



INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

Revista: **REVISTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**
Director: **Enrique Álvarez Conde**

Enrique Álvarez Conde
Director de la *Revista Europea de Derechos Fundamentales*

Certifica:

Que la contribución titulada: "El principio de proporcionalidad y la política pública", cuyo autor es Pedro R. Torres Estrada ha superado satisfactoriamente las evaluaciones del Comité Evaluador.

Asimismo la contribución ha sido incluida por parte del Comité de Dirección de la *Revista Europea de Derechos Fundamentales* en su próximo número 28, que edita el Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos y la Editorial Comares, que se publicará en el segundo semestre de 2016.

Y para que conste a los efectos oportunos,

En Madrid, a 1 de diciembre de 2016.

Fdo. Enrique Álvarez Conde

El principio de proporcionalidad y la política pública

Pedro R. Torres Estrada¹

Introducción

Una de las características de toda democracia deliberativa es el razonamiento de sus decisiones a través de argumentaciones de los poderes públicos del estado², es decir, que cada acción de gobierno o cada política pública (en adelante PP³) deberá contener los razonamientos necesarios que puedan darle una legitimidad a través de la razonabilidad al actuar de la administración, la cual podrá ser verificada por los jueces como lo analizaremos en este trabajo.

Cuando un gobierno y su administración se encuentran diseñando sus acciones y políticas públicas⁴, estas regularmente van a estar delimitadas e influidas por su ideología y plataforma política y por sus compromisos realizados durante la campaña electoral, asimismo por la incorporación de posteriores datos derivados de consultas como pueden ser las desarrolladas durante el diseño de su Plan de Gobierno, ya sea en el orden municipal, estatal o federal, las que tendrán que observar un posicionamiento racional de por qué realizarán unas acciones sobre otras y esto tendrá que venir respaldado, tanto por datos cuantitativos como cualitativos y razonamientos y motivaciones que den legitimidad a su actuar ante los ciudadanos y eventualmente ante los tribunales, sobre esto será en gran medida el objeto de esta parte de nuestro estudio.

¹ Profesor-Investigador de la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del TEC de Monterrey y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 2.

² Wolfgang Böckenförde, Ernst, Estudios sobre el estado de derecho y la democracia, prólogo de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, pp. 47.

³ Las acciones públicas son actos jurídicos aislados y puntuales en donde la administración hace uso de sus competencias establecidas en la constitución y en las normas secundarias (definición propia). Mientras que política pública es "Una práctica social y no un evento singular o aislado ocasionado por la necesidad de reconciliar demandas conflictivas o establecer incentivos de acción colectiva entre aquellos que comparten metas, pero encuentran irracional cooperar con otros". Al respecto puede verse a Guerreño Omar, "Políticas Públicas: ¿Una resurrección de la ciencia de la política" *Revista Teoría y Praxis*, Volumen II, núm. 12, Monterrey, N.L., 1990)

⁴ Otros autores, como Dye, dicen que la política pública es "Aquello que el gobierno escoge hacer o no hacer", Dye Thomas, *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J., 1984.

En este sentido, el gobierno definirá sus prioridades y valores que lo impregnan y representan y que habrá que atender siempre a que estas estén enmarcadas dentro de los parámetros constitucionales. En síntesis, tendrá que definir al más alto nivel gubernamental la jerarquía de sus valores y principios a seguir y a partir de eso, realizar ponderaciones a la luz de sus principios y sus necesidades⁵, sin perder de vista los valores y principios básicos de la Constitución⁶. En este contexto, lo valioso del test de proporcionalidad es que utiliza los principios en lugar de reglas que se cumplen o no se cumplen, los principios pueden cumplirse en distintos grados pero esta posibilidad debe tener una argumentación no solo jurídica sino también basada en datos y métodos científicos, así como empíricos que le den legitimidad y legalidad y creo que aquí es donde está el principal aporte de la PP a este ejercicio que hacen los tribunales.

En este capítulo vamos a seguir con nuestra línea de investigación de ir creando un puente entre el derecho y la PP⁷, en este sentido vamos a analizar y a utilizar algunos de los principios y metodologías interpretativas que son utilizadas por los jueces para valorar las acciones públicas, ya sea estas manifestadas en un acto de la administración, PP o en la emisión de alguna norma general como puede ser una ley emitida por el poder legislativo o un reglamento expedido por el ejecutivo o por el ayuntamiento.

