



EL DEBER DEL LEGISLADOR DE JUSTIFICAR LA PROPORCIONALIDAD EN NORMAS RESTRICTIVAS

THE LEGISLATOR'S DUTY TO JUSTIFY THE PROPORTIONALITY OF RESTRICTIVE RULES

DAVID ALEJANDRO PARADA SÁNCHEZ ¹

BRANDON ARTURO LEMUS RAMOS²

RESUMEN: En el presente estudio, se expondrá el alcance que ha tenido el principio de proporcionalidad en el sistema jurídico mexicano, a través de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificando su técnica de aplicación y sus consecuencias en la resolución de problemas jurídicos nacionales. Con el objeto de identificar las dificultades y retos que ha implicado la aplicación del test de proporcionalidad en la jurisdicción constitucional; para demostrar la necesidad que los legisladores al motivar normas de carácter restrictivo, apliquen el test de proporcionalidad, a fin de que el Tribunal Constitucional analice la validez de la norma a través de la voluntad del legislador y no se desvirtúe por menores errores de técnica legislativa, logrando el equilibrio que se requiere en un Estado Republicano Democrático.

¹ Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y en su sede Facultad de Estudios Superiores Acatlán; así como, profesor en la Licenciatura de Derecho y del Programa de Posgrado de Derecho en la misma institución. Contacto: davidparada@pariusparley.com.mx, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-5152-6286>>.

² Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México en su sede Facultad de Estudios Superiores Acatlán; Especialista en Derechos Humanos a través del Programa de Posgrado de Derecho en la UNAM; estudiante en la Maestría en Derecho del Programa de Posgrado de Derecho en la UNAM. Contacto: brandonarturolemus@gmail.com, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6671-5250>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 11 de febrero de 2022.

PALABRAS CLAVE: *ponderación, proporcionalidad, principios, técnica legislativa, restricción de derechos fundamentales y validez sustancial de la norma.*

ABSTRACT: In this study, the scope that the principle of proportionality has had in the Mexican legal system will be presented, through the criteria of the Supreme Court of Justice of the Nation, identifying its application technique and its consequences in the resolution of national legal problems. In order to identify the difficulties and challenges that the application of the proportionality test in the constitutional jurisdiction has implied; to demonstrate the need for legislators to apply the proportionality test when justifying restrictive rules, so that the Constitutional Court can analyze the validity of the rule through the will of the legislator and not be distorted by mere errors of legislative technique, achieving the balance required in a democratic republican state.

KEYWORDS: *ponderation method, proportionality, principles, legislative technique, restriction of fundamental rights and substantial validity of the norm.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Principios y Reglas; III. Ponderación: restricción de derechos fundamentales; IV. Test de Proporcionalidad; V. Técnica Legislativa: Exposición de Motivos; VI. Caso Charrería y Tauromaquia; VII. Caso uso lúdico de marihuana; VIII. La ponderación y proporcionalidad en la técnica legislativa; IX. Conclusiones X. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La distinción entre principios y reglas ha permeado con mayor intensidad en el Sistema Judicial Mexicano. A partir de la reforma de 2011 los tribunales de jurisdicción constitucional se han visto en la necesidad de desarrollar argumentación más allá de la subsunción de la norma, recurriendo a otras herra-

mientas hermenéuticas como el escrutinio y la ponderación; siendo esta última el objeto de estudio para este artículo.

La sociedad mexicana hoy día denota elevados niveles de complejidad, su heterogeneidad en todos los ámbitos requiere de una constante labor legislativa. El contexto social y la obligación del Estado de preservar el orden constitucional, ha llevado al inevitable camino de crear normas que restringen o limitan derechos fundamentales para beneficio o protección de otros derechos fundamentales.

Tales normas han sido necesarias para atender fenómenos sociales -algunas veces hasta culturales- que atentan derechos fundamentales, como la discriminación, la asimetría social-económica, las altas tasas delictivas y de corrupción, prácticas culturales como los espectáculos de animales en circos o la tauromaquia. Y también han llevado a replantear el estudio de prohibiciones normativas que se consideraban inmutables en la sociedad mexicana, como lo es el consumo de drogas, la interrupción legal del embarazo o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Todas estas normas al ser analizadas por el Tribunal Constitucional, han requerido de un estudio que va más allá de los métodos de meta-subsunción tradicionales, como la interpretación, la analogía o la mayoría de razón. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, empujada por la comunidad académica, el gremio de la abogacía y de sus propios juzgadores, ha tenido que recurrir a la aplicación del Principio de Proporcionalidad y de su Test, también conocido como Ponderación.

En ese contexto, nos encontramos que el Test de Proporcionalidad al ser aplicado por los Jueces Constitucionales y los propios Ministros, se desarrolla de manera incompleta, deficiente o parcial, en gran medida porque el legislador al haber emitido esas normas restrictivas, fue omiso en establecer en su exposición de motivos, de qué manera verificó la optimización del derecho, como justifica el fin constitucional; y, cómo fue, que llegó a la conclusión que esa medida restrictiva se trata de una medida necesaria, idónea y pro-

porcional. El legislador incurre en la constante de dejar un vacío en la exposición de motivos, enfocándose a exponer aspectos sociológicos, jurídicos, económicos y demás, para justificar la norma; pero que son insuficientes para sostener su proporcionalidad.

Esta omisión, ocasiona que cuando se cuestiona la validez de la norma por no cumplir el Principio de Proporcionalidad, al ser sometida al test respectivo por el Tribunal Constitucional, no lo superan; en gran medida, por la ausencia de ese estudio en la exposición de motivos. Cuando el juez somete la norma al test de proporcionalidad, se observan dos escenarios: en uno, el juez se sustituye por el legislador al incorporar elementos no expuestos por éste para poder realizar una ponderación completa; en el otro aplica estrictamente la ponderación, y sin necesidad de desarrollarla de manera completa se decanta en declarar la invalidez de la norma, por la ausencia de argumentos del legislador atinentes a justificar la proporcionalidad de la norma.

En este texto, se sostendrá que el legislador tiene el deber constitucional de realizar un control de proporcionalidad en la exposición de motivos, cuando emita normas que restrinjan derechos fundamentales; lo cual, permitirá que la litis constitucional sea más concreta, evitará discrecionalidad –a veces arbitrariedad– por parte del Tribunal Constitucional al aplicar la Ponderación y garantizará que las decisiones del Tribunal Constitucional auténticamente fortalezcan el orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Para lograrlo, el artículo se desarrollará conforme a un método crítico, analítico, comparativo y funcionalista; se expondrá los fundamentos de la Teoría de Principios, el Principio de Proporcionalidad y su test o ponderación, a través de la Doctrina y de la Jurisprudencia Mexicana. Hecho lo anterior, se analizarán dos sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las cuales fue motivo de estudio la constitucionalidad de normas de carácter restrictivo, algunas con base en la ponderación y otras con

otros métodos, a pesar de que resultaba correcto aplicar ponderación y finalmente, la técnica legislativa. Todo ello, para evidenciar que el legislador tiene el deber constitucional de verificar que sus normas cumplan con el Principio de Proporcionalidad, para brindar certeza a los ciudadanos y fortalecer el Orden Constitucional y la protección de los Derechos Fundamentales en México; lo cual debe ser expreso en la exposición de motivos.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS

Un sistema jurídico constitucional se integra por principios y reglas. Ambos son normas, sin embargo, su naturaleza, su finalidad y su realización son diferentes. Siendo que las primeras constituyen el parámetro de validez sustancial de las segundas, pues las reglas deben tender a optimizar a los principios, es decir, adoptar las medidas para que éstos sean realizables en el mundo fáctico y jurídico.

