

CONCLUSIÓN GENERAL: MÁS ALLÁ DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

I. UN SÍMIL (A MANERA DE INTRODUCCIÓN)

Durante algunos años, he tenido el privilegio de impartir clases de manera regular en distintos programas de derecho. En uno de ellos hay una suerte de regla de oro, consistente en la obligación de las personas profesoras de “[d]ar a conocer a sus alumnos, desde la primera sesión del curso, la bibliografía, los requisitos de asistencia, y los criterios con base en los cuales se conformará la calificación final de la asignatura”. Asimismo, el reglamento establece la posibilidad de realizar modificaciones cuando establece que las profesoras y profesores, en su caso, deberán “informar oportunamente cualquier cambio a dichos criterios”.²⁴⁷

Creo que la inmensa mayoría de quienes impartimos clases cumplimos con esta norma y entendemos su sentido: dar certeza a las personas alumnas sobre las reglas del juego a lo largo del semestre. Se trata de un parámetro mínimo, pues lo cierto es que la libertad de cátedra es amplia y en el programa coexisten los más variados métodos de evaluación: desde aproximaciones tradicionales como los exámenes de conocimientos escritos y orales, hasta otros más novedosos como la simulación de procedimientos arbitrales o judiciales, pasando por metodologías intermedias como el análisis de sentencias, la redacción de documentos jurídicos, los ejercicios cortos y los ensayos académicos.

Hay, por supuesto, escuelas y facultades de Derecho que han optado por otras rutas pedagógicas. En diversos espacios académicos se suelen priorizar —o de plano exigir— cierto tipo de metodologías que se plantean como superiores o, incluso, únicas. Así las materias teóricas, sustantivas, procesales y aún interdisciplinarias se evalúan principal o exclusivamente con un método. Pueden ser exámenes orales, escritos o de otro tipo. En estos casos, la forma de evaluar es siempre, o casi siempre, la misma.

²⁴⁷ Artículo 32, fracción VI, del Reglamento de Docencia del CIDE.



Hay, sin embargo, otros espacios que han apostado por la pluralidad. En mi caso, siempre he creído que las personas alumnas se benefician de la diversidad metodológica. Diferentes tipos de materias, conocimientos y habilidades demandan metodologías distintas. Los exámenes orales seguramente son útiles para verificar la comprensión de conceptos jurídicos fundamentales. El análisis y crítica de sentencias son una buena herramienta para aprender la aplicación de los cánones y reglas de interpretación. Y la redacción, revisión y corrección de documentos jurídicos suele ser indispensable para desarrollar capacidades argumentativas.

Aunque se suele buscar cierto balance entre las metodologías, cada persona profesora tiene relativa libertad de elegir los métodos de evaluación que estime más convenientes para los propósitos de su curso. Pero ciertamente hay límites. No vale dejar de especificar los criterios de evaluación y, al final, decidir arbitrariamente cómo se califica. No valen, tampoco, los cambios sin previo aviso, como anunciar que la evaluación será mediante un trabajo escrito y, al final, aplicar sólo un examen oral. Tampoco se justifican los tratos diferenciados no justificados, como evaluar a algunas personas alumnas con ejercicios prácticos, a otras más con exámenes escritos y al resto con su participación, según el libre capricho de la persona profesora.

Proporciones guardadas, creo que sucede algo similar con las metodologías de adjudicación que sirven para resolver los conflictos entre derechos fundamentales. Ciertamente hay quienes sostienen posiciones un tanto extremas y alegan que una metodología específica es superior, necesaria o única. Pero lo cierto es que, con frecuencia, los tribunales de distintas jurisdicciones suelen aplicar de manera simultánea metodologías de distinta naturaleza, que varían dependiendo de la materia y la cuestión jurídica a resolver.

Esta diversidad metodológica, sin embargo, no necesariamente es sinónimo de arbitrariedad judicial. Siempre y cuando las cortes definan con claridad cuáles metodologías se utilizarán, las personas, las empresas y los poderes estatales sabrán cuáles son las reglas del juego y podrán actuar en consecuencia. Por lo general, nada impide que una corte de última instancia cambie o ajuste una metodología de adjudicación, pero se espera que lo haga infrecuentemente, con argumentos de peso y, en algunos casos, con aviso previo. Finalmente, el trato igualitario es una regla de oro: no vale que casos sustancialmente idénticos sean juzgados a partir de metodologías distintas, pues sabemos que diferentes metodologías pueden producir resultados contradictorios.



En la enseñanza del derecho y en la adjudicación constitucional, sin duda hay debates razonables y posiciones encontradas. Pero también parecen existir algunos consensos mínimos sobre formas de proceder que no parecen aceptables. La arbitrariedad en los métodos a emplear y los tratos diferenciados no justificados son dos buenos ejemplos.