Hasta ahora los principios habían sido explicados principalmente para operadores judiciales, es por ello que en este artículo lo que vamos a realizar es la utilización de uno de los principios que usan como referencia los jueces para que

⁵ Atienza Manuel, Ruiz Manero, Juan, Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos, 2da. Edición, Ariel, 2005, p. 28.

⁶ Es interesante ver cómo el TC alemán define los valores fundamentales de la Constitución como un concepto libre y democrático entendido como “un orden que, bajo la exclusión de cualquier forma de violencia y arbitrariedad, representa la soberanía del Estado de Derecho, que se alza sobre los principios de autodeterminación de los pueblos, de la decisión de la mayoría, de la libertad y la igualdad. A los principios básicos de este orden hay que sumar, como mínimo: el reconocimiento de los derechos humanos concretados en la constitución, sobre todo de la personalidad, a la vida y al libre desarrollo, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, la responsabilidad del gobierno, la sujeción de la administración a la ley, la independencia de los tribunales, la pluralidad de partidos y la igualdad de oportunidades de éstos en su derecho a formarse constitucionalmente y ejercer oposición del mismo modo” (BVerfGE 2,1 (12). Cruz, Luis M, La constitución como orden de valores. Problemas Jurídicos y Políticos, (colección filosofía, derecho y sociedad núm.7), editorial Comares, pp. 11.

⁷ Torres Estrada, Pedro Rubén, Derecho y política pública, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 11 y ss.

también puedan ser herramientas utilizadas por los hacedores de la PP, me estoy refiriendo al principio de proporcionalidad y a sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, dicho principio y sus subprincipios son en el fondo una metodología jurídica para decidir qué principio constitucional predomina sobre otro en un caso concreto.

Hay que decir, que una guía para este objetivo va a ser el entender y valorar la idea de la finalidad que se quiere lograr con la PP, sobre todo cuando se vayan a afectar derechos fundamentales y para este proceso hay que tener bien clara la medida que se piensa utilizar⁸. En este sentido, podremos ver las distintas hipótesis que esto puede generar y algunos elementos de convicción que influyen al tomador de decisión para valorar cuál camino tomar y elegir un método que ayude a reducir riesgos de que la PP pueda llegar a ser suspendida o invalidada por los tribunales.

En el actual momento donde el desenfreno legislativo con la gran cantidad de normas, reglamentos, normas oficiales, circulares, acuerdos etc. que se emiten hace muy útil e indispensable regresar a la utilización del sentido común que se manifiesta de manera muy clara en los principios y que pueden ser, *prima face*, un elemento a seguir y referente en el diseño de la PP.

Estamos seguros de que al diseñador de la política pública que tenga esta guía de trabajo le va a ser útil para discernir sobre el alcance de sus acciones y podrá ir controlando los riesgos de que su PP pueda ser suspendida o invalidado por un juez, pero independientemente de su utilidad para el control constitucional, estas herramientas le pueden servir para dar prioridad a sus acciones a realizar a la luz de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales y en la Constitución y de los métodos que usan los juzgadores⁹.

⁸ Álvarez Ledesma, Mario, Derechos humanos y políticas públicas: La función de los derechos humanos en las políticas públicas en Políticas Públicas y derechos humanos en México, Andrea Rossi y Luis Eduardo Zavala (coord.) EGAP, TEC de Monterrey, 2010, p. 117 y ss.

⁹ Recordemos que en el caso mexicano con la reforma al juicio de amparo la protección ya no solo se aplica al caso de la persona que lo interpuso sino que sus efectos pueden (bajo ciertas premisas) tener efectos generales, lo que amplía la protección de este mecanismo y existe mayor riesgo de la decisión pública ya que los efectos serán generales salvo cuando se traten de impuestos cuyo efecto solo será inter-partes.

Para terminar, hay que decir que el único poder que la constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presenta como resultado de la voluntad racional, el que demuestre en cada caso, que cuenta con razones justificadas; este es el fin de la democracia deliberativa. Como podrán verificar en este último elemento, los métodos de PP van a ser estratégicos para ayudar a darle vigencia a este concepto y a evitar la arbitrariedad de las decisiones del gobierno y por consecuencia su posible eliminación por parte de los tribunales, los cuales utilizan frecuentemente el test que vamos a explicar en este trabajo¹⁰.

El principio de proporcionalidad y su utilidad en la PP

Para iniciar este epígrafe quisiera señalar la utilidad de los principios para la motivación de las actuaciones de la administración¹¹. Como ya lo dijimos, toda actividad del Estado debe estar motivada y justificada. Es en estos dos elementos de la legal actuación de la administración en donde deben utilizarse no solo la parte normativa que legitima la intervención de la administración, sino que es en la motivación en donde se debe racionalizar el porqué de una determinada acción de gobierno y los datos lógicos y racionales de su actuar¹².