Robert Alexy expone que los derechos humanos tienen su fundamentación en el naturalismo jurídico, en este sentido son derechos subjetivos morales que ejercen su derecho central que es la dignidad frente a la relación soberana de ciudadano y Estado,³ esto es que defienden la integridad humana frente al poder organizado del Estado, sociedad, política y actos de autoridad, como tales son prerrogativas de carácter político-liberal, ya que no se les puede descontextualizar de su entorno político liberal de un “Estado” formado por individuos con derechos que deben ser respetados y promovidos para mantener la estabilidad, desarrollo y calidad de vida.⁴

Vida, Libertad, Igualdad y Dignidad son Principios y Derechos Humanos que se ven reflejados en los derechos constitucionales como derechos fundamentales, es decir como normas positivizadas en torno a una norma general constitucional, en suma, normas en

³ Cfr. Hierro L., Liborio, *Los Derechos Humanos Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 116.

⁴ Cfr. *Idem*.

armonía con la Carta Magna.⁵ Dentro de la estructura de las normas de derechos fundamentales la distinción teórico estructural por excelencia es la que distingue entre reglas y principios, lo anterior se puede observar cuando se cataloga de principios a los valores y fines de las normas, y el carácter de regla se observa cuando se apela a la legalidad y fuerza de una constitución.⁶

Tanto principios como reglas son normas y se agrupan en el concepto de norma, pues “ambos establecen lo que es debido. Ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición”⁷ entonces podemos observar que la distinción entre reglas y principios son distinciones entre dos tipos de normas.

La distinción puede partir del criterio de generalidad, el cual según este criterio observa que los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, tienen un nivel relativamente bajo;⁸ por ejemplo una norma que consagre la libertad religiosa para todos tiene un nivel de generalidad alto, por otro lado, una norma que regula los requisitos para la apertura de establecimientos de práctica religiosa tiene un nivel de generalidad bajo. El primero como principio establece el parámetro, el cual deberá ser optimizado por la regla, como se ve el primero tiene un alto grado de generalidad o abstracción, que permite que el nivel de cumplimiento se dé en diversos grados; en cambio, la regla atiende a un fin específico y ésta se cumple en su totalidad o no se cumple. No se desvincula del principio, ya que la regla debe permitir que el principio sea realizable. Así, los requisitos que establezca deben atender a criterios de proporcionalidad y racionalidad, para que sea posible la apertura de un establecimiento donde se ejerza la libertad religiosa.

⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 63.

⁶ Cfr. Idem.

⁷ *Ibidem*, p. 65.

⁸ Idem.

La diferencia entre reglas y principios es solo de carácter cualitativo, pues una observación más a profundidad advertirá que los principios fundamentan una regla en sí misma, incluso, pueden ser reglas fundadas sobre varios principios a la vez, pues debemos tener claro, que los principios ante su enorme abstracción requiere de un sinfín de normas que los optimicen, que los hagan realizables en la medida de lo posible. Robert Alexy menciona:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.⁹

En suma, los principios no pueden cumplirse o no cumplirse, sino optimizarse, pues con éstos se aspira a un ideal ético humanista propio de los Derechos Humanos, en consecuencia, son medibles en su materialización que se determinará por las situaciones fácticas en un momento determinado. En su esencia son estáticos, pero en su optimización son dinámicos, pues su nivel de cumplimiento es medible conforme al óptimo idóneo determinado por los procesos económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

La optimización del principio se verá específicamente reflejado en las reglas, respecto de las cuales Alexy menciona “que solo pueden ser cumplidas o no”¹⁰, por lo tanto, las reglas son determinaciones, que aspiran a hacer realizable el principio en el mundo de lo fáctico y lo jurídico. Así, la regla será dinámica conforme a una adaptación a las circunstancias imperantes. Justamente en esa dinámica, resulta necesario verificar que la norma no se aleje del principio, por ser inidónea, irracional o desproporcional; incluso contra-

⁹ Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit., pp. 67-67.

¹⁰ Ídem.

ria al mismo, lo cual se logrará, mediante una dinámica equilibrada y funcional entre las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

En el sistema jurídico mexicano podría surgir dudas si la optimización del principio se encuentra estipulado en la Constitución, cuya respuesta es que sí está preceptuado, lo cual, ubicamos en el artículo 1º Constitucional al establecer que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad todas las autoridades”.

El texto constitucional encarga las autoridades que en el ámbito de sus competencias logren el máximo de protección al señalar que se debe observar el principio de progresividad; es decir, que la protección de los derechos debe ser en la medida de lo posible con mayor amplitud; llevando implícita una regla de prohibición a la regresividad. Así que, todas las autoridades mexicanas están obligadas a lograr la optimización del derecho, con las únicas limitantes que sea material y jurídicamente posible; lo cual no queda al arbitrio de la autoridad, sino a una demostración que auténticamente están logrando el máximo de cumplimiento de los principios; esto es, conducir a su realización y observancia plena e inmejorable a favor del individuo.¹¹

La ponderación debe considerarse parte del parámetro de regularidad constitucional, el cual no se limita al texto de la norma nacional o internacional, sino que se extiende a la interpretación que hagan los órganos autorizados como tribunales constitucionales y organismos internacionales según corresponda.¹² Se trata de un mecanismo utilizado por Tribunales Extranjeros como el Español¹³

¹¹ IV.2o.A.15 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, p. 1289.

¹² 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 986.

¹³ Orozco Solano, Víctor Eduardo, “La ponderación como técnica de aplicación

y Alemania¹⁴; e Internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; por lo que no hay duda que la ponderación de principios forma parte del parámetro de regularidad constitucional.

Los principios le dan contenido a las normas, convirtiéndolas así, en una herramienta de los Seres Humanos para lograr sus aspiraciones conforme a su interés personal y a la sociedad, para lograr el cumplimiento del interés colectivo, evitando contradicciones entre éstos. Privar a la norma de los principios, generaría un sistema jurídico vacío, con normas determinadas conforme a intereses particulares o de grupo. Así, los principios también cumplen con una función para evitar la arbitrariedad y la fragilidad del sistema jurídico.

Otro punto de diferencia a destacar, es que en cuanto a su aplicación; las reglas se aplican mediante un método hermenéutico de subsunción, esto es un proceso lógico racional argumentativo donde la hipótesis coincide con la conducta o hecho en el mundo fáctico, esto implica que ordenen algo de forma definitiva y categórica.¹⁵ A su vez, son sujetas de una metasubsunción¹⁶ cuando se está ante la oscuridad de la norma, los vacíos normativos, las antinomias o los conflictos entre normas.