Como se ha visto, el caso que se presenta en este libro es la historia de una metodología que se presenta como la mejor, incluso la única, pero que tiene deficiencias estructurales, que incluso le impiden cumplir su finalidad última. Se trata de una metodología que, si nos tomamos en serio los postulados de la teoría alexiana, debe ser replanteada y, sobre todo, valorada a la par de otras alternativas que, como cualquiera, tienen ventajas y desventajas. Se trata, en suma, de una metodología a la que quizá le falta un poco de modestia en el plano teórico. Como he mostrado, en las metodologías de adjudicación constitucional hay vida más allá del test de proporcionalidad.

II. LOS RESULTADOS Y SUS IMPLICACIONES

Este libro se ha enfocado en algunas de las principales discusiones en torno al test de proporcionalidad. Se trata de una metodología con vocación de universalidad y que durante las últimas décadas ha experimentado una notable expansión a lo largo y ancho del mundo. En particular, he mostrado dos tesis que realizan aportaciones a campos distintos del conocimiento jurídico —la teoría analítica del derecho y el derecho comparado— y que tienen consecuencias diferenciadas. A continuación, abordo estas cuestiones.

1. *Sobre la estructura, deficiencias y replanteamiento del test de proporcionalidad*

En primer lugar, echando mano de la lógica aplicada al derecho y la aritmética ponderativa, he presentado una formalización completa del test de proporcionalidad que permite entender las relaciones entre sus componentes, identificar sus deficiencias estructurales, replantear sus componentes, resolver viejos y nuevos debates, y explicar fenómenos recientes de la práctica jurisdiccional.

En específico, he mostrado que el test de proporcionalidad no es un examen estrictamente escalonado con tres componentes, sino la conjunción de



dos exámenes independientes —proporcionalidad en sentido estricto y necesidad— que tienen dos precondiciones: que la medida genere una afectación a un derecho y que sea idónea para alcanzar una finalidad legítima. Asimismo, he mostrado que, si se quiere seguir el modelo alexiano, todo análisis de proporcionalidad en el que se cumplan las precondiciones debe realizar ambos exámenes, en el orden señalado.

Más importante aún, he mostrado que, a diferencia de lo que plantea Alexy y la inmensa mayoría de la literatura, el test de proporcionalidad no es apto para alcanzar la finalidad última de la teoría alexiana: realizar los derechos fundamentales en la mayor medida de lo fáctica y lo jurídicamente posible. Se trata de un hallazgo que no es menor. Si los principios (incluidos los derechos fundamentales) son mandatos de optimización y la versión alexiana del test no permite optimizar la realización de los derechos, entonces la relación que existe entre la naturaleza de los derechos fundamentales y el test alexiano no es de necesidad, sino de posible incompatibilidad. No es posible sostener, por tanto, que el test de proporcionalidad se derive de la naturaleza que tienen los derechos fundamentales —según la teoría alexiana—, ni que sea una metodología necesaria o inevitable.

En ese sentido, he mostrado también que, si se quiere cumplir con la finalidad de optimizar la realización de los derechos fundamentales, el test de proporcionalidad debe ser redefinido. En particular, he mostrado que el examen de necesidad debe ser reemplazado por otro examen que es más exigente: el examen de optimalidad. Como he mostrado, la conjunción del examen de proporcionalidad en sentido estricto y este nuevo examen —lo que podríamos definir como un test de maximalidad— permite garantizar, en el agregado, la mayor realización de los derechos fundamentales, amén de que permite explicar algunas observaciones empíricas —en particular, sobre el proceder del Tribunal Federal Constitucional alemán— que la literatura especializada no había podido explicar con las herramientas disponibles.

Finalmente, este libro ha hecho dos aportaciones específicas. Por un lado, muestro que es falsa la tesis alexiana consistente en que los subprincipios de idoneidad y necesidad sólo se relacionan con las posibilidades fácticas y el subprincipio de proporcionalidad sólo con las posibilidades jurídicas. En realidad, como se ha visto, los tres subprincipios se relacionan con las posibilidades fácticas, mientras que los dos últimos subprincipios del test alexiano —necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— se relacionan con las posibilidades jurídicas. Por el otro, también he mostrado que el test de proporcionalidad alexiano no es útil para evaluar todo tipo



de proporcionalidad. El test sirve para analizar el tipo de proporcionalidad que realiza análisis de costo-beneficio, pero no la proporcionalidad que busca una relación de correspondencia.

¿Qué implicaciones tienen estos resultados? La primera es que, tanto en la teoría como en la práctica, la estructura del test debe cambiar. Como mínimo, debe abandonarse la idea de que el test es una metodología estrictamente escalonada y que si una medida no pasa el examen de necesidad entonces es posible detener el análisis. Como se ha visto, proceder de esta forma abre la posibilidad de que se opte por medidas alternativas que, aunque necesarias, no son proporcionales, situación que generaría una pérdida neta en términos del análisis costo-beneficio. Eso implica que, al menos, debe reconocerse que al cumplirse con las dos condiciones del test —que la medida genere una afectación y que sea idónea— es necesario hacer, siempre, tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad.