Es en esta última parte donde la utilización de los elementos del *test* de la proporcionalidad acompañados de métodos de la PP nos guían y ayudan a darle cauce legal y legítimo a las acciones del gobierno, sobre todo en la parte de la identificación de la finalidad de la PP y el medio utilizado para lograrlo. Este punto va a ser estratégico dentro de la utilización de esta metodología¹³. En este sentido, el fin perseguido debe ser concretado lo más puntual posible y para esa parte va a ser muy importante la valoración y la idoneidad del medio que se pretende usar. Si el fin viene acompañado de un medio desmedido para lograr ese cometido, este va a poder ser tachado de irracional y por lo tanto de inconstitucional.

La Suprema Corte de Justicia mexicana al respecto ha dicho lo siguiente:

¹¹ La motivación es una de las obligaciones constitucionales de las actuaciones de la administración.

¹² Tamayo Salmorán, Rolando, Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, UNAM, 2013, pp. 2006.

¹³ En este punto resulta muy recomendable por su sencillez de su explicación el libro de Sánchez Gil, Rubén, El principio de proporcionalidad, UNAM, 2007.

*“GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR **LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA**. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados¹⁴”*

Por ejemplo, si el fin que pretende es que se reduzca la violencia familiar en una determinada comunidad y para ese fin se tomó la decisión de utilizar una medida de publicar en los medios de comunicación locales aquellas personas que estuvieran sometidas a un proceso por violencia familiar.

En un primer momento la medida pudiera sonar razonable dada la gravedad del problema, sin embargo el que aún no exista un juicio que condene a la persona y que se someta al escarnio público y con ello no solo a la persona sino también a los hijos, puede hacer desproporcional la medida utilizada para tratar de reducir la violencia familiar, siendo que pueden existir medidas menos invasivas que cumplan con ese fin. Conflictos como estos son los que todos los días enfrentan los gobiernos y sus administraciones ante problemas tan sensibles como la violencia familiar. Este ejemplo lo ponemos para que usted no pierda de vista el fondo que quiere lograr y estudiar todas las aristas del medio que pretende utilizar¹⁵.

En este sentido, el principio de proporcionalidad es el instrumento metodológico utilizado por los jueces para resolver las colisiones que, en determinadas situaciones, se dan al chocar principios constitucionales. El choque de principios sucede cuando en

¹⁴ Época: Novena Época, Registro: 170740, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Diciembre de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 130/2007, Página: 8.

¹⁵ Es importante estudiar todos los factores a los que influyen en el legislador al momento de legislar en materia penal, además resulta básico conocer todos los criterios que debe atender el diseñador de las normas penales que tienen una sanción en este sentido se recomienda el trabajo de Díez Ripollés, José Luis, La racionalidad de las leyes penales, editorial Trotta, 2003. P. 20-58 y 67 y ss.

un caso concreto se enfrenta, por ejemplo el respeto a los símbolos patrios frente a la libertad de expresión. Piensen ustedes en un poeta que escriba unos versos en donde existan expresiones altisonantes contra la bandera¹⁶. En este caso puntual los jueces tendrán que ponderar cuál de los dos principios tiene mayor peso, es decir, cuál predomina en este caso concreto: el principio de libertad de expresión o el del respeto a los símbolos patrios, en ese caso concreto atendiendo a las particularidades del asunto¹⁷.

Así también, la acción de solicitar a los particulares que son proveedores de servicios o materiales del gobierno que hagan su declaración de intereses, de impuestos y patrimonial (mejor conocida mediáticamente como ley 3 de 3 aunque la ley que creaba esta obligación es la Ley General de Responsabilidad Administrativa) de la misma manera que lo realizan los servidores públicos. En este sentido, el derecho a la intimidad o vida privada y el derecho de acceso a la información se enfrentan y es donde los jueces tienen que ponderar cuál debe predominar en este caso concreto¹⁸.

Como bien sabemos, todos los días la administración afecta unos derechos de unas personas en beneficio de otros derechos de otras personas. Expropiar una propiedad de una persona o grupo de personas para beneficiar a la comunidad es un ejemplo muy evidente de esta situación. Sin embargo, habrá que justificar la causa de utilidad pública y si este no es el supuesto, los tribunales podrán invalidar este acto por no justificar la utilidad.