En cambio, los principios al ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, en la medida de las posibilidades reales, fácticas y sobre todo técnicas-jurídicas¹⁷, es

de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa¹⁸, *Revista Judicial*, Costa Rica, número 109, septiembre 2013, p. 25.

¹⁴ Aguilera Portales, Rafael y LÓPEZ Sánchez, Rogelio, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana (límites y restricciones a los derechos fundamentales), en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (coords) *Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, número 249, México, 2014, p. 92.

¹⁵ *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2a. ed. México, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 350.

¹⁶ Alexy, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, coord. Gonzalo Villa Rosas, 1a ed., Perú, Lima, Palestra Editores, p.173

¹⁷ *Idem.*

decir, los principios se optimizan, adoptando los medios idóneos, efectivos y eficaces para lograr la mayor realización del principio.

Un sistema jurídico debe ser congruente en lo formal y material, por ello, a través de la hermenéutica jurídica, se crean mecanismos para interpretar las normas, para resolver conflictos entre normas y cubrir los vacíos legales. Pero pueden existir conflictos de mayor complejidad, que no siempre pueden ser resueltos con los mecanismos hermenéuticos enunciados, pues va más allá del conflicto en la norma-regla; es decir, cuando existe un conflicto entre principios. En estos casos, el problema no surge de la norma en sí, sino de los principios que pretende proteger, creando un escenario en el cual, para proteger un principio, limita o reduce otro principio. Esto es lo que se conoce como colisión –aparente- entre principios, que al ser inderrotables entre sí, deben resolverse con la técnica de la ponderación, también denominada Test de Proporcionalidad.

III. PONDERACIÓN: RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción¹⁸ de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.¹⁹

El test de proporcionalidad permite verificar la norma restrictiva de derechos fundamentales cumpla con el principio de proporcionalidad, para ello, su estudio se realiza en tres etapas conforme a los subprincipios de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, estos principios exigen la máxima realización posible, relativa como tanto a las posibilidades fácticas como a las jurídicas, los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren al

¹⁸ Restricción o no satisfacción, que en esta tesis se denomina relativización.

¹⁹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica... op. cit., p. 351.

campo fáctico y el de proporcionalidad al jurídico, es aquí donde sucede la proporcionalidad.

En suma, esta técnica argumentativa “es el método propio de esta construcción teórica para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”.²⁰

Antes de seguir con la aplicación de los subprincipios, para llevar a cabo la técnica de la ponderación se debe observar una de las críticas -no sin fundamento- de la ponderación y que en casos como en el sistema jurídico, político y judicial mexicano es acertada: la arbitrariedad del uso de la ponderación, pues esta puede ser una herramienta del poder para restringir y reducir los derechos fundamentales, relativizando a los principios.

Existen tres formas de relativizar derechos humanos y fundamentales, vía decisión judicial como ahora esa conformada sin ningún límite a través de la jurisprudencia o el precedente, por vía legislación omitiendo el reconocimiento de algún derecho humano o reconociéndolo son alcances limitados y por suspensión de garantías contempladas en la doctrina²¹ y en la Constitución.²²

²⁰ Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos ... para el Legislador, 4^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, versión Kindle, pos. 10136.

²¹ Al respecto, véase: Samir Benavides, Farid, “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, en *ARGUMENTOS UAM-X*, México. Disponible en: [/http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf](http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf)

²² En el sistema jurídico mexicano la suspensión de garantías se da en función del artículo 29 constitucional el cual menciona: Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción

La relativización de los derechos fundamentales que se da a través de la decisión judicial o como se le conoce en la doctrina la *judicial review*,²³ está facultad o acción del juzgador para producir una norma individual denominada sentencia tiene muchas críticas alrededor, pues se considera que el juzgador no tiene las capacidades humanas, científicas ni éticas suficientes para decidir la justicia en la medida de lo posible, al contrario como afirmaba Ronald Dworkin con el concepto del Juez Hércules que tiene toda la capacidad para decidir sobre lo justo e injusto.²⁴

En efecto, el juzgador tiene mucho margen de error y de discreción para delimitar derechos humanos y fundamentales, sin necesidad de justificar su decisión de manera argumentativo, reduciendo la resolución al decisionismo,²⁵ sin embargo, toda resolución judicial presupone la relativización de los derechos fundamentales, pues estos no pueden aplicarse de forma absoluta pues generaría una infinitud de incertidumbres que colapsarían el concepto mismo de derechos humanos, la seguridad jurídica y la operatividad misma de la justicia estatal.

Toda relativización jurídica de derechos humanos y fundamentales consiste en la reducción de su carácter absoluto y universal situándose en un caso concreto y específico, delimitando sus efectos en torno al contexto que rodea al asunto de los materiales legales, el tiempo y la técnica del juzgador, es decir, validar la relativización.

Regresando al estudio de la ponderación, en el sistema jurídico mexicano se ha emitido jurisprudencia por medio de la cual se establecen los alcances de ésta y sus implicaciones, explicando el ejercicio argumentativo que debe cumplirse al estudiar los subprin-

o suspensión se contraiga a determinada persona.

²³ En español “revisión judicial” se refiere a la capacidad del Poder Judicial de revisar la constitucionalidad y por ende aplicación de un precepto legal sin necesidad de tomar en cuenta a otros poderes del Estado.

²⁴ Cfr. Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 24-25.

²⁵ *Ibidem*, pp. 114-115.

cipios de la Ponderación. En especial se hace hincapié en la jurisprudencia con el rubro “Test de proporcionalidad, metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental”.²⁶ En dicha jurisprudencia se consagra el método de ponderación adecuado al sistema normativo mexicano.

En ésta, se explica que la intervención legislativa debe perseguir un fin constitucionalmente válido; que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional (idoneidad); que no existan medidas alternativas igualmente idóneas o más idóneas para lograr el fin perseguido (necesidad); que la restricción del derecho sea proporcional, es decir, ponderar en sentido estricto.

Esté método tendrá lugar en aquellos casos en que una medida altere o modifique las normas de derecho fundamental, al prever la protección de un derecho fundamental en perjuicio de otro. La Primera Sala de la Suprema Corte que ningún derecho fundamental es absoluto y admiten restricciones, pero no arbitrarias;²⁷ la restricción se puede dar a través del legislador al momento de formular una ley y para ser válida de cumplir con tres requisitos: ser admisibles dentro del ámbito constitucional -conforme a las limitantes que establece el artículo 29 de la Carta Magna-; atender a fines idóneos y ser la menos restrictiva para alcanzar dicho fin, es decir, cumplir con una regla de mínima invasión; y, que sea proporcional, esto es, que exista una correspondencia lógica y racional entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

En México aún existe suspicacia sobre la obligatoriedad para el juzgador de ponderar cuando se estudian normas restrictivas, ya que la Segunda Sala de la Suprema Corte lo ha dejado a discreción

²⁶ Tesis 1ª CCLXIII /2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, abril de 2016, p. 915.

