212/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, localización: XXVI, diciembre de 2007, p. 209. Derivada de la contradicción de tesis 180/2007-SS.

¹⁷ Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI*, diciembre de 2007, p. 8.

Desde nuestra perspectiva, existen distintos elementos que resulta indispensable destacar. El primero de ellos es el término de “garantías individuales” y no el de “derechos fundamentales”. Creo que desde el inicio se define la postura de los ministros ponentes que participaron en los casos que integran esta tesis. Es decir, una visión positivista, anclada aún en la falsa visión garantista de los derechos y en una errónea conceptualización de las garantías constitucionales proveniente del constituyente de 1917. A pesar de las imprecisiones conceptuales y metodológicas, podemos destacar los principios de razonabilidad y proporcionalidad utilizados por los ministros para limitar o restringir las “garantías individuales”. De la tesis aludida podemos destacar los siguientes elementos.

1. El subprincipio de idoneidad. Es decir, la persecución de una finalidad constitucionalmente legítima para alcanzar un fin. En esta jurisprudencia se divide en dos elementos el referido subprincipio.

2. El subprincipio de necesidad. Que en el logro de la finalidad constitucionalmente legítima que persigue la norma o el acto de autoridad no implique una carga desmedida o injustificada para el gobernado. En esta descripción se encuentra ausente la existencia de medidas alternativas para restringir en menor grado los derechos fundamentales en conflicto.

3. El subprincipio de proporcionalidad. Este elemento se encuentra ausente en la citada jurisprudencia. Incluso, como lo demostraremos líneas adelante, se confunde el subprincipio de proporcionalidad con el de necesidad.

4. Finalmente, la tesis incluye un elemento adicional: el principio de razonabilidad. Es decir, que se encuentre justificado en razones constitucionales. Si bien es cierto que en algunas ocasiones para la tradición continental europea este subprincipio se pudiera subsumir en el subprincipio de necesidad, pero sin dejar de estar dentro del principio de proporcionalidad, para nuestra Suprema Corte se encuentra separado, o al menos eso se puede inferir de la separación realizada al rubro de la misma tesis jurisprudencial, al establecer: “Debe respetar los principios de

razonabilidad y proporcionalidad jurídica”. Desde la perspectiva del derecho comparado, el principio de razonabilidad tiene mayor raigambre en el modelo americano de test de balanceo o principio de proporcionalidad. En un inicio la razonabilidad se constituye como un test menos exigente, “que ya no requerirá la minimización en la intervención, sino sólo que ésta no sea absurda”.¹⁸ Nosotros creemos que la inclusión del principio de razonabilidad en la mencionada jurisprudencia no tiene un fundamento metodológico válido, debido a lo siguiente.

En primer lugar, la tradición que decidió seguir la Corte para invocar el principio de proporcionalidad como instrumento para que una restricción a una “garantía individual” sea válida fue la del modelo continental europeo y no la del modelo americano. Ahora bien, si pretendía fusionar los dos principios, incurre en otro error, al argumentar al final de la tesis, que es a partir del principio de legalidad donde tiene o adquiere vigencia el principio de proporcionalidad, y añade: “con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados”. De alguna forma, este último argumento pudiera salvar el resto, ya que se invoca la interdicción de la arbitrariedad o el exceso de poder, como lo ha realizado en ocasiones el modelo español; sin embargo, creemos que la invocación es meramente retórica, pues el principio de legalidad en nuestro sistema constitucional ha merecido una interpretación distinta a la que se ha realizado de acuerdo con otros estándares comparados y de derecho internacional, en donde se entiende como debido proceso.

En segundo término, y continuando con la idea del principio de razonabilidad, creemos que el hecho de que se haya seguido el modelo americano tampoco tiene fundamento ni bases metodológicas claras. Me explico: el principio de razonabilidad, conforme al modelo de la Corte Suprema de Estados Unidos,

¹⁸ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 114.

tiene su origen en la interpretación que la misma Corte ha realizado sobre la cláusula del debido proceso sustantivo y adjetivo (*due process of law*) contenida en las enmiendas cinco y catorce de aquel país.¹⁹ Es cierto que el término “proceso” hace referencia al procedimiento, lo que de alguna forma se identifica con las formalidades del proceso, pero desde la perspectiva americana la dimensión sustantiva del debido proceso sostiene que algunas libertades son esenciales, y que el gobierno no puede limitar por cualquier proceso, es decir, tiene un elemento sustantivo, como pudieran ser la presunción de inocencia, la prohibición de pruebas ilegales en el juicio, una defensa adecuada, a la no autoincriminación, etcétera.²⁰