Para lo anterior, el diseñador de la PP indiscutiblemente podrá utilizar el *test* de proporcionalidad que utilizan los jueces, y que va a estar integrado por los subprincipios

¹⁶ Sobre este asunto puede verse el caso llamado mediáticamente como el del “Poeta maldito” amparo en revisión 2676/2003.

¹⁷ En este punto vale la pena revisar algunos otros casos que se han dado y que se analizan en el trabajo de Pou Giménez, Francisca, La libertad de expresión y sus límites, Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, Eduardo Ferrer Macgregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Cristian Steiner (coordinadores, UNAM, SCJN, Konrad Adenauer Stiftung. Pp. 903.

¹⁸ Al final esta ley fue observada por el ejecutivo y regresada al Congreso de la Unión donde se aceptaron las observaciones que les hizo llegar el Presidente de la República a través de su Consejería Jurídica.

de idoneidad, necesidad y proporcionalidad podrá ir diseñando su motivación de por qué considera que va a ser de utilidad pública.

Por otro lado, lo que aquí vamos a revisar es la intervención o la limitación de derechos a la persona por medio de la instauración de acciones de gobierno, PP y reglamentaciones que emiten los órganos ejecutivos o ayuntamientos y que tienen que estar apegados a la ley siguiendo el principio de reserva de ley. Sin embargo, en la operatividad de la norma puede hacer variar su intensidad a través de los reglamentos y, claro, materializados a través de sus actuaciones de gobierno puntuales y sus PP.

Esta gradualidad en la intensidad de la administración tiene que ir racionalizada y apegada a derecho aunque en la realidad, en ocasiones son utilizados los reglamentos para incluso cambiar lo que la misma ley establece, cuestión a todas luces anómala, pero que hay que decir que sucede y el órgano ejecutivo utiliza con cierta frecuencia en su actuar. Es decir, el ejecutivo por medio de la reglamentación modifica el fin de la norma a sus necesidades y no de acuerdo con los marcos que fijó el legislador.

En este mismo contexto, los que se encarguen de reglamentar la ley no pueden perder de vista la finalidad de lo que la ley quiere lograr con su implementación y el reglamento es un medio para lograr por medio de su operatividad el fin de la ley. Hay que cuidar que en el reglamento no se establezcan más fines o distintos a los fijados en la ley, esto no se debe perder de vista¹⁹.

Es decir, encontramos leyes que cuando vamos al reglamento se cambia el sentido de la misma al momento de la operación por medio de las reglamentaciones que emite el ejecutivo o los ayuntamientos, las cuales se pueden impugnar (en el caso del amparo), sin embargo, a quien no los impugne se le aplican, ya que como sabemos, los reglamentos y actuaciones de la autoridad se presumen legales mientras no se invaliden por los tribunales²⁰. En este mismo sentido, no podemos dejar de

¹⁹ Valls Hernández, Sergio y Matute González, Carlos, Nuevo Derecho Administrativo, Porrúa, 3ª. Edición pp. 619-624.

²⁰ En el caso de las controversias constitucionales que impugnen reglamentos emitidos por el ejecutivo sí pueden tener efectos generales.

señalar que las leyes no pueden perder de vista los fines que fija la Constitución; en caso que pretenda una reducción o ampliación tiene que justificarlo dentro de los parámetros constitucionales.

Los tribunales en últimas fechas en sus sentencias han delimitado con mucha precisión y detalle las políticas públicas que deben realizarse para que sean cumplidas por el órgano administrativo²¹. Sin embargo, también los tribunales deben tener sus límites para no romper la división de poderes quitándole al órgano administrativo su discrecionalidad y habilidad ejecutiva y técnica para cumplir con la sentencia²².

Es decir, los tribunales solo deben dar los lineamientos generales que se han de cumplir para hacer efectivo el contenido constitucional violado y evitar establecer lineamientos a detalle que le quiten o disminuyan la capacidad técnica y discrecional de la administración en su actuar. Las sentencias que controlen la administración no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados, aunque estos deberán ser razonados.

Además, tiene que dejar claro cuáles son los elementos y derechos a los que la administración debe dar vida y dejar a esta que utilice las medidas que considere más convenientes para dar cumplimiento a la sentencia. En este sentido, van a ser muy importante los argumentos que el juez fije en su sentencia para contextualizar y actualizar el cumplimiento al cual se somete a la administración. No obstante, esta situación no siempre se da²³.