²⁷ Tesis 1a/J. 2/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, abril de 2011, p.533.

de Juez, a pesar de que el quejoso²⁸ lo invoque como concepto de violación;²⁹ contrario a la Comunidad Europea, en donde es obligatorio para el Juez, al ser expreso el principio de proporcionalidad en el artículo 52 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Cierto es que el juzgador tiene una amplia autonomía para elegir los métodos hermenéuticos con que resolverá la constitucionalidad de normas, pero ello no significa que pueda elegir aleatoriamente o arbitrariamente el mismo; por el contrario, debe atender al artículo 1º Constitucional en su principio de Progresividad de los Derechos Fundamentales, así como, a la Técnica Jurídica, la Teoría del Derecho y la Argumentación Jurídica, debiendo explicar las razones para no aplicar una ponderación en estos casos en específico.

IV. TEST DE PROPORCIONALIDAD

El test de proporcionalidad por sí mismo es una ponderación, de ahí que se use de manera indistinta en el presente estudio. La proporcionalidad ha sido expuesta como principio general del Derecho, como garantía constitucional y como método hermenéutico. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que se trata de un método hermenéutico³⁰, González-Cuéllar Serrano sostiene que la proporcionalidad es un “principio general del Derecho con una función hermenéutica”³¹ con la cual coincidimos y nos adherimos a ese criterio; por lo que éste se suma a los métodos hermenéu-

²⁸ Este criterio es cuestionable, pues si bien, la ponderación como método hermenéutico no es única; también lo es que, si una de las partes sostiene su concepto de violación con el ejercicio de la ponderación, el juzgador debería analizar la constitucionalidad de la norma con ese método a fin de respetar el principio de exhaustividad, que debe cumplirse en toda resolución judicial.

²⁹ Tesis 2a./J. 10/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 838.

³⁰ *Idem*.

³¹ Bernal, *op. cit.*, 11682.

ticos como la interpretación, las técnicas para integrar la norma y el escrutinio judicial, por mencionar algunos.

Antes de aplicar el test de proporcionalidad, el juez debe verificar que la norma cumpla con un fin constitucionalmente válido. El parámetro para identificar que se trate de un fin constitucionalmente válido, requiere que se atienda a la protección o beneficio de los Derechos Fundamentales garantizados en la Constitución y en el orden Internacional. Si es así, se entra al análisis de los tres subprincipios: -mismo que ha aceptado y reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación³²- idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este método debe seguirse en ese orden, pues si no se supera una de sus etapas resulta innecesario pasar a la otra, pues la norma simplemente sería desproporcional, en consecuencia, sustancialmente inválida.³³

En el subprincipio de idoneidad, se debe analizar que la norma sea adecuada para lograr el fin constitucionalmente legítimo o válido; en esta etapa que el medio auténticamente logre la finalidad pretendida. En cuanto al subprincipio de necesidad, se verifica que el medio creado sea el más benigno con el derecho intervenido, es decir, que no hay una mejor alternativa para lograr la finalidad de la norma. Para ello, se debe hacer una labor creativa, motivada, fundada, incluso científica, para determinar si existen otros medios que puedan garantizar la prosecución del fin, con una menor intensidad en la afectación del derecho intervenido. De no existir otro medio que cumpla esas características, entonces la medida cumple con la necesidad.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, bajo el cual se examinará que el grado de afectación se justifica por los beneficios o el grado de protección que se logra con los otros principios. Esto es, verificar que se cumpla con la máxima: cuanto más intensa

³² Tesis 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, t. 1, Febrero de 2012, p. 533.

³³ Bernal, *op. cit.* Pos. 15580.

sea la intervención legislativa en el derecho fundamental, mayor deberá ser la seguridad con la que dicha intervención contribuya a la obtención de su finalidad.

Todo este método hermenéutico resulta en un estudio que si bien, no es perfecto y tiene críticas muy válidas; también lo es, que brinda mayor seguridad jurídica, pues obliga al juzgador a hacer un examen minucioso en este tipo de casos, que le permite a los ciudadanos comprender con mayor precisión el proceder de éste. Por lo tanto, es necesario que desde el acto legislativo se realice este ejercicio y se cumplan con sus requisitos, a fin de que los jueces realicen el estudio necesariamente conforme a los parámetros fijados por el legislador y no se sustituya por éste; con lo cual también se fortalece el principio Republicano, es decir, la división de funciones.

V. TÉCNICA LEGISLATIVA: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El origen del término de técnica legislativa aparece por primera vez en una serie de estudios sobre la codificación del código civil francés, acuñado en el título de la obra *La Technique Législative dans la Codification Civile Moderne* por el jurista Francois Géný.³⁴ Desde su aparición, la técnica legislativa en sentido estricto se refería a la composición y redacción *drafting* de leyes y disposiciones jurídicas

Por otra parte, la palabra legislativa es un adjetivo que alude a un conocimiento especializado referente a las aplicaciones y aspectos prácticos que son necesarios en la redacción, composición y elaboración de las leyes.

El autor Eliseo Muro Ruiz define que la técnica legislativa se concibe como: “el conjunto de factores para la estructuración de proyectos de ley y el uso del lenguaje apropiado en la ley”,³⁵ y, se-

³⁴ Géný, Francois, “La Technique Législative dans la Codification Civile Moderne”, en *Le Code Civil 1804-1904*, Francia, Livre du Centenaire, 1904.

³⁵ Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, UNAM–Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p.15.

gún este mismo autor, la norma posee un signo político, ideología e intereses, y uno técnico, la claridad de su redacción, lenguaje, estructura lógica, la inserción armónica dentro del sistema legal;³⁶ no se puede distinguir el derecho de la política y de la filosofía para su instrumentalización.

Por su parte Manuel Atienza matiza una división de la técnica legislativa y distingue cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad para la elaboración legislativa:

- I) **La racionalidad comunicativa o lingüística:** se refiere a la capacidad de transmitir con fluidez un mensaje al receptor, en este caso el legislador debe ser capaz de transmitir la ley al gobernado;
- II) **La racionalidad jurídico-formal:** se trata de la forma lógica en que la nueva ley ha de insertarse armoniosa y sistemáticamente al ordenamiento jurídico;
- III) **La racionalidad pragmática:** puesto que la conducta de los gobernados debe adaptarse a la norma, esta debe ser lo bastante realista, adecuada, plausible y apropiada;
- IV) **La racionalidad teleológica:** pues debe existir un equilibrio entre los fines sociales perseguidos y los métodos o formas para alcanzarlos, y
- V) **La racionalidad ética:** las normas para buscar la integralidad deben ser susceptibles de reflejar los valores y justificaciones éticas dentro del contexto histórico y político de cada sociedad.³⁷

En el anterior sentido, la ciencia jurídica y técnica legislativa sistematizan el material didáctico con implicaciones en el trabajo legislativo, con el objeto de optimizar los valores y fines de las normas, a través de las decisiones políticas expresadas en las leyes; las cuestiones técnico-jurídicas con un enfoque de sensatez legislativa,

³⁶ *Ibidem.* p.16.