Mientras que para el modelo mexicano el principio de legalidad es el que fundamenta la proporcionalidad y razonabilidad jurídicas, siendo que el principio de legalidad por tradición ha sido entendido en nuestro sistema judicial como “formalidades esenciales del procedimiento”, haciendo referencia únicamente al proceso adjetivo; es decir, estar notificado de la acusación o cuestión que se demanda, aportar pruebas, tener un juicio y el dictado de una sentencia por escrito. Ahora bien, si la intención era ampliar el contenido del principio de legalidad, lo más razonable hubiera sido expresarlo en otra jurisprudencia o ahondar en ésta para redefinir la concepción del mismo. Dicho lo anterior, realizaremos un análisis de los precedentes que dieron lugar a esta jurisprudencia.

Se trata de cinco amparos en revisión,²¹ la mayor parte de ellos hacen referencia a un caso relativo a varios militares con

¹⁹ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, cit., pp. 33 y ss.

²⁰ Murphy, Walter F. et al., *American Constitutional Interpretation*, New York, Thomson West-Foundation Press, 2003, pp. 1148-1149; Fisher, Louis, *American Constitutional Law*, Carolina, Carolina Academic Press, 2003, pp. 659 y ss.

²¹ Esta jurisprudencia se encuentra compuesta por cinco casos, todos aprobados por el Pleno de la Corte por una mayoría de ocho votos, e interpuestos por los agraviados, con excepción del primero que mencionamos, el cual fue interpuesto por los familiares del quejoso, y el cual también requirió de engrosarse (lo tenía en primer término el ministro Mariano Azuela Guitrón): Amparos

VIH que fueron separados del ejército mexicano por haber contraído la enfermedad, pues la fracción IV de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas establecía como causa de retiro “Quedar inutilizado en actos fuera de servicio”. Ubicamos a partir del considerando cuarto, la argumentación a través de la cual creemos que se da entrada a la interpretación constitucional con base en principios y en una concepción material de constitución en relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales:

El principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática, en relación con la totalidad de la Norma Suprema. Es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es preciso armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida.

[...]

que el legislador se estime facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal.

Hasta este punto los razonamientos de la Corte nos parecen adecuados, pues reconoce en primer término la existencia de

en revisión 2146/2005, 810/2006, 1285/2006, 1659/2006, todos ellos resueltos el 27 de febrero de 2007 y el amparo en revisión 307/2007, resuelto el 24 de septiembre de 2007. Respecto a la estructura y contenido de los proyectos aprobados, cabe referir que es la misma para todos los proyectos y existieron votos particulares de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón, por su disconformidad con las pruebas que se allegaron al juicio de mérito. Asimismo, existió un voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, debido a que no estaba de acuerdo con el objeto de la ponderación realizada por los ministros: eficacia de las fuerzas armadas vs. principio de igualdad y no discriminación por razón de salud (derecho a la salud).

valores y principios en la norma constitucional, que en casos de colisión o choque, conforme al principio de unidad de la Constitución, deben balancearse o armonizar para que puedan tener eficacia en alguna medida. Aunado a lo anterior, el tribunal reconoce de igual forma la existencia de un contenido irreductible de los derechos fundamentales, sobre el cual no puede estar ningún poder constituido, argumentando que es en razón del contenido axiológico y material de la misma Constitución a partir de la cual deben interpretarse los derechos fundamentales. Asimismo, es destacable en el precedente aquí analizado, que la Corte mexicana cite un precedente del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, con la finalidad de demostrar que la ponderación y la interpretación a partir de principios han estado presentes en la jurisdicción constitucional mexicana. Igualmente, se encuentra la cita de otras tesis aisladas aprobadas por la misma Corte.

La primera de ellas es una tesis aislada de la quinta época, que trata de las medidas para comprobar el contagio venéreo. Ésta se divide tres partes, a partir de la estructura silogística clásica. La primera parte (premisa mayor) transcribe el artículo 16 de la Constitución federal; la segunda parte (premisa menor) señala que el indicio consistente en el hecho del denunciante del delito no es suficiente para fundar ni motivar adecuadamente la orden judicial que ordene extraer sangre al quejoso para demostrar que éste se encuentra contagiado. Finalmente, en su conclusión realiza un razonamiento advirtiendo que los actos de molestia de autoridad (mandamiento que ordene extraer sangre) debe fundarse en una “causa bastante” que amerite ordenarlo, de lo contrario, la orden resultaría inútil, pues no se podría demostrar “la relación de causa a efecto que se pretende”, pues habría sido posible que éste la haya contraído después de los hechos probablemente delictuosos.²²

²² “Contagio venéreo, medidas para comprobar el”, tesis aislada, Primera Sala, Quinta Época, *Semanario Judicial de la Federación*, LVII, p. 2498.