Asimismo, si nos tomamos en serio las tesis alexianas sobre la naturaleza de los derechos fundamentales y sobre la finalidad última de su modelo, entonces habría que aceptar que el examen de necesidad debe ser reemplazado por un examen de optimalidad como el que propongo. Sólo de esta forma es posible garantizar la realización de los derechos fundamentales en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas. Conviene enfatizar que esta última implicación es claramente condicional en la aceptación de una tesis previa: la sustitución del examen de necesidad por el examen de optimalidad resulta indispensable sólo si se acepta la tesis alexiana sobre la naturaleza de los derechos fundamentales.

Si se adopta, en cambio, una posición más modesta en términos ontológicos y epistemológicos, entonces creo que la implicación es distinta. En este caso, lo que habría que reconocer es que en realidad estamos frente a tres posibles test, que incrementan su grado de exigencia y disminuyen su grado de deferencia con la medida y sus creadores:

- 1) Test que incorpora sólo el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este test es el menos exigente y el más deferente con el creador de la medida. Sólo exige que los costos (en términos del derecho afectado) sean menores que los beneficios (en términos de la finalidad legítima), sin consideración alguna por medidas alternativas. Este test no es otra cosa que lo que en ciertas jurisdicciones entenderíamos por ponderación simple o *balancing*.



- 2) Test que incorpora tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de necesidad. Este test está en una posición intermedia tanto en exigencia como en deferencia. Además de garantizar que los costos sean menores que los beneficios, este test garantiza que no haya una medida igualmente idónea pero menos restrictiva. Como puede verse, estamos básicamente frente al modelo alexiano, aunque aquí es indispensable la modificación apuntada: se requiere hacer tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el de necesidad (en ese orden). A este test lo podríamos denominar el test de proporcionalidad corregido.
- 3) Test que incorpora tanto el examen de proporcionalidad en sentido estricto como el examen de optimalidad. Es el test más exigente y menos deferente. Garantiza no sólo que los costos sean menores que los beneficios, sino que el beneficio neto que genera la medida sea mayor que el de cualquier otra medida alternativa. Se trata, como se ha visto, de lo que he denominado el test de maximalidad.

Estos tres test, como se ha visto, garantizan un mínimo (que los costos sean menores que los beneficios) y después abren un abanico para los operadores jurídicos, que pueden optar entre diversos grados de exigencia y deferencia con los creadores de las medidas.

Finalmente, conviene apuntar una última implicación de los hallazgos del primer capítulo: la necesidad de aplicar con mayor cuidado el test de proporcionalidad (o la ponderación simple o el test de maximalidad). Como se ha visto, cualquiera de las tres variantes del test sólo es compatible con la proporcionalidad entendida como análisis de costo-beneficio, pero no como relación de correspondencia. Ello implica, necesariamente, que su uso es inadecuado cuando se busca determinar, entre otras cosas, la correspondencia entre la gravedad de la infracción y la pena (como en el derecho penal y administrativo sancionador), cuando se busca determinar si un impuesto es proporcional a la capacidad contributiva de una persona (en materia fiscal) o cuando se busca determinar si la asignación de espacios legislativos es proporcional a la votación de un partido político (en materia electoral). Tanto la doctrina como los tribunales deben tener presente que, en estos casos, la aplicación del test de proporcionalidad carece de toda racionalidad y, por tanto, debe ser abandonada.



2. *Sobre la existencia de metodologías de adjudicación alternativas serias al test de proporcionalidad alexiano*

Este libro también ha mostrado que sí existen alternativas serias al test de proporcionalidad. En particular, analicé y formalicé (cuando fue posible) cinco aproximaciones metodológicas distintas: (i) las teorías del contenido esencial de los derechos, especialmente la teoría absoluta de García Amado, (ii) la metodología de los casos paradigmáticos de Moreso, (iii) los test o metodologías *ad hoc* para evaluar violaciones a principios o derechos específicos, (iv) los niveles de escrutinio estadounidenses y (v) la ponderación simple (o *balancing*).

Como se ha dicho, el análisis que realicé no tiene pretensiones de exhaustividad. Ni analicé todas y cada una de las alternativas que se plantean en la literatura especializada, ni mucho menos realicé un análisis integral de cómo se han aplicado dichas metodologías en las más variadas jurisdicciones. Lo que presenté fue un análisis y formalización de algunas de las metodologías que mayor fuerza tienen tanto en la doctrina como en la práctica jurisprudencial, a fin de compararlas y contrastarlas con el test de proporcionalidad, así como para identificar sus ventajas y desventajas.

Específicamente, mostré lo siguiente. En primer lugar, que existen algunas metodologías que son claramente alternativas al test de proporcionalidad en la medida en que parten de concepciones distintas de los derechos y que apuestan por su delimitación como forma de evitar conflictos. Este sería el caso de algunas teorías absolutas del contenido esencial, como la teoría absoluta de García Amado.