³⁷ Al respecto, véase: Atienza, Manuel, “Razón práctica y legislación” en *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, primera época, vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre 1991, pp. 9-31.

tendientes a incrementar la certeza del derecho para el ciudadano y para los encargados de aplicarlo, con el objetivo de fomentar el Estado de derecho.

La técnica legislativa, al ser un instrumento primordial para la creación de normas, se nutre de ciencias auxiliares para su correcta aplicación, como lo son: la sociología, el análisis económico del derecho, la ciencia política y cuestiones de historiografía. Sin embargo, la mayor parte de las leyes bien escritas y estructuradas deben partir de la racionalidad teleológica y la lógica jurídica.

Por último, para distinguir, existe una técnica legislativa interna y una técnica legislativa externa.³⁸ La primera, comprende todos los instrumentos de elaboración, integración formal, estructura interna y el desarrollo material de la ley; la segunda, comprende el contexto del cual se legitima la ley, la estructura, organización, funcionamiento del Poder Legislativo y los procedimientos legislativos durante todo el proceso legislativo.

También hay otros conceptos que son afines al concepto de técnica legislativa, uno de ellos es la lógica parlamentaria. La lógica parlamentaria puede definirse como “una serie de reflexiones útiles no sólo en las artes oratorias del sistema parlamentario, sino en las practicas diarias políticas de cada persona”³⁹, estas reflexiones son un método para defender bien toda clase de causas, sin dársele un ardite de la excelencia o de perversidad de lo defendido o atacado por la oratoria.⁴⁰ Tras esta definición de la lógica parlamentaria, suele definirse como una lógica política, ya que las cámaras del parlamento se conducen de una forma particular a la hora de tomar decisiones, así, nos damos cuenta que estas son tomadas por personas con intereses específicos, percatándonos de la necesidad

³⁸ Cfr. Grosso Marina, Beatriz (*et. al.*), *Técnica Legislativa: Marco Teórico*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p.4.

³⁹ Hamilton, William Gerard, *Lógica Parlamentaria*, Senado de la República, México, 2007, p. 10.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 14.

de dotar de lógica sus acciones, que son impulsadas por intereses muy definidos.⁴¹

Por otro lado, Hamilton define a la técnica legislativa como un conjunto de principios jurídicos, postulados constitucionales, conocimientos de la legislación vigente, experiencias parlamentarias, debe sumar los usos, costumbres, prácticas y precedentes del derecho reglamentario que las asambleas han acordado a lo largo de su historia como poder legislativo. Así la técnica legislativa es un concepto omnicomprendivo, que toma conocimientos propios de la lógica y la lingüística, esto anterior no impide que la ley obedezca más a cuestiones políticas que a cuestiones de forma y lingüísticas.⁴²

Entonces también la técnica legislativa se concibe como la observancia de los principios básicos del sistema constitucional, que funda la validez del orden jurídico dentro del cual se integran las normas, tiene primordial naturaleza jurídica porque muchos de sus principios y reglas se contemplan en preceptos o artículos de diversa jerarquía legal. Todo lo anterior, deberá ser explicado y resuelto desde diferentes campos del conocimiento jurídico, político, económico, administrativo, parlamentario, de derecho internacional público y privado, ya que, por necesidad lógica, debe ser objeto de técnica legislativa. Lo cual deberá ceñirse a los procedimientos escritos y orales que den certeza y seguridad jurídica, ya que esto constituye una garantía para los gobernados. De ahí que sea necesario que la ley reúna todos los aspectos técnicos que se requiere para su elaboración.

VI. CASO CHARRERÍA Y TAUROMAQUIA

Este caso deriva de la sentencia de Juicio de Amparo en revisión 329/2020. Dicho amparo fue promovido contra la fracción IX del artículo 45 de la Ley de protección y Defensa de Derechos de los

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 16.

⁴² Cfr. Hamilton, William Gerard, *op. cit.*, p. 17.

Niños y Niñas y Adolescentes del Estado de Baja California publicada el día 9 de marzo de 2018; en el cual se prohíbe a menores de edad el acceso o entrada, a los espectáculos públicos legales que hagan uso de violencia extrema con animales tales como corridas de toros, novilladas, festivales taurinos, charrerías, jaripeo, rodeo y vaquereadas o equivalentes. Los quejosos fueron un menor aficionado a dichos eventos y sus padres.

El análisis de la SCJN gira en torno a los derechos fundamentales de los menores, los cuales conforme a La Convención sobre los Derechos del Niño menciona que se debe proteger a los menores de todas las formas de violencia y esta obligación recae en los estados parte, como es el caso del mexicano. Lo anterior, sin duda repercute en la prohibición de la asistencia de niños, niñas y adolescentes a eventos donde se tiene por finalidad y resultado la muerte y tortura de un animal o ser sintiente.

En la resolución se declaró inconstitucional la norma en estudio, partiendo que la libre educación familiar es una garantía de los padres y del menor frente intervenciones de terceros ajenos al núcleo familiar, incluyendo al Estado, siempre que no se ponga en peligro la integridad y salud del menor. Los juzgadores exponen que el legislador fue omiso en restringir este derecho de forma adecuada al momento de emitir la norma impugnada, por considerarla sobre inclusiva y ambigua sin proporcionar elementos científicos y razonables para delimitar el derecho de la libertad en concreto, el de asistir a eventos de charrería y tauromaquia o similares, concluyendo:

En otras palabras, no se justificó que la distinción basada en la categoría sospechosa cumpla con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional que es atender al interés superior de la niñez; tampoco se logró exponer que esa distinción por razón de edad estuviera estrechamente vinculada con esa necesaria finalidad, ni que la medida legislativa esté directamente conectada con la consecución de ese objetivo constitucional, pues además, no puede considerarse que haya sido la medida menos restrictiva posible para

conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional⁴³

Como se advierte, la SCJN prescindió de realizar un estudio de proporcionalidad de la norma. Opta por realizar un escrutinio, al afirmar que se trata de normas que discriminan, por lo que es una norma de categoría sospechosa. En la misma resolución, la SCJN concluye que el legislador no justificó la necesaria finalidad, ni que la medida esté directamente conectada con la consecución del objetivo, ni que se tratara de la medida menos restrictiva. Entonces, se advierte que llevo a cabo el estudio parcial del escrutinio y parcial de la ponderación.

La argumentación y análisis de la SCJN fue de carácter sistemático, semántico y deductivo sin aplicar en ningún momento una técnica argumentativa o hermenéutica clara. Era factible aplicar la ponderación al actualizarse una colisión de la libre educación familiar contenido en los artículo 5 y 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y el interés superior del menor; la libertad de pensamiento del menor con el interés público de una vida libre de violencia del menor; por lo que se daban todas las condiciones para ponderar principios.

En este orden de ideas, la sentencia fue favorable para el quejoso, sin embargo, advertimos dos puntos críticos y omisiones por parte de las autoridades, uno con respecto del Poder Legislativo y otro accesorio conforme la forma de solucionar la controversia del Poder judicial.