Consideramos que la cita se encuentra descontextualizada, pues el caso relatado previamente trata básicamente de la relación de causalidad entre un tipo penal y los hechos probablemente delictuosos. Es decir, en el soporte jurisprudencial se confunde el principio de causalidad con la relación instrumental del principio de proporcionalidad en relación de medios y fines,²³ ya que el hecho de que en la tesis se haya establecido que resultaba inútil por el transcurso del tiempo, y se invoque el derecho fundamental de fundamentación y motivación, no por esto podremos hablar de un posible origen o antecedentes del principio de proporcionalidad. El segundo antecedente es otra tesis aislada,²⁴ la cual nos parece aún más fuera de lugar, que incluso sostiene una postura legalista y una visión arraigada de la añeja concepción del principio de legalidad, al establecer lo siguiente.

La garantía de defensa que consagra el artículo 14 constitucional no se otorga en forma ilimitada, sino con sujeción al respeto de otras normas constitucionales de igual jerarquía que tienden a lograr un justo equilibrio entre la agilización de la administración de justicia y la seguridad jurídica de las partes en el proceso, lo cual sólo se obtiene mediante la inclusión de los requisitos necesarios en las normas ordinarias que regulan los casos específicos.

En este sentido, queremos únicamente señalar que el dato o soporte de la argumentación que se advierte en la tesis reseñada, relativo al antecedente para fundamentar el reconocimiento previo al principio de proporcionalidad, está equivocado, ya que el hecho de que el respeto a otras normas constitucionales dependa de los requisitos que señalen las demás normas ordinarias no proporciona ningún dato adicional o soporte que nos permi-

²³ Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1998; Mans Puigarnau, Jaime, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978; García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Colofón, 1989.

²⁴ “Defensa, garantía de, Limitaciones”. Tesis aislada, Séptima Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, pp. 181-186, tercera parte, p. 55.

ta extraer alguna relación entre medios y fines, o la posibilidad de que a partir de la cláusula del debido proceso existan ciertas medidas para restringir derechos fundamentales. Más aún, la argumentación confunde y realiza una errónea conceptualización metodológica de los elementos del principio de proporcionalidad.

Asimismo, las sentencias que componen la jurisprudencia citan la tesis aislada relativa a la donación de órganos entre vivos (dato con el cual estamos de acuerdo), debido a que en este caso se emplea de manera adecuada el principio de proporcionalidad; incluso éste será objeto de análisis en los sucesivos apartados cuando hagamos referencia al modelo argumentativo de defensa del derecho a la vida. De igual forma sucede con la jurisprudencia 42/2007,²⁵ citada en la sentencia, la cual busca fijar los alcances del derecho fundamental a una tutela de justicia efectiva, estableciendo las prohibiciones a la autoridad, ya sea que forme parte de cualquiera de los tres poderes, al ejercicio de este derecho, al establecer requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción innecesarios, excesivos y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Añade el reconocimiento a la inviolabilidad del contenido esencial del derecho fundamental y la regla que establece el subprincipio de necesidad, destinada a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, los cuales deben ser asimismo proporcionales a la finalidad perseguida.

Posterior a las citas jurisprudenciales y tesis aisladas, la Corte comienza a determinar cuáles son los elementos que componen el principio de proporcionalidad, los cuales ya hemos reseñado al inicio de este punto. También resulta importante mencionar otro dato, que soporta el hecho de que en la jurisprudencia

²⁵ “Garantía a la tutela jurisdiccional prevista en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus alcances”. Tesis: 1a./J. 42/2007, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 124.

mexicana ya se podían de igual manera desprender los requisitos o elementos del principio de proporcionalidad, como lo hace nuestro máximo tribunal en dos tesis aisladas y una jurisprudencia. La primera tesis llama la atención, sobre todo por la concepción de los derechos como límites al poder político, y además por consagrar de manera inicial el principio de universalización de los derechos estableciendo que el Estado se encuentra legitimado para “limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos”²⁶ desde una perspectiva liberal de los derechos fundamentales. La segunda tesis aislada, como dato para inferir las reglas del principio de proporcionalidad, es relativa a las limitaciones a la libertad de trabajo, haciendo énfasis en la necesidad de que el ejercicio de este derecho lo sea de una manera racional y legítima.²⁷ En la parte final de esta motivación citan otra jurisprudencia concerniente al principio de igualdad, así como sus criterios para limitar este derecho fundamental. Cabe aclarar que esta última jurisprudencia, al igual que cada uno de los cinco casos que le dieron origen, serán analizados en este mismo capítulo, cuando hagamos referencia a la amplitud, a las restricciones y a los límites del principio de igualdad. De momento creemos que únicamente esta última tesis jurisprudencial sirve a la Corte para extraer o reconocer los requisitos del principio de proporcionalidad, pues más adelante se argumenta en la sentencia que en los amparos en revisión 1160/2006, 1342/2006, 278/2006 y 1416/2006 se ha distinguido y empleado el principio de proporcionalidad como criterio para limitar o restringir los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad como garantía tributaria; sin embargo, esto no es cierto, pues de la lectura que hemos realizado a los mismos no aparece dicha distinción; es más, no hace referencia alguna explícita o implícita del principio de

²⁶ “Garantías individuales”. Tesis aislada, Quinta Época Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, XL, p. 3630.

²⁷ “Libertad de trabajo”. “Tesis aislada, Segunda Sala, Quinta época, *S.F.F* LXI, p. 4026.

proporcionalidad como instrumento para restringir los derechos fundamentales.

Por último, se desarrolla el principio de proporcionalidad conforme con los hechos y las pruebas obtenidos en el proceso (caso de militares con VIH), determinando finalmente lo siguiente:

1. La diferenciación legal prevista en el artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (separación por inutilidad), pretende perseguir, en principio, una finalidad constitucionalmente legítima, que se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas.

2. Dicha diferenciación legal es inadecuada para alcanzar dicha finalidad constitucional legítima, porque la ciencia médica, reflejada en distintas normas nacionales y directrices internacionales, han demostrado la inexactitud de la decisión —cuando se pretende que en automático y desde la ley— de que los militares son inútiles y están incapacitados per se para formar parte del Ejército, por el simple hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana —VIH— confirmada con pruebas suplementarias.

3. Además, la diferenciación legal combatida es desproporcional, porque es innecesaria para alcanzar la finalidad legítima perseguida, en razón a que existen alternativas a disposición del legislador para limitar, en todo caso, en menor grado (sin nulificar) las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud, lo que evidencia el carácter injustificado de la decisión legislativa reclamada.

[...]

El traslado a un área distinta, y no el retiro complementado con la sustracción de los derechos prestacionales de salud que corresponden en activo, sería una alternativa menos gravosa para el individuo en relación con el goce y ejercicio de sus garantías individuales, lo que pone en evidencia que la relación VIH igual a retiro automático por inutilidad es una medida desproporcio-

nada que, por ende, resulta contraria a los principios de igualdad y de no discriminación por razón de salud constitucionalmente reconocidos.

[...]

Finalmente, la diferenciación legislativa reclamada carece de razonabilidad jurídica, en virtud de que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad o, en este caso, con la seropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, en virtud de que, como se ha dicho, este último padecimiento no necesariamente implica incapacidad o peligro de contagio del individuo respectivo en el ejercicio de las distintas funciones de las fuerza armadas.

Finalmente, queremos destacar el voto concurrente del ministro José Ramón Cossío, en el cual se deja en claro la postura en contra de la indebida ponderación entre la eficacia de las fuerzas armadas y la protección e integridad de sus miembros. Sobre este argumento, el maestro apunta que si bien es cierto que el ejército es una institución constitucionalmente reconocida y figuran partes importantes de su regulación legal, “no son describibles en lo individual como principios en sentido estricto o estructural, y todavía menos tomados en conjunto”.

V. CONCLUSIONES

En la actualidad, el papel del juez en la sociedad es primordial, ya que tiene la obligación de motivar de manera suficiente y adecuada las decisiones de los problemas que le presentan los justiciables. De esta manera, su responsabilidad, más allá de exigir una simple técnica vacía, lleva implícito también un compromiso ético, ya que la justificación de sus decisiones se encuentra ineludiblemente unida al respeto de los valores y principios constitucionales. El compromiso del juez en la sociedad sobre su conocimiento y capacitación en este nuevo siglo no debe re-

ducirse a los aspectos lógico-formales del pensamiento. Dicho en otras palabras: la estructura de sus resoluciones judiciales no debe limitarse a la aplicación meramente silogística y mecánica del derecho, sino que debe hacer uso de las herramientas que la epistemología jurisprudencial le ofrece. Tal y como propusimos, es necesario que en esta nueva hermenéutica jurídica y en este nuevo constitucionalismo pueda brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico, y tomar en cuenta los factores y circunstancias propios del comprender, no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

El desafío se vuelve mayúsculo cuando el juez constitucional se enfrenta a casos difíciles que involucran principios éticos o morales. Situaciones como el aborto, la eutanasia, el matrimonio y la adopción entre personas del mismo sexo, entre otros, exigen de los jueces una motivación adecuada y razonable. Si bien es cierto que es complejo determinar hasta qué punto podría considerarse razonable un argumento, existen técnicas que nos ayudan a estructurar de la mejor forma posible las limitaciones a los derechos fundamentales y los problemas éticos que subyacen a los mismos, tal y como resulta ser el principio de proporcionalidad.

En este sentido, este instrumento de la hermenéutica constitucional auxilia a estructurar el razonamiento judicial a partir de tres fases o pasos analizados. El primero trata de buscar la adecuación o idoneidad de la medida constitucionalmente legítima del fin que pretende perseguir la norma que restringe un derecho fundamental. El segundo paso consiste en la búsqueda de alternativas menos gravosas que restrinjan en menor grado el derecho que se pretende lesionar con esa afectación. Finalmente, la proporcionalidad, en sentido estricto, o mejor conocida como “ponderación”, busca medir la intensidad de la afectación de cada derecho o principio constitucional que resulta afectado,

y de esta manera ponderar o balancear dichos principios confrontándolos ante sí mismos.

Cabe mencionar que el principio de proporcionalidad se ha vuelto un instrumento cotidiano para la resolución de casos por la justicia constitucional. Sin embargo, el empleo del mismo principio por los jueces no debe convertirse en una técnica o instrumento vacío, sino que debe ser complementado con la hermenéutica judicial y con una teoría material de los derechos fundamentales. Es decir, el juez se encuentra ineludiblemente obligado, al momento de plantear la resolución a un conflicto a partir de este principio, a invocar los principios constitucionales que subyacen al problema planteado, pero esto solo puede lograrse a partir de un conocimiento y la capacitación judicial adecuada, humanística, integral, que adecúe las realidades y necesidades actuales con la epistemología jurídica contemporánea.

Asimismo, estamos convencidos de que la postura argumentativa que más se adecua a la resolución de los problemas presentados ante la justicia constitucional en la actualidad es la teoría de la argumentación fundamentada en la razón práctica, específicamente cuando se corrigen vulneraciones o violaciones a los derechos humanos, ya sea que se potencialicen los principios constitucionales que los favorezcan, o bien restringiendo en la medida de lo posible aquellas situaciones que los perjudiquen. Desde esta perspectiva, nos enmarcamos dentro de una postura moderada o corregida del positivismo jurídico.

Creemos que la justicia constitucional debe ir a la par de los cambios que plantea la sociedad moderna, y a sus progresos científicos y técnicos. No se trata de convertir al derecho como un obstáculo al progreso social, sino transformarlo en un facilitador no subordinado, pero sí flexible y ágil para solucionar los conflictos que son resueltos en los tribunales judiciales. Sin embargo, ello no será posible sin la capacitación y el conocimiento judicial adecuados. Reiteramos: la postura integral del operador del derecho en el siglo XXI debe ser integral: una sólida formación hermenéutica que le permita la comprensión holística de

los problemas planteados y una argumentación sólida, que le permita motivar sus decisiones a partir de valores y principios constitucionales. El principio de proporcionalidad como técnica judicial y como instrumento de la razón práctica resulta ser una excelente vía para cumplir con estos propósitos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría política y jurídica (problemas actuales)*, México, Porrúa, 2010.
- _____, *Teoría política del Estado constitucional*, México, Porrúa, 2011.
- _____, (coord.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2010.
- ALEXY, Robert, *The argument from injustice (A reply to legal positivism)*, traducida por Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, New York, Oxford University Press, 2002.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, la 2ª ed traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, IIJ, UNAM, 2003.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____, *El derecho de los derechos (escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008.
- BÖCKENFORDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

- DEL REAL ALCALÁ, J. A. (s/a) “¿Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica?”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Universidad de Valladolid, núm. 15, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.
- LEITER, Brian, “Legal formalism and legal realism: what is the issue?”, *Legal Theory*, Cambridge University Press, v. 16, s. 02, septiembre 2010.
- , “The Radicalism of Legal Positivism”, *Guild Practitioner, Public Law Working Paper*, núm. 303, University of Chicago Law School, 2010.
- STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.
- TRIBE, Laurence, *The invisible Constitution*, Oxford, University Press, 2008.
- VIOLA, FRANCESCO y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación (elementos de una teoría hermenéutica del derecho)*, Madrid, Dykinson, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre, 2008.