Se trata de una teoría que plantea una tipología de derechos fundamentales, en donde algunos son absolutos y otros más tienen un carácter residual. Y, en términos generales, se podría decir que García Amado apuesta por la tijera como herramienta para evitar la báscula. Si los derechos, atendiendo a su naturaleza, se delimitan con propiedad, se evitan las colisiones y, con ello, la necesidad de aplicar el test de proporcionalidad o cualquier otra metodología ponderativa.

Sin embargo, se mostró que en su estado actual la teoría de García Amado no cuenta con una explicación convincente de cómo resolver posibles conflictos entre derechos que, bajo esta teoría, tendrían un carácter absoluto. Asimismo, parece que esta teoría abre la puerta a una limitación excesiva de libertades que tienen un carácter residual, como la de pensamiento, de opinión, de expresión y de movimiento. Y, finalmente, parece que esta



teoría tampoco parece del todo adecuada para lidiar con las tensiones entre diferentes dimensiones de un mismo derecho que, de acuerdo con la tipología propuesta, podrían tener una distinta naturaleza. Pese a todo, se trata de una teoría que nos recuerda la importancia de la delimitación de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, se mostró que existen otras metodologías que son alternativas y que aceptan la posibilidad de que existan conflictos entre derechos pero que los resuelven a partir de parámetros que prescinden de los exámenes del test de proporcionalidad. En este supuesto podríamos ubicar a la teoría de los casos paradigmáticos de Moreso.

Moreso busca una alternativa entre el “especificacionismo”, la estrategia que delimita los derechos para así evitar conflictos (como García Amado), y el “particularismo”, la postura que acepta las colisiones y las resuelve ponderando las circunstancias del caso (como Alexy). Usando una metáfora del propio Moreso, diríamos que esta teoría defiende la idea de que hay una opción intermedia entre seguir a rajatabla las recetas de un extraordinario recetario y la confianza ciega en un extraordinario cocinero.

La receta, según Moreso, consiste en recurrir a las sentencias ejemplares, reales o hipotéticas, pues ellas son el parámetro a partir del cual se pueden encontrar los elementos que permiten construir las reglas que resuelven las colisiones entre derechos. Los problemas, sin embargo, no están ausentes en esta teoría. No hay nada en su teoría que nos diga cuáles han de ser los elementos por seleccionar para confeccionar esas reglas. Moreso confía, además, que siempre habrá sentencias ejemplares que podremos emular y sobre las cuales no hay disputas serias sobre su corrección. Y, finalmente, ante la falta de pautas claras se trata de una teoría que apuesta por la intuición y en las habilidades del cocinero.

Pese a todo, parece que es una aproximación más realista a la forma en la que, en los hechos, se realiza la adjudicación judicial. Es difícil pensar seriamente que en los casos difíciles los tribunales aplican mecánicamente un conjunto de normas exhaustivo y externamente impuesto, de la misma forma que es improbable que las y los jueces constitucionales resuelvan los conflictos entre derechos mediante el cálculo de las variables de la fórmula alexiana. Parece justo reconocer, como alega Moreso, que la judicatura toma decisiones siempre a partir de un conjunto de decisiones previas, algunas de ellas genuinamente paradigmáticas, que terminan siendo relevantes para la resolución de casos futuros. Pero una cosa es ello y otra pensar que la adjudicación constitucional puede depender, en su caso, más de la intuición



educada que del método sistemático o de las cualidades de las personas juzgadoras.

En tercer lugar, se mostró que existen aproximaciones metodológicas que apuestan por un alcance más limitado. No emplean ni los exámenes del test (necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) ni procedimientos estandarizados para resolver conflictos entre derechos. Apuestan, en cambio, por la confección de reglas y estándares específicos para resolver un universo delimitado de casos. Ese sería el caso de las metodologías *ad hoc*.

Los test *ad hoc* están en una posición intermedia entre los trajes a la medida (el test de proporcionalidad) y las unitallas (las teorías absolutas). En ese sentido, podríamos decir que los test *ad hoc* son algo así como las tallas estandarizadas. Son más flexibles que la unitalla pero menos precisos que la sastrería. Su limitada diversidad y su relativa rigidez son virtudes y defectos al mismo tiempo. Así como no todas las marcas siguen los mismos diseños y modelos, ni los mismos parámetros para definir sus tallas, las cortes han confeccionado test *ad hoc* con los más variados parámetros y resultados. Bajo esta categoría se agrupa un número amplio pero limitado de reglas y estándares. Hay margen para escoger, pero no mucho. Quizá en la mayoría de los casos haya un ajuste adecuado, pero nada lo garantiza. Lo cierto es que tienen vocación de permanencia. Para bien y para mal, parece que no cambian de un día a otro.

En cuarto lugar, se mostró que existen otras metodologías alternativas que, aunque comparten algunos elementos del test de proporcionalidad, lo cierto es que también presentan diferencias estructurales e incorporan exámenes de una naturaleza distinta a los del modelo alexiano. Este es el caso de los niveles de escrutinio provenientes de la jurisprudencia estadounidense. Como se ha visto, a diferencia del modelo alexiano, los niveles de escrutinio implican un primer paso (el examen de importancia) en el que se hace una ponderación implícita y abstracta; establecen un examen de nivel de idoneidad o de conexión que es más exigente que el examen de idoneidad alexiano; incorporan un examen de confección estrecha que opera en el nivel del ajuste (y no en el del peso o la eficacia); y, finalmente, sí tienen una estructura genuinamente escalonada.

En términos generales, puede decirse que los niveles de escrutinio, especialmente el estricto, tienen la bondad y el problema de dar una mayor protección a ciertos derechos. De esta forma, se limitan en mayor medida las intervenciones estatales que los afectan, pero al mismo tiempo ello tiene un costo, puesto que hace más difícil que los poderes públicos adopten medidas que busca garantizar otros intereses o principios. Asimismo, se ha



visto que, en términos generales, los niveles de escrutinio intermedio y estricto demandan el cálculo de variables de difícil medición que igualmente son exigidos por el test alexiano, como pesos abstractos, niveles de idoneidad y niveles de afectación. En ese sentido, no se trata de test que sean más fáciles de aplicar que el test alexiano.

En quinto lugar, se mostró que existen metodologías que pueden ser consideradas simplemente como uno de los exámenes del test de proporcionalidad. Específicamente, la ponderación simple (o *balancing*) es formalmente equivalente al examen de proporcionalidad en sentido estricto. En esta medida, la ponderación es una alternativa al test de proporcionalidad en la medida en que pueden resolver conflictos entre derechos prescindiendo de uno de los elementos del modelo alexiano. No abundo mucho en el tema, pues en el apartado anterior ya he mostrado la relación que existe entre ponderación simple, test de proporcionalidad y test de maximalidad.

¿Qué implicaciones tienen estos resultados? De nueva cuenta, creo que ello depende de la posición que uno adopte. Si no se está dispuesto a cuestionar o dudar sobre las tesis teóricas del modelo alexiano, entonces la respuesta es clara: el test de proporcionalidad debe ser abandonado y ser sustituido por el test de maximalidad que propongo. Pero en este caso, tanto la teoría como la práctica debe hacerse cargo de los muchos cuestionamientos y críticas que se han hecho al modelo alexiano: la dificultad de distinguir entre normas formuladas a manera de reglas y normas formuladas a manera de principios; el problema para determinar el peso abstracto y concreto que tienen los principios en colisión, así como la seguridad de las premisas empíricas; y, finalmente, la falta de parámetros que permitan determinar cuáles son las circunstancias relevantes que hacen que, en un caso concreto, un principio tenga precedencia sobre otro.

Ahora bien, si se adopta una postura más modesta en términos epistemológicos y ontológicos, entonces creo que la implicación es distinta. En este caso, lo que habría que aceptar es que los tres test que siguen una lógica ponderativa —la ponderación simple, el test de proporcionalidad corregido y el test de maximalidad— son sólo algunas de las alternativas con las que cuenta la judicatura y otros operadores jurídicos para resolver los potenciales conflictos entre derechos fundamentales.

En ese sentido, también habría que reconocer que tanto los niveles de escrutinio estadounidense como los test *ad hoc* son metodologías serias que coexisten —y seguramente seguirán coexistiendo— con la ponderación, la proporcionalidad y la maximalidad en diversas jurisdicciones. Asimismo, habría que considerar que la teoría absoluta de García Amado y la teoría de los



casos paradigmáticos ponen énfasis en aspectos relevantes y que suelen pasarse por alto: la importancia de la delimitación de los derechos fundamentales, de los precedentes en la argumentación y de la definición clara de las circunstancias que hacen que un principio tenga precedencia sobre el otro. Incluso si uno acepta o no aspectos clave de estas teorías —como la tipología de derechos de García Amado o el papel central que le da Moreso a los casos paradigmáticos— estos tres elementos son clave incluso en las metodologías ponderativas.

Desde esta perspectiva, entonces, el debate sobre las metodologías de adjudicación ya no debería ser sobre por qué algunos tribunales se niegan a adoptar una metodología en particular, especialmente, el test de proporcionalidad. Por el contrario, bien haríamos en discutir las ventajas y desventajas de adoptar una y otra metodología de adjudicación para resolver determinados tipos de controversias. Y, por supuesto, también habría que discutir la corrección y consistencia con la que se aplican las diferentes metodologías. Sobra decirlo, pero la efectiva protección de los derechos fundamentales no sólo demanda la selección de metodologías adecuadas, sino también una aplicación correcta y consistente de las mismas.

III. TRES LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN ADICIONALES

A partir de los principales hallazgos de este libro, creo que conviene reflexionar sobre tres líneas de investigación adicionales.

1. *El uso no casuístico del test de proporcionalidad: control de constitucionalidad abstracto e impugnaciones faciales (facial challenges)*

Como se ha visto, un sector de la doctrina sostiene que el test de proporcionalidad tiene necesariamente una vocación casuística. En uno de los más recientes trabajos que analizan el test de proporcionalidad fuera de América y Europa, por ejemplo, se ha afirmado que

la proporcionalidad no trata de que las cortes decidan entre la protección de un derecho constitucional y el avance de objetivos estatales legítimos en lo abstracto; en cambio, la ponderación es una comparación y consideración de los *trade-offs* en situaciones concretas, de tal forma que sea posible hacer elecciones racionales entre posibles alternativas. (Yap, 2020, p. 16)



En un sentido muy similar se ha pronunciado Dieter Grimm (2007), quien fuera magistrado del Tribunal Federal Constitucional alemán. Grimm explica así el tercer paso del test de proporcionalidad: “Esta ponderación no es abstracta. El Tribunal Constitucional no reconoce una jerarquía entre los diversos derechos fundamentales. La ponderación, por tanto, debe ser concreta” (p. 394).

Se suele rechazar, por tanto, la posibilidad de que el test de proporcionalidad se aplique en el control abstracto de constitucionalidad o al margen de las circunstancias específicas del caso. Sucede, sin embargo, que la práctica jurisdiccional muestra lo contrario. En México, por ejemplo, el test sí se ha aplicado en vías abstractas de control, como las acciones de inconstitucionalidad, así como en otras en las que no se resuelven casos concretos, como las contradicciones de tesis. De la misma forma, en criterios relevantes derivados de sentencias dictadas en la vía del amparo, la Corte no suele hacer referencia en su argumentación a las circunstancias particulares del caso concreto.

Si bien un sector acepta que el test es compatible con el control abstracto,²⁴⁸ lo cierto es que aún no contamos con una buena teoría que permita reconciliar, por una parte, las exigencias del test de proporcionalidad —especialmente, la estimación de los costos y los beneficios que genera la medida en el caso— con la naturaleza del control abstracto —que se distingue, precisamente, por la ausencia de un caso concreto—.

La solución pasa por el desarrollo de una buena teoría. La doctrina y la jurisprudencia estadounidenses proveen algunas herramientas particularmente útiles. Aunque en el sistema estadounidense el control abstracto no existe, las cortes y la literatura constantemente han distinguido entre impugnaciones de aplicación (*as-applied challenges*) —en las cuales se sostiene que una ley es inconstitucional y debe ser inaplicable sólo en el caso bajo análisis, por sus circunstancias particulares— de las impugnaciones faciales (*facial challenges*) —en las cuales se sostiene que todas o buena parte de las aplicaciones de la ley son inconstitucionales y, por tanto, debe ser inaplicable en todo caso— (Kreit, 2010).

Más aún, la literatura ha reconocido que la posibilidad de hacer uno u otro tipo de análisis depende de la estructura del test o metodología de adjudicación constitucional que se emplee (Fallon, 2000, p. 1324), amén de que existen casos en los que las cortes no sólo ponderan los intereses específi-

²⁴⁸ Por ejemplo: Huerta Ochoa (2003, pp. 940-941), Vázquez (2016a, p. 31) y Cárdenas Gracia (2014, p. 69).



cos de las partes de una disputa,²⁴⁹ ni tampoco contextos específicos, sino más amplios.²⁵⁰

Pues bien, lo que me interesaría demostrar es que el test de proporcionalidad es, en términos generales, una metodología que admite ambos tipos de control (facial y de aplicación). Dicho de otro modo, mostrar que el test es compatible con las impugnaciones en las cuales se alega que una medida es inconstitucional por su aplicación al caso concreto, como las otras en las que se alega que la medida es siempre o generalmente inconstitucional, como sería en el control abstracto de constitucionalidad.

Incluso parte de la literatura ha apuntado, aunque sin desarrollar del todo, la compatibilidad entre ciertas metodologías de adjudicación provenientes del control concreto de constitucionalidad, por un lado, y el control de constitucionalidad abstracto a cargo de los tribunales constitucionales europeos, por el otro. De acuerdo con algunos trabajos (Ferrerres Comella, 2004, p. 490), las doctrinas de la amplitud excesiva (*overbreadth doctrine*) y el efecto amedrentador (*chilling effect*), articuladas por la Corte Suprema estadounidense, son ejemplos en los que “la posibilidad del control abstracto les permite a las cortes proteger ciertos derechos, o ciertos aspectos de ellos, que serían mucho más difíciles de proteger si la revisión se realizara en el contexto de un caso particular”.²⁵¹

²⁴⁹ En este sentido, Aleinikoff (1987) señala que, en el caso de Estados Unidos, la Corte Suprema “no sólo resuelve disputas individuales en los litigios constitucionales; establece principios generales sobre los poderes públicos y los derechos individuales que las legislaturas conocerán y las cortes inferiores seguirán. Por lo tanto, la Corte usualmente parece que realiza una ponderación global, examinando los intereses de todo un grupo” (p. 978).