En primer lugar, la técnica legislativa es deficiente, pues si bien, el legislador en su exposición de motivos expuso la necesidad de evitar la participación infantil en actividades que se fomente la violencia en animales, con base en recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el informe presentado

⁴³ Amparo en revisión 329/2020, *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Sentencia de 25 de noviembre de 2020, pp. 34-35.

por la Fundación Franz Weber; no se advierte una exposición clara en donde haya analizado la idoneidad de la medida, su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esas omisiones condujeron a que el Tribunal Constitucional resolviera sin una metodología clara; y si bien, ello no le es directamente imputable al legislador, de haber realizado un estudio sobre la proporcionalidad de la norma, el Tribunal se hubiera visto en la obligación de estudiar parte por parte la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

El legislador ocurrió a las observaciones del Comité de los derechos del niño y los informes de diversas organizaciones de la sociedad civil sobre el impacto de la violencia sobre la salud mental de un menor; los mismos no fueron suficientes para justificar la limitación de los derechos fundamentales del libre pensamiento y de la libre educación familiar. Pero, con el estudio de proporcionalidad por parte de éste, le hubiera hecho percatarse que requería de mayores elementos argumentativos y evidencia científica para justificar su medida; incluso lo hubiera llevado a señalar expresamente qué otras medidas fueron exploradas y porque no las consideró más idóneas.

Con el estudio anterior, seguramente el legislador hubiera considerado que una prohibición absoluta para los menores de edad resultaba desproporcional, considerando así emitir una norma con restricciones moduladas atendiendo a si la actividad era de charretería o tauromaquia y considerando la edad del menor. O incluso, adoptar medidas que los padres deban cumplir a fin de proteger el interés superior del menor. Recordemos, que la SCJN debe cumplir con una función de órgano revisor, mas no de creador de normas o medidas. Por ello, la aplicación de la proporcionalidad por parte del legislador, hubiera permitido que en este caso emitiera una norma, menos restrictiva y modulada, para que pudiera superar el test de proporcionalidad o el escrutinio que deficientemente desarrolló el Tribunal Constitucional.

VII. CASO USO LÚDICO DE MARIHUANA

El presente caso es realmente paradigmático, se trata del Juicio de Amparo en revisión 1115/2017, el cual derivó de una petición a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (en adelante COFEPRIS), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la expedición de una autorización que le permitiera el consumo individual del estupefaciente Cannabis Sativa (en adelante Marihuana). La autorización, se solicitó expresamente para que el peticionario pueda consumir marihuana regularmente, de forma personal y con fines meramente lúdicos y recreativos, además de derechos correlativos al autoconsumo, el cual fue negado y posteriormente se tramitó el amparo.

El quejoso argumentó que le fue vulnerada su dignidad humana, identidad personal, derechos de la personalidad, propia imagen, libre desarrollo, a la autodeterminación individual, libertad personal y corporal, así como el derecho a disponer de la salud propia, e invocó expresamente la inconstitucionalidad de las normas por ser desproporcionales.

Contrario al caso anterior, la SCJN determinó llevar a cabo un test de proporcionalidad, perfectamente delineado conforme a la teoría de la ponderación, a pesar de la total omisión del legislador de sostener la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la prohibición. En ese sentido, la SCJN aludió a que el Estado no puede imponer modelos y estándares de la vida a los ciudadanos, ni intervenir en asuntos propios de la esfera personal y privada de éstos. Esto bajo el argumento de que la protección estatal de corte paternalista protegería solo a inválidos, incapaces y menores por sus deficiencias tanto humanas, como culturales y sociales; sin embargo, la protección estatal y restricción no sería válida para mayores de edad, pues se presumiría su total autonomía de elección sobre su propia salud y cuerpo.

De igual forma, la SCJN de manera oficiosa añadió argumentos científicos y médicos sobre los efectos de la marihuana en los sistemas nerviosos de los consumidores como la sensación de euforia, sedación y relajación; alteraciones de la percepción temporal, actividad analgésica y antiinflamatoria, debilidad muscular, hipotermia y otros efectos no mortales al organismo; dichos efectos no corresponden a un desarrollo integral de la persona pero los beneficios psicosociales son mayores pues al defender la libertad individual es proporcional al deseo y plan de vida de la autonomía personal.

En el análisis de la medida legal contra el derecho fundamental de la dignidad y libertad, se menciona que el libre desarrollo de la personalidad incluye el rechazo total de las formas de represión estatal, así como que el ser humano es el mejor juez de sus propios intereses.

Por último, debemos señalar que la SCJN en este asunto si atendió el test de proporcionalidad para resolver la constitucionalidad de la norma que prohibía el autoconsumo lúdico. Sobre la constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida (artículos 235, 237, 24, 247 y 248 de la Ley general de Salud) menciona que al ser medidas de carácter administrativo y no penal no deberían estar sujetas a prohibiciones constitucionales y más aún cuando solo se pidió el permiso para consumo más no comercialización (lo cual traería aparejados temas de índole penal). Sin embargo, las medidas están contempladas como protección al derecho a la salud contenidos en el artículo cuarto constitucional.

En segundo término, se analizó la idoneidad de la medida, la relación empírica entre la lesividad de la medida y el beneficio para proteger la salud determina este paso. La SCJN no negó la afectación de la salud del consumo de marihuana, sin embargo, estas afectaciones conforme a los estudios médicos -que ésta invocó- ocurren de forma inmediata y no existe un agravamiento por consumo crónico por lo cual no existe ninguna afectación más allá de los efectos negativos que cualquier otra sustancia fumada, como es el

caso del tabaco cuyo consumo no está regulado de forma restrictiva para mayores de edad con relación al de la marihuana.

Por lo anterior, consideró que la medida no es idónea para proteger la salud pues es desproporcional al fin perseguido toda vez que un sujeto responsable es dueño de su propia integridad y no es congruente la prohibición de una sustancia que no es más dañina que otras legales. En este orden de ideas, el último paso de la necesidad de la medida impugnada resulta ineficaz y podría utilizarse el permiso para igualmente proteger la salud de los ciudadanos autónomos (pues el permiso solo sería para mayores de edad) y al mismo tiempo no lesionar la libertad de consumo y el libre desarrollo de la personalidad.

Como se puede observar, la SCJN sí utilizó el test de proporcionalidad y a pesar de la omisión del legislador de realizar argumentos para justificar proporcionalidad, la SCJN se sustituyó para incorporar diversos elementos de valoración que llevaron a analizar la colisión de derechos fundamentales, como fue la valoración de estudios científicos, estadísticos, política pública y derecho comparado.

Con ello, se llevó a cabo un análisis enriquecedor sobre constitucionalidad del autoconsumo de la marihuana, un caso paradigmático, que derivó en las actuales reformas que permiten su consumo lúdico. Sin embargo, advertimos la falta de uniformidad por parte de la SCJN, pues no hay un criterio definido sobre en qué casos resolverá las colisiones de principios conforme a la ponderación; tampoco en qué supuestos adoptará la incorporación oficiosa de los elementos argumentativos y científicos que debió establecer el legislador para justificar la proporcionalidad de la restricción; pues en este caso, se pudo llegar al mismo resultado con el argumento esgrimido para la sentencia sobre charrería y tauromaquia, es decir, mediante el argumento basado en que el legislador no cumplió con su deber de explicar y justificar la restricción.

Es indudable que la SCJN ante lo polémico y delicado del tema a nivel nacional e internacional, prefirió desarrollar de manera com-

pleta el test de proporcionalidad, para brindar mayor seguridad jurídica sobre su decisión. Sin embargo, este es un caso excepcional, porque advertimos que la tendencia de la SCJN es limitarse a la exposición de motivos del legislador, como ocurrió en caso de charrería y tauromaquia anteriormente analizado.

Aún así, no es aceptable que el legislador omita justificar la proporcionalidad de sus normas, porque la validez de la norma queda a la suerte de la discrecionalidad de la SCJN para resolver el asunto. En este caso, si el legislador hubiera ponderado y optimizado su norma previamente, habría establecido los estudios que sostuvieran la necesidad de prohibir el consumo de cannabis, las razones para descartar otros estudios y justificaría metódicamente la restricción de un principio de beneficio de otro. De esta forma, el quejoso se hubiera ocupado de plantear una antítesis dentro de la litis constitucional, para que fuera la SCJN quien de manera objetiva e imparcial se pronunciara sobre la constitucionalidad de la norma. Esto, podría haber llevado a un resultado diverso; e incluso, de el mismo resultado, se tendría la certeza que el principio republicano y democrático fue estrictamente respetado, al no haberse suplido las deficiencias del legislador.

VIII. LA PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Del análisis de los dos casos anteriores se puede afirmar que la proporcionalidad en la técnica legislativa es absolutamente inexistente, esto trae consigo que el Poder Judicial sea un revisor con facultades para decidir sobre la política pública al resolver estas controversias de manera discrecional, pues por ejemplo, en el primer caso de los eventos taurinos y charrería, no fue necesario usar la ponderación más que solo denotar el fallo legislativo, en el segundo caso del consumo lúdico de la marihuana, si se utilizó la ponderación pero para subsanar los fallos legislativos; en ninguno de los casos se utilizó una

ponderación que controvierta una ponderación formulada por el legislador (al ser inexistente), pues en el mejor de los casos, la SCJN se substituyó por éste, determinando las medidas más idóneas y con ello incidir directamente en la política pública.

Lo anterior es grave, puesto que no aporta a desarrollar una democracia válida y un sistema Republicano funcional, pues no hay una comunicación eficaz entre los poderes legislativo y judicial, ni una clara separación entre sus funciones; en cambio se centraliza el poder revisor en el Poder Judicial, teniendo el papel de un legislador negativo o fantasma⁴⁴, al grado de intervenir con mayor intensidad en la política pública.

La omisión del legislador, entre sus muchas consecuencias acarrea que el Juzgador no se vea vinculado a Ponderar Principios, pues el legislador no lo hizo; y si el Juzgador decide ponderar, entonces lo hará sobre una norma en la que el Legislador no cuidó el cumplimiento de los subprincipios, así que, su estudio será discrecional y probablemente ajeno a las razones que empujaron al legislador a emitir la norma, al no contar con argumentos sistematizados. Peor aún, esto ocasiona que la función judicial vaya más allá, al realizar un estudio que en muchas ocasiones implica cuestionar la política pública, interfiriendo directamente sobre la función del Legislativo o Ejecutivo.

Cabe señalar lo que se ha denominado también como “la cuestión cultural” de los jueces. La cuestión cultural entendida como esfera de sociabilidad y del carácter del papel del juez es importante por varios motivos: permea en todas las aristas, la actividad judicial; pre actúa a modo de “lente” a través de la que él se percibe a sí mismo y percibe la significación práctica de la propia función que desempeña; y, porque, en consecuencia, se halla muy ligada a la cuestión ideológica.⁴⁵

⁴⁴ Las ideas del legislador negativo, fantasma puede profundizarse en Waldron, J., *Contra el gobierno de los jueces*, Madrid, Siglo XXI, 2012.

⁴⁵ Cfr. Alexy, Robert y Ibáñez Perfecto, Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, *op. cit.*, p. 72.

Por lo anterior, la politización del rol judicial en la motivación de las decisiones dentro de las sentencias, toma por consecuencia, la necesidad de una exigencia de alta racionalidad para evitar el defecto y desgaste de la legitimidad del papel del juez; por ende, si los juristas se transforman a un papel más político y activista o militante, deberían existir reglas claras que brinden objetividad a las decisiones judiciales y sobre todo para regular las normas que delimitan las garantías de los derechos fundamentales.⁴⁶

Entonces, surge la interrogante ¿cuál es la alternativa ante una posible arbitrariedad judicial a raíz de la ineficacia de ponderación en el Poder Legislativo? Bueno, pues una solución eficaz sería integrar un modelo de ponderación obligatorio desde la misma norma, lo cual se justifica con el principio de optimización, que deriva de la obligación de las autoridades de proteger, garantizar, promover y respetar los derechos humanos, previsto en el artículo 1º Constitucional. La referida norma debe establecer un protocolo que exija del legislador cumplir con un estudio sobre optimización y proporcionalidad sobre temas que incidan directamente en derechos fundamentales y sobretodo, cuando ello imple restricciones. En pocas palabras, dotar a la técnica legislativa de la ponderación y proporcionalidad.

La proporcionalidad debería reflejarse en la fase prelegislativa y estar insertada en un apartado especial en la exposición de motivos dentro de la iniciativa de reforma de ley. La fase prelegislativa es de suma importancia, para Manuel Atienza,⁴⁷ la fase prelegislativa comienza cuando un hecho fáctico impacta en la sociedad, de tal manera que representa un problema social, se analiza el problema, se delimitan objetivos, se propone una solución tanto legal como no legal para solucionar el problema, se justifica éticamente el fin y los medios, y culmina con una propuesta de solución legislativa. No obstante, las causas de confrontar un problema de forma legislativa

⁴⁶ *Ibidem*, p.76

⁴⁷ *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 385-403.

son multifactoriales.⁴⁸

Dicho de otro modo, la fase prelegislativa culmina con una propuesta de ley, a su vez, también abarca cuestiones relacionadas con la negociación entre los diversos actores involucrados, tanto públicos como privados, como, por ejemplo: una cuestión de cabildeo, con esto se pretende generar un acuerdo acerca de los fines políticos.

El objetivo de esta etapa es la construcción de consensos sobre lo que se espera de la norma jurídica, resguardar el orden institucional sin quitar importancia a las negociaciones extralegales y el choque de intereses, y culminar con un acuerdo general dentro de la sociedad, de cara a la nueva ley.

La ponderación y proporcionalidad se debería llevar a cabo siguiendo las pautas expuestas en las jurisprudencias antes citadas, es decir la metodología siguiente:⁴⁹

- I) Que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido;
- II) Que la medida resulte necesaria y adecuada para satisfacer en alguna medida su propósito;
- III) Que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental y;
- IV) Que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.