Hay que decir que los Tribunales en última instancia no tienen mayor control (su sentencia se tiene que cumplir), de tal forma que el control tendrá que venir del

²¹ Como ejemplo de lo aquí dicho se puede revisar el análisis que se hace a la sentencia del campo algodnero en Torres Estrada, Pedro, Derecho y política pública, Tirant lo Blanch, 2015. pp. 121 y ss.

²² En este sentido resulta interesante la reflexión que realiza el profesor Roldan Xopa cuando dice “La regulación del tipo de decisión administrativa y judicial y su infraestructura técnica y de personal son absolutamente distintas: la decisión administrativa está para enfrentar el problema social, la decisión judicial para enfrentar una litis cerrada. La administración está integrada por estructuras especializadas, la judicatura para resolver problemas jurídicos. Roldán Xopa, José, Control jurisdiccional y discrecionalidad administrativa. Por qué juzgar no es administrar, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador, Tomo V, UNAM-Marcial Pons, p.481.

²³ Espinoza Saldaña Barrera, Eloy, El juez constitucional. Los riesgos de su vocación expansiva y algunos posibles límites a su actuar, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador, Tomo V, UNAM-Marcial Pons, pp. 113-128.

autocontrol de tal órgano jurisdiccional para no invadir terrenos que solo deben ser del órgano administrativo. Sin embargo, pudiera darse que los tribunales tomaran la decisión de fijarle a detalle las acciones a seguir a la administración, si esto sucede esta no tendrá mayor salida que cumplir con la sentencia, aunque evidentemente esto va a generar tensión entre estos dos poderes del Estado²⁴.

Siguiendo con el tema de las razonabilidad y ponderación de las decisiones, la administración cuando se quiera separar de un principio y motivar cuál es la razón de la separación y por qué favorece en un determinado caso más a un derecho que a otro, al final esta argumentación va a ser la obligación del tomador de decisiones en el servicio público y es un punto que debemos impulsar en todo funcionario de la administración, el principio de razonar y argumentar sus decisiones, situación que en muchos países por su pasado autoritario aún no están acostumbrados a hacerlo y en donde los tribunales juegan un papel pedagógico por medio de sus sentencias, al obligar a las autoridades a motivar y justificar sus decisiones cuando limiten o afecten derechos fundamentales.

Por ejemplo, la necesidad de cambiar las situaciones establecidas debe justificar por qué las quiere cambiar, en qué van a mejorar las cosas actuales y por qué es mejor una decisión que otra, asimismo justificar por qué va a actuar pero también por qué no lo hará, cuando así sea el caso.

En la medida en que el poder público afecte innecesariamente un determinado bien jurídico, su ejercicio será arbitrario porque carecerá de motivo justificado al deberse a la sola voluntad del agente en cuestión. El ejercicio razonable del poder es una de las características del estado constitucional democrático; por su parte la irracionalidad del poder es característica de los sistemas autoritarios, este es el dilema al cual diariamente se enfrentan los gobiernos y su legitimidad les vendrá dada en la medida que sus decisiones estén bien justificadas y motivadas.

²⁴ Una forma pudiera ser la reforma a la constitución para delimitar los alcances de los tribunales en este tema o ajustar en la ley una casuística muy detallada en donde establezca prohibiciones literales en estos temas a los tribunales.

La legitimidad de la actuación de una potestad discrecional no deriva sin más de su naturaleza discrecional, sino de la razonabilidad de su contenido en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo. El exceso en el ejercicio del poder está íntimamente relacionado con el principio de proporcionalidad. La proporcionalidad ayuda para identificar en una acción de gobierno que la intervención a un derecho sea legal y legítima.

Si la intervención es grave y solo obtiene un resultado leve para ese fin, la disposición o acción de gobierno correspondiente será ilegítima y es en esta parte donde los métodos que utiliza la PP pueden darnos elementos tangibles para identificar si la intervención es grave, además de los argumentos que se puedan plantear las herramientas y métodos utilizados nos van a ayudar para la toma de las decisiones.

Pero aquí nos surge una primera pregunta práctica ¿cómo aplicar el test para verificar si es grave la intervención y el resultado sea leve? En este sentido los subprincipios de proporcionalidad nos pueden ayudar, al final estos no auxilian a determinar si una PP interviene legítimamente en un derecho, si lo hace de un modo excesivo respecto de la imprescindible satisfacción de un fin constitucional y es aquí donde el puente entre derecho y política se encuentran muy claramente, ya que los defectos o excesos van a requerir de métodos científicos o empíricos para demostrar la legitimidad de la intervención²⁵.