²⁵⁰ Así lo explican Newton y May (2014), refiriéndose al uso de la proporcionalidad en el derecho internacional, especialmente en el contexto de los conflictos armados: “En la complejidad de la guerra y del cambio de estrategia, las consideraciones de proporcionalidad bien podrían justificar una moderación que sería apropiada en contextos específicos, pero que estarían completamente fuera de lugar a la luz de consideraciones estratégicas más amplias. A la inversa... algunas limitaciones articuladas en términos de proporcionalidad podrían ser indeseables desde el punto de vista de los actores que están bajo fuego, pero que serían exigidas por objetivos políticos o estratégicos más amplios de la operación” (p. 20).

²⁵¹ Ferreres Comella (2004) lo explica de la siguiente forma: “Esta doctrina permite que una corte declare la inconstitucionalidad facial de una ley, si ésta limita conductas que están protegidas bajo la Primera Enmienda, incluso cuando también protege conductas que no están protegidas. La idea es que la existencia de una ley así podría generar un ‘efecto amedrentador’, ya que indebidamente desalentaría al discurso constitucionalmente protegido. El punto interesante acerca de esta doctrina es que aquel cuyo discurso no ha sido privilegiado de cualquier manera puede hacer el planteamiento de que la ley es inconstitucional. Es por ello por lo que esta doctrina es vista por algunos jueces estadounidenses como un elemento



En la práctica lo vemos, por ejemplo, en esta tesis de la Suprema Corte mexicana,²⁵² en la que distingue entre ambos niveles de análisis, para enfatizar que los principios de equidad y proporcionalidad en materia tributaria deben analizarse desde un punto de vista general (y no de las características del caso individual):

El alegato de un causante en el sentido de que su capacidad contributiva ha disminuido por circunstancias diversas y que, por este hecho, el impuesto que debe cubrir resulta desproporcionado e inequitativo, no es razón para considerar que la ley que lo impone es inconstitucional, toda vez que tal determinación no puede derivar de situaciones particulares de un contribuyente, sino que depende de circunstancias generales. El carácter desproporcionado o inequitativo de una contribución únicamente puede derivar, por la propia naturaleza de la ley fiscal que la establece, de su relación con el conjunto de los sujetos pasivos.

Mediante esta distinción entre el nivel de análisis de constitucionalidad (aplicado o facial) y el tipo de vía de control (concreta o abstracta) es posible generar una teoría que llene el vacío advertido en la literatura y que permita entender por qué el uso del test de proporcionalidad en el control abstracto de constitucionalidad es mucho más frecuente que lo que sugiere un sector de la doctrina. Asimismo, creo que esta distinción ayudará a clarificar, entre otras cosas, el tipo de análisis que deben realizar las cortes y, sobre todo, los efectos de sus sentencias.

extraño en el sistema de adjudicación constitucional. La idea de que el control de constitucionalidad está ligada a la resolución de casos hace difícil de aceptar que la persona cuyo acto no está protegido pueda plantear exitosamente que la ley es inconstitucional sobre la base de que prohíbe a otros individuos, que no son partes en el litigio, que realicen un discurso constitucionalmente protegido. Parece que existe una desconexión entre la doctrina sustantiva y el contexto procedimental de la adjudicación. El hecho de que esta doctrina se haya generado en Estados Unidos, y que siga en funcionamiento, muestra que las doctrinas sustantivas pueden crecer y desarrollarse en contextos procedimentales hostiles. De cualquier forma, la tensión permanece. En contraste, este problema no surge en un sistema que permite que ciertas instituciones públicas controviertan las leyes en abstracto. En ese sistema no existe una desconexión entre la sustancia y el procedimiento. El público interesado en que no exista una ley que amedrente el discurso puede ser protegido mediante una institución pública que alegue que la ley, porque es excesivamente amplia, afectará negativamente los intereses discursivos de la comunidad en su conjunto” (pp. 490-491).

²⁵² PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS, FALTA DE. DEPENDE DE CIRCUNSTANCIAS GENERALES (Tesis sin clave de identificación).



2. *El test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio y el juicio de igualdad*

Entre las muchas metodologías de adjudicación que ofrece tanto la doctrina como la práctica jurisdiccional es posible identificar tres que han adquirido particular relevancia por la frecuencia con que han migrado a las más variadas judicaturas del mundo: (i) el modelo alemán del test de proporcionalidad, (ii) los niveles de escrutinio estadounidenses y (iii) el juicio de igualdad que, entre otros, emplea el Tribunal Constitucional español (Giménez Gluck, 2004). Se trata de tres metodologías que comparten ciertos elementos, pero que presentan marcadas diferencias en cuanto a su estructura.

Sucede, sin embargo, que con frecuencia los tribunales constitucionales mezclan y confunden estas metodologías, como lo muestra tanto la doctrina como la práctica jurisdiccional (Conesa Labastida, 2009). La Suprema Corte mexicana es un extraordinario ejemplo de esta tendencia, en la medida en que ha generado y aplicado, con poca consistencia, una serie de test híbridos. Así, por ejemplo, la Corte ha combinado un juicio de igualdad y un test de proporcionalidad con diferentes niveles de escrutinio para analizar las violaciones al principio de igualdad o equidad tributaria;²⁵³ ha aplicado los niveles de escrutinio para analizar tanto intervenciones en derechos fundamentales, como violaciones al principio de igualdad y hasta conflictos competenciales;²⁵⁴ y confeccionó un test de proporcionalidad que a la vez es juicio de igualdad y, en otros casos, es mera idoneidad.²⁵⁵

Este tipo de estrategias son problemáticas no sólo cuando se usan de forma poco sistemática, sino también porque la combinación de elementos provenientes de diferentes test puede hacer que no se alcance la finalidad que se pretende. En particular, resulta indispensable distinguir entre las me-

²⁵³ Véase el criterio con el rubro TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. EN ATENCIÓN A LA INTENSIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MISMAS, SU APLICACIÓN POR PARTE DE LA SUPREMA CORTE REQUIERE DE UN MÍNIMO Y NO DE UN MÁXIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN (Tesis 1a. LIII/2012 (10a.)).

²⁵⁴ Véase el criterio con el rubro INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS (Tesis 1a. CCCXII/2013 (10a.)).

²⁵⁵ Véase el criterio con el rubro TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN (Tesis 2a./J. 11/2018 (10a.)).



todologías que son aptas para resolver *tratos diferenciados* (el juicio de igualdad y una de las variantes de los niveles de escrutinio estadounidenses) y *colisiones entre derechos, principios e intereses* (el test de proporcionalidad y la otra variante de los niveles de escrutinio).

En este libro presenté una formalización completa del test de proporcionalidad alexiano, así como una primera comparación entre éste y los niveles de escrutinio estadounidense. En trabajos posteriores, creo que sería relevante hacer un análisis más detallado de las tres metodologías de adjudicación que he señalado, pues creo que las deficiencias e incompatibilidades que generan los test híbridos son más nítidas cuando se formalizan los elementos de los distintos test y juicios. Lo que busco, en suma, es generar un marco más claro que permita comprender (y criticar) de mejor forma el empleo de metodologías mixtas de adjudicación, que se ha vuelto muy frecuente en diversas judicaturas.

3. *El test de proporcionalidad y el principio de interdependencia*

Sobre el principio de interdependencia se ha escrito mucho y, al mismo tiempo, muy poco. En ese sentido, quizá uno de los mayores pendientes en nuestra doctrina sea el desarrollar con mayor claridad y precisión las consecuencias concretas que tiene principio de interdependencia para la adjudicación constitucional. Este principio suele entenderse como el hecho de que “el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la relación de otro derecho o grupo de derechos” (Vázquez y Serrano, 2011, pp. 151-152), o bien, “que la realización de los derechos no puede darse de manera aislada, porque existe una dependencia —conceptual y práctica—” (Salazar Ugarte *et al.*, 2015, p. 99) entre diferentes derechos. Sobre estas definiciones, más o menos generales, suele haber poca controversia. Lo que no queda claro es cuáles son las consecuencias prácticas de este principio.

La formalización del test de proporcionalidad que realicé en este libro puede ser empleada para distinguir y analizar algunas de las distintas maneras en que el principio de interdependencia puede ser empleado, de manera relevante, en la adjudicación constitucional. En términos generales, creo que el principio puede servir para: (1) crear ámbitos de protección que no estarían cubiertos si sólo se consideraran derechos humanos en lo individual,²⁵⁶

²⁵⁶ Esa es, si bien entiendo, una de las propuestas de Medellín Urquiaga (2019) a partir de su interpretación de diversas sentencias de la Corte IDH. Y creo que —más allá del cues-



(2) para construir finalidades (legítimas, importantes o apremiantes) que no existirían o no tendrían la misma importancia sin la consideración conjunta de los derechos interdependientes y (3) para incrementar en la ponderación el peso o importancia de los derechos interdependientes, de tal forma que su magnitud sea mayor a la que tendrían los derechos individualmente considerados. De esta forma, creo que es posible incorporar plenamente el principio de interdependencia de manera relevante y clara en la adjudicación constitucional a partir de una formalización como la que he presentado en este libro.

tionable uso de la palabra “penumbras” (Berger, 1997, p. 316)—, el planteamiento es similar a la idea expresada por el juez Douglas en la sentencia del caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965): “The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance... Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment, in its prohibition against the quartering of soldiers ‘in any house’ in time of peace without the consent of the owner, is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the ‘right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures.’ The Fifth Amendment, in its Self-Incrimination Clause, enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: ‘The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people’”. Como ha señalado jocosamente Dixon (1976, p. 84), la creación del derecho fundamental fue producto de una conjunción de diversas disposiciones de la Carta de Derechos de la Constitución estadounidense: “Justice Douglas, in good form then, skipped through the Bill of Rights like a cheerleader—‘Give me a P... give me an R... an I...,’ and so on, and found P-R-I-V-A-C-Y as a derivative or penumbral right’.”