Estos pasos deben estar integrados en los reglamentos de ambas Cámaras y en la Ley Orgánica del Congreso de la Unión, incluso replicarse en las legislaturas, debe estar añadido de forma obligatoria para presentar iniciativas y aprobar normas, es un mandato constitucional y una tecnología democrática que equilibraría no solo los poderes de la Unión, sino se reflejaría en leyes verdaderamente de

⁴⁸ Al respecto, véase: Mora Donatto, Cecilia, *Teoría de la Legislación*, UNAM-México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp.16-19.

⁴⁹ Tesis 1ª. CCLXIII/2016, *op. cit.*, p. 915.

vanguardia en la protección de los derechos fundamentales, sobre todo aliviaría la carga excesiva de asuntos en defensa constitucional que paralizan y conllevan arbitrariedad o incertidumbre en la labor del Poder Judicial.

Asimismo, el sistema Republicano se fortalecería, al brindar mayor seguridad jurídica entre los ciudadanos y respecto de la labor de los Tribunales, pues a los primeros, les permitirá conocer las razones que llevaron al legislador a adoptar esas medidas restrictivas y debatirlas de ser necesario; a su vez, el Juzgador analizará la proporcionalidad de la norma conforme a las bases cimentadas por el Legislador, evitando así, la discrecionalidad del Juez del Tribunal Constitucional.

En el orden social, evitaría los excesos de desorden público y violencia de los *lobbys* ante la propia ciudadanía y demás instituciones; en el campo económico, nivelaría la competencia entre sectores económicos evitando la explotación y monopolios así como excesos del mercado; en el orden político evitaría la corrupción y daría una disciplina de gobernabilidad adecuada para los servidores públicos y órganos del Estado y en el orden jurídico traería leyes más justas y democráticas; en suma la libertad adecuada para una vida adecuada y digna.

Se fortalecería la vida democrática de la sociedad mexicana, pues el cumplimiento de la proporcionalidad, elevaría el debate político y social, forzando a todos los participantes a adoptar propuestas idóneas, racionales y razonables que permitan la emisión de normas sujetas a un control constitucional más robusto desde la labor legislativa.

Por ello, es exigible al legislador que en sus razones para crear una norma jurídica que limite derechos fundamentales, observe el principio de proporcionalidad, para evitar que situaciones fácticas y poderes hegemónicos o factores reales del poder suelen influyan en el carácter científico del derecho y sobre todo en las prácticas constitucionales de los mismos, teniendo como resultado un uso ineficiente de la ciencia jurídica, incluso, un uso incluso corrupto disfrazado de legalidad.

VIII. CONCLUSIONES

El nuevo paradigma de los derechos humanos y su aplicación en el sistema jurídico mexicano distingue normas en forma de principios y en forma de reglas, cuya diferencia radica en el grado de concreción, siendo los primeros realizados en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas y las segundas realizadas de forma categórica. Los principios deben ser optimizados y cuando hay una colisión entre éstos, la mejor forma para resolverlo es mediante la ponderación.

La ponderación es aplicable cuando una norma restringe derechos fundamentales, ocasionando una colisión entre principios, cuya estudio debe atener a la premisa “si mayor es el grado de afectación de un principio, mayor importancia es la realización del segundo”, así obedece a una estructura triádica de tres subprincipios, el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista el fin constitucionalmente válido como requisito *sine qua non* para poder entrar al estudio de los subprincipios.

El ordenamiento jurídico mexicano ha adoptado la ponderación y la ha insertado en el derecho mexicano a raíz de diversas jurisprudencias y en la Constitución, siendo ésta una estructura idéntica al análisis de Alexy, aunque sin claridad de los casos en que debe ser aplicada por los órganos judiciales constitucionales. Lo anterior se refleja en dos casos paradigmáticos: dos amparos que resuelve la SCJN sobre temas de Tauromaquia y asistencia de menores a dichos eventos y del consumo lúdico de la marihuana correspondientemente. En ambos casos se señala la omisión grave por parte del legislador a la hora de emitir normas que lesionaron derechos fundamentales de los menores en el caso de la tauromaquia y de los adultos en el caso de la marihuana.

Entonces, el poder legislativo tiene como obligación atender los mandatos sobre la ponderación y proporcionalidad, implementándolos como parte de su técnica legislativa al crear norma que res-

trinja derechos fundamentales, puesto que la omisión del legislador de atender los mandatos de ponderación y proporcionalidad emitidos vía jurisprudencia por la SCJN, trae consigo conflictos de índole social, económico, político y jurídico que se traducen en ingobernabilidad, violaciones sistemáticas de derechos humanos y abusos de particulares.

IX. FUENTES DE CONSULTA

I. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA PORTALES, Rafael y López Sánchez, Rogelio, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana (límites y restricciones a los derechos fundamentales), en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (coords.) Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, número 249, México, 2014.

ALEXY, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, coord. Gonzalo Villa Rosas, 1a ed., Perú, Palestra Editores, 2019.

_____, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2a. ed. México, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ALEXY, Robert y Ibáñez Perfecto, Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, tr. Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 1a edición, 2017.

BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad

como criterio para determinar el contenido de los derechos ... para el Legislador, 4ª ed., Universidad Externado, Edición de Kindle, Colombia, 2014.

GAMA, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 1ª ed, 2006.

GROSSO MARINA, Beatriz, (et. al.), *Técnica Legislativa: Marco Teórico*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.

HAMILTON, William Gerard, *Lógica Parlamentaria*, Senado de la República, México, 2007.

HIERRO L., Liborio, *Los Derechos Humanos Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

MORA DONATTO, Cecilia, *Teoría de la Legislación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

MURO RUIZ, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo, “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”, *Revista Judicial*, Costa Rica, número 109, septiembre, 2013.

WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces*, Madrid, Siglo XXI, 2012.

2. HEMEROGRAFÍA

ALEXY, Robert, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico* 9. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18513/18753/0>

- ATIENZA, Manuel, “Razón práctica y legislación” en *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, primera época, vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre 1991.
- GÉNY, Francois, “La Technique Législative dans la Codification Civile Moderne”, en *Le Code Civil 1804-1904*, Francia, Livre du Centenaire, 1904.
- SAMIR BENAVIDES, Farid, “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, en *ARGUMENTOS UAM-X*, México.

3. JURISPRUDENCIA

- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia. Décima Época. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abril de 2011, Tomo I. Tesis 1a/J. 2/2012, p.533.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia. Décima Época. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis. Febrero de 2019, Tomo I. Tesis 2a./J. 10/2019, p. 838.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada. Décima Época. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abril de 2016, Tomo II. Tesis 1a/CCLXIII /2016, p.915.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Décima Época. Libro XXI, Junio de 2013, IV.2o.A.15 K, p. 1289
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada. Primera Sala, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I , p. 986, 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), p. 986.

4. SENTENCIAS

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 1115/2017, 11 de abril de 2018, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=225073>

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 329/2020, 25 de noviembre de 2020, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=273124>.