En caso de que se tomen decisiones para conseguir fines que desea la administración, pero que impliquen una desproporción por los daños que han de recibir una persona o cierto grupo de personas, la medida podrá ser invalidada por los tribunales. En este sentido, podemos señalar cómo el juicio de amparo indirecto se ha convertido en un instrumento que ha sido utilizado por el ciudadano cuando se da la situación anterior, es decir, para combatir las decisiones arbitrarias de la administración y más aún con la introducción de la figura del interés legítimo se ha beneficiado ya no solo a las personas que interponen el recurso, sino también el ámbito de protección de

²⁵ Alexy Robert, Sobre los derechos constitucionales a protección, Derechos sociales y ponderación, 2ª edición, 2007, pp. 45-84.

los derechos de otras personas que no fueron a interponer este juicio y que también la decisión les beneficia²⁶.

En síntesis, el principio de proporcionalidad es una herramienta que nos ayuda a verificar si nuestros actos o PP van acordes con los mismos principios que generan y que actualizan los tribunales a través de sus sentencias. Además, es una herramienta para, a la luz de sus subprincipios, verificar si la decisión que voy a tomar es proporcional y por lo tanto constitucional²⁷.

El subprincipio de idoneidad

Cuando se afecta un derecho por parte de la administración a través de una PP, se tiene que buscar lograr un fin constitucionalmente legítimo y la medida a aplicar tiene que ser la idónea o adecuada para materializarlo. Para la realización del fin puede estar disponible un medio, varios medios o ninguno y esto se tendrá que empezar a definir en el proceso de PP, el proceso de selección del medio no siempre resulta ser en un solo sentido y lineal; puede requerirse una corrección del fin con el medio y viceversa siempre y cuando la norma lo permita y otorgue ese marco de movimiento.

Como ejemplo de lo anterior, si el fin es la reducción de los embarazos en adolescentes, la medida correcta podrá ser, tal vez, la de repartir preservativos en las escuelas secundarias y preparatorias o realizar campañas de publicidad que sensibilicen sobre la prevención de embarazos no deseados o la participación de los padres concientizando a los hijos. En pocas palabras el contexto social, cultural y económico podrá hacer variar la medida de acuerdo con los resultados obtenidos, pero sin perder de vista el fin de la norma y la PP situación que ha ocasionado magros resultados en el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Buena parte de la elección de la medida no solo pasa por preguntar a todas las partes afectadas, sino que al final la medida debe seguir todo un proceso de PP en el cual si

²⁶ Cruz Álvarez, José Luis, Rivas Acuña, Israel, La influencia de las sentencias en las políticas públicas. Una aproximación a través del derecho humano a la salud: "Mininuma y Pabellón 13, Revista Isotimia, núm 9, Editorial Porrúa, 2016.

²⁷ En este tema resulta básico conocer los planteamientos de Alexi, Robert, Derecho y razón práctica, Fontamara, 3ª. Reimpresión, 2006, pp. 36-39.

se tiene buena información para realizar un buen diagnóstico y proyecciones del problema²⁸, es más probable que la medida será de mejor calidad²⁹. Asimismo, la apreciación del medio depende del conocimiento disponible por el desarrollo de las ciencias, de la posibilidad de acceso a esa información y de las posibilidades de aplicación de estudios científicos. Como bien sabemos unos de los problemas en las PP es el acceso rápido a información y sobre todo acceso a información de calidad, en los países en vías de desarrollo el problema de la información ha sido una constante para el diseño de la PP.

Al respecto vemos cómo las PP son al final la materialización de los derechos u otros principios constitucionales y es aquí donde se vive de manera más intensa la ponderación de estos, ya que es la misma materialización de la ley y donde entra en juego la discrecionalidad que tienen las administraciones para poder diseñar e implementar PP, es por esto que el administrador tendrá que conocer y aplicar este *test* para materializar lo mejor posible los derechos fijados en la Constitución.

En el fondo el subprincipio de idoneidad, para su valoración, tiene que voltear a ver al fin de la medida y al medio que lo va a utilizar; en este tenor, para la determinación del fin es importante la descripción del estado de inicio (diagnóstico de la situación de partida) y el estado de llegada o final, es decir, el fin que se persigue provocar, y el que de hecho se alcanzó, que puede o no coincidir con el perseguido³⁰. Si revisamos este planteamiento de la profesora Clericó nos daremos cuenta de que al final es una parte del proceso para el diseño de la política pública, es decir, