

Ponderación y proporcionalidad.

Miguel Carbonell.

Modelo de reglas y principios

En México solemos trabajar con el llamado
“Modelo estándar de la AJ”.

Es aplicable solamente cuando trabajamos
con normas jurídicas que son “REGLAS”.

“Si X, entonces Y” (modelo kelseniano).

Konrad Hesse:

“Para el derecho constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el **carácter abierto y amplio** de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas”.

Normas jurídicas.

Reglas.

Principios.

¿Qué son las reglas?

Robert Alexy define a las reglas como normas que contienen “mandatos definitivos”.

Su texto permite advertir con claridad cuál es el supuesto que están regulando y cuál es la consecuencia jurídica.

Se pueden cumplir o violar.

Alexy:

“Las reglas son normas que ordenan una consecuencia jurídica definitiva ante el cumplimiento del tipo, es decir, que ante el cumplimiento de ciertos presupuestos ordenan, prohíben o permiten de manera definitiva o autorizan algo de manera definitiva”.

Principios.

Las normas redactadas en forma de principios **no tienen** determinado el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica.

O Los determinan de una manera muy amplia (ambigüedad o vaguedad).

Alexy:

“Los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas... Son mandatos de optimización”. Una norma redactada en forma de principio debe aplicarse bajo criterios de **maximización**.

Pautas aplicativas (I).

Para las reglas, necesitamos hacer una argumentación en forma de **subsunción**:
Premisa mayor (la norma). Premisa menor (los hechos). Conclusión lógico necesaria (silogismo deductivo).

Para los principios necesitamos argumentar mediante una **ponderación**.

Pautas aplicativas (II).

En las contradicciones entre reglas se plantea un conflicto de “todo o nada”, dado que la aplicación de una regla elimina por completo la vigencia, la validez o la aplicabilidad de la otra.

En cambio, en la ponderación los principios no se anulan, sino que se equilibran.

¿Cómo resolver una antinomia?

Tres criterios:

- 1) Lex superior derogat inferiori (criterio de supremacía o de jerarquía).
- 2) Lex posterior derogat priori (criterio temporal).
- 3) Lex specialis derogat generalis (criterio de especialidad normativa).

Proporcionalidad.

La proporcionalidad es un método de argumentación jurídica que nos permite saber si una norma “infra-bloque” o un acto de autoridad es o no **compatible** con el propio “bloque” de regularidad normativa.

El concepto de “bloque de regularidad” se contiene en la **CT 293/2011**.

Requisito

Para poder aplicar la proporcionalidad se debe demostrar argumentativamente que una disposición “infra-bloque” o un acto inciden en el **ámbito protegido** de un derecho fundamental.

Esta argumentación la pueden desarrollar las partes en un proceso o bien el juez de manera oficiosa, utilizando los **métodos tradicionales** de la interpretación jurídica.

Métodos clásicos (Savigny, 1879).

- **Gramatical**: significado objetivo.
- **Teleológico**: intención subjetiva (Savigny no lo menciona).
 - **Histórico**: origen en la historia.
- **Sistemático**: considerar el conjunto.

Origen de la proporcionalidad.

El examen de proporcionalidad se comienza a desarrollar en Alemania a mediados del siglo XIX, dentro de su derecho administrativo.

Originalmente era entendido como una “prohibición de exceso” en los actos administrativos, aplicada por los jueces.

Concepto:

“La proporcionalidad puede ser definida como un conjunto de reglas que determinan las condiciones necesarias y suficientes para que una ley o decisión judicial sea constitucionalmente permitida a efectos de limitar un derecho constitucionalmente protegido”, Aharon Barak.

Declaración Universal de DDHH (1948).

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las restricciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (artículo 29).

Test o examen de proporcionalidad

Cuatro **condiciones**:

- 1) Persecución de un fin legítimo.
- 2) Idoneidad de la medida.
- 3) Necesidad.
- 4) Proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).

Primer paso: fin legítimo.

Hay que determinar si existen razones de orden legal o constitucional que permitan que, en una situación concreta, cierta medida estatal limite el ejercicio de un derecho determinado.

Segundo paso: idoneidad.

Una medida que limita un derecho es idónea en razón de su eficacia o aptitud para alcanzar el fin legítimo perseguido.

Tercer paso: necesidad.

Una medida es necesaria cuando se puede afirmar que no existen otras alternativas con las cuales se pueda conseguir, con la misma eficacia, el propósito o finalidad perseguido.

Se debe realizar mediante un análisis empírico, no mediante juicios de valor.

Cuarto paso: proporcionalidad en sentido estricto.

Se debe investigar sobre la existencia de un equilibrio entre el grado de afectación a un derecho y el grado de importancia que tiene el cumplimiento del objetivo perseguido por la medida que limita ese derecho.

Bernhard Schlink:

“La proporcionalidad en sentido estricto exige que el fin perseguido por el Estado y el medio que pesa sobre el ciudadano se encuentren en una relación correcta conforme a valor, rango, relevancia, significado, importancia, calidad o intensidad”.

Definición jurisprudencial.

Pasos del test de proporcionalidad (2013156):

1) Identificación de una **finalidad** constitucionalmente válida (2013143).

2) Idoneidad de la medida legislativa.
Racionalidad instrumental (2013152).

3) **Necesidad** y proporcionalidad en sentido estricto (2013154/ 2013136).

Alexy (I):

El subprincipio de **necesidad**:

Se debe entender como el mandato de optimización del medio más benigno, a partir del cual se establece que el fin no puede alcanzarse de otra manera que afecte menos al individuo;

Alexy (II).

El subprincipio de **idoneidad**:
establece que el medio elegido sea el
más adecuado a las posibilidades
fácticas, teniendo en cuenta el fin a
alcanzar;

Alexy (III).

El subprincipio de la
**proporcionalidad en sentido
estricto:**
exige una ponderación.

Ejemplo 1.

Una ley permite a la policía dispararle a una persona (incluso llegar a matarla) para proteger la propiedad privada de otra persona.

¿Es una medida que protege un derecho fundamental? (fin legítimo) Sí.

¿Es efectiva en dicha protección (racionalidad medios-fines: idoneidad)? Sí.

¿Supone el medio menos lesivo para la protección del derecho? (necesidad) NO.

Ejemplo 2.

Una ley en España establecía un impuesto de transmisiones patrimoniales. Uno de sus artículos señalaba que “ningún documento que contenga actos o contratos sujetos a este impuesto se admitirá en tribunal, oficina o registro público sin que se justifique el pago, exención o no sujeción”.

La STC 141/1988 lo declaró inconstitucional por violar la proporcionalidad: impide el acceso a la justicia e impide el derecho de presentar pruebas en juicio, como parte del derecho a la defensa.

Ejemplo 3.

El Director General de la Policía en España prohibió la celebración de reuniones de agentes dentro de las instalaciones policíacas para efecto de recibir información de su sindicato.

La STC 91/1983 declara la inconstitucionalidad por violar libertad de reunión y debido a que afecta un medio necesario indispensable para el ejercicio de la libertad sindical.

Ejemplo 4.

En Estados Unidos una ley prohibía la representación de pornografía infantil virtual (es decir, representada en computadora, sin seres humanos reales). La ley imponía penas de prisión para quien creara, distribuyera o almacenara dicho material.

La Suprema Corte lo declaró inconstitucional.

Caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition* (2002).

Ejemplo 5.

A un recluso en España le ordenan desnudarse completamente y hacer varias sentadillas durante las revisiones de rutina de su celda.

La STC 57/1994 declara que dicha orden es inconstitucional por violar el derecho a la intimidad.

Ejemplo 6.

En Alemania una ley dispuso una prohibición absoluta de fumar en los restaurantes.

El TC federal señaló que la medida era muy intensa en su afectación a la libertad de los fumadores y en relación a la libertad de trabajo, ya que los restaurantes podían perder clientes.

Pero al “ponderar” entre esos derechos y el derecho a la salud, decidió a favor de la ley.

Sentencia BVergGE 3262/07 del 30/julio/2008.

Casos de proporcionalidad.

Artículo 22 primer párrafo de la CPEUM:
proporcionalidad entre delitos, penas y
bienes jurídicos tutelados. Tesis: 2007342,
2007343, 160670, 160671 y 160280.

Materia **familiar**: 2009824.

Materia **fiscal**: 2000683.

Proporcionalidad de medidas cautelares.

El artículo 156 del CNPP obliga al juez de control a observar la **proporcionalidad** cuando dicta medidas cautelares.

Para ello podrá tomar en cuenta el “análisis de riesgo”.

Esto nos da una nueva oportunidad de argumentar en la audiencia correspondiente.

Racionalidad de la prisión preventiva

(I):

Requisitos para imponer la medida cautelar de prisión preventiva, de forma respetuosa con la presunción de inocencia:

1. Verificación del **mérito sustantivo** (lo que en México equivaldría a dejar acreditados los elementos que señala el propio artículo 19 constitucional, tanto en la parte de los tipos penales que ameritan la imposición de la medida, como por lo que hace a los requisitos formales señalados en la parte inicial del párrafo segundo del mismo artículo);
2. Principio de **excepcionalidad** (lo que significa que la prisión preventiva no puede ser la regla general de trato para las personas sujetas a un proceso penal);

Racionalidad de la prisión preventiva (II):

3. **Fin procesal** de la prisión preventiva (dado que la misma no tiene una finalidad sancionatoria, por lo que tendrá que acreditarse que se persigue algún fin de carácter procesal lícito);
4. **Proporcionalidad** (que se imponga tomando en cuenta y valorando los hechos presuntamente cometidas por el procesado, así como las condiciones materiales, económicas, laborales y familiares del mismo; ver art. 156 CNPP);
5. **Provisionalidad** (que la ley permita en todo tiempo que se revise si la medida sigue siendo necesaria o si ya cambiaron algunos de los elementos que llevaron a su imposición);

Racionalidad de la prisión preventiva (III):

6. **Control judicial** (que se pueda impugnar la determinación de la prisión preventiva ante el superior del juez que la dicta); y
7. **Límite temporal** (debe existir un plazo más allá del cual debe cesar el encarcelamiento preventivo; algunos autores estiman que ese plazo no debe superar, bajo ninguna circunstancia, los dos años; ver art. 165 CNPP).

Prisión preventiva según la CoIDH (I):

Existe una “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva” (Tibi vs. Ecuador, pfo. 180; Bayarri, 110, Acosta Calderón, 111; Suárez Rosero, 77).

Prisión preventiva según la CoIDH (II):

La aplicación de la prisión preventiva “debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad” (Tibi, 106; Ricardo Canese, 129; Acosta Calderón, 74).

La prisión preventiva “no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la causal que se invocó para justificarla” (Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, pfo. 229).

Prisión preventiva según la CoIDH (III):

“La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga” (Chaparro Álvarez, 101).

Prisión preventiva según la CoIDH (IV):

Aún cuando existan indicios suficientes para acreditar la probable responsabilidad penal de una persona, no siempre se justifica la prisión preventiva, cuya justificación “no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar... en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia” (Barreto Leiva, 111).

Proporcionalidad y taxatividad penal.

“En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada... La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”, Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú (pfo. 121).

Ferrajoli sobre taxatividad:

regla semántica metalegal de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intensión con palabras **no vagas ni valorativas**, sino lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución.

Características de la ley penal taxativa:

1. Respecto de la acción: debe ser exterior y empíricamente visible;
2. Respecto del efecto de la conducta: debe consistir en un daño tangible;
3. Respecto a la culpabilidad: debe permitir la adscripción causal de la acción a la persona que la lleva a cabo.

Beccaria:

La oscuridad de las leyes penales es un mal, que se hace mayor “cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”.

Ejemplo:

Comete el delito de **acoso sexual** quien realice sobre otra persona una conducta de naturaleza sexual **indeseable** para quien la recibe (artículo 179 del Código Penal de la Ciudad de México).

Penal: de uno a tres años de prisión.

Otro ejemplo: acoso cibernético.

A quien contacte a un menor de edad, a una persona que no tenga capacidad de comprender el hecho o a una persona que no tenga capacidad para resistirlo, por medios informáticos y le requiera imágenes, audio o video de actividades sexuales explícitas, actos de connotación sexual o le solicite un encuentro sexual se le impondrán de 4 a 8 años de prisión.

Artículo 199 del Código Penal Federal.

Proporcionalidad según la CIDH.

La jurisprudencia interamericana ha definido los principios de proporcionalidad y ponderación en los siguientes **casos**:

- 1) Canese v. Paraguay.
- 2) Kimel v. Argentina.
- 3) Usón Ramírez v. Venezuela.
- 4) Fontevecchia y D'Amico v. Argentina.

Otra faceta de la proporcionalidad.

La proporcionalidad se puede violar no solamente por “exceso” en la limitación de un derecho, sino también por defecto:

Esto se produce cuando un bien de rango constitucional no es adecuadamente protegido en la legislación secundaria (en Alemania lo llaman “prohibición de defecto”).

Ponderación (I).

Mediante la ponderación de derechos lo que el intérprete debe hacer es asignar un “peso” específico a cada uno de los derechos que pudieran estar en contradicción o en tensión.

Ponderación (II).

El peso de cada principio estará determinado por las premisas fácticas y las premisas jurídicas.

Solamente se pueden ponderar normas del mismo nivel jerárquico.

Hay que verificar que en efecto se trate de un conflicto real y no de un pseudo-conflicto de normas (caso de Sergio Witz).

Ponderación (III)

El resultado final de la ponderación consiste en extraer una regla, a partir de la cual se resuelve un caso concreto. Dicha regla no es aplicable a otros casos que puedan tener premisas fácticas o jurídicas diferentes.

Ponderación (IV).

Grados de afectación según Robert

Alexy:

- 1) Leve
- 2) Medio
- 3) Grave.

TC Federal de Alemania (I).

Ha determinado que pueden existir tres grados de intensidad para realizar el control de constitucionalidad: control intensivo de contenido (las premisas de la norma impugnada deben ser ciertas o fiables), control de plausibilidad (las premisas deben ser defendibles), control de evidencia (que las premisas no sean manifiestamente falsas).

TC Federal de Alemania (II).

Para realizar el anterior test, el Tribunal toma en cuenta:

- a) La importancia de los bienes jurídicos que están en juego;
- b) La posibilidad de formular juicios suficientemente seguros en la materia objeto de regulación;
- c) La intensidad de la intervención en los derechos fundamentales que produce la norma enjuiciada.

Derrotabilidad normativa (I).

Toda norma tiene “excepciones implícitas”.

Norma: “Está prohibida la entrada en el parque de vehículos”. ¿También un carrito para niños o unos patines? ¿Puede entrar una ambulancia para rescatar a una persona gravemente herida?

Derrotabilidad normativa (II).

- Norma: “No se puede circular en sentido contrario”. ¿Puede hacerlo una patrulla de la policía o un carro de bomberos para auxiliar en caso urgente?
- Norma: “Comete el delito de lesiones el que afecte la integridad física de una persona”. ¿Se aplica al médico que realiza una intervención quirúrgica o a un futbolista que lesiona a su rival?
- Las normas tienen aplicabilidad plena en condiciones de normalidad. Pueden haber excepciones para situaciones “anormales”.

Caso Titanic.

Una revista en su editorial se refiere a un militar jubilado, que pidió su reingreso en las fuerzas armadas de Alemania, llamándolo “asesino nato” y “tullido”.

¿El uso de esas expresiones está amparado en la libertad de expresión y de prensa o viola el derecho al honor de la persona aludida?

Caso Titanic.

Una revista en su editorial se refiere a un militar jubilado, que pidió su reingreso en las fuerzas armadas de Alemania, llamándolo “asesino nato” y “tullido”.

¿El uso de esas expresiones está amparado en la libertad de expresión y de prensa o viola el derecho al honor de la persona aludida?

Caso Garzón.

Una ley en España prohíbe la intervención de comunicaciones entre personas presas y sus abogados, salvo por orden judicial y en casos de terrorismo.

El juez Baltasar Garzón ordenó una intervención, por sospechas fundadas de que los abogados estaban siendo parte de una trama delictiva.

¿Cómo se pondera la inviolabilidad de comunicaciones, el derecho a la defensa y la efectiva investigación de los delitos?

Ejemplo de ponderación en México.

Artículo 138 de la Ley de Amparo:
aparición del buen derecho e interés
social y leyes de orden público.

Tesis sobre apariencia del buen derecho y suspensión.

En **general**: 20001572.

Límites a la apariencia del buen derecho:
2005998.

Suspensión en casos de **licencias o permisos**:
2004603.

Suspensión en materia de **alimentos**: 2001062.

Suspensión en caso de **clausuras**: 162272 y
180996.

Libertad de expresión.

- 1) Amparo directo 28/2010: libertad de expresión y derecho al honor entre medios de comunicación. “La Jornada v. Letras Libres”.
- 2) Amparo directo en revisión 2806/2012: derecho al honor, lenguaje homofóbico, derecho al insulto.

Otros casos de ponderación

- 1) Materia **penal**: 2009800.
- 2) Materia **familiar**: 2006634 y 2005923.
- 3) Control de **convencionalidad** y ponderación:
2005941.
- 4) Libertad de **expresión**: 164992.
- 5) Ponderación de las **restricciones**: 2010428.

Críticas a la ponderación.

Las principales críticas que se han hecho de la teoría de la ponderación son dos:

- 1) Permite una amplia discrecionalidad judicial;
- 2) Es irracional.

¿Hay derechos que no son ponderables?

Hay algunos casos de derechos humanos que tienen carácter absoluto y que, en esa virtud, son inmunes a la ponderación.

Cualquier ponderación que se hiciera supondría, ipso iure, una violación de tales derechos.

Ejemplos: la prohibición de tortura o la prohibición de la esclavitud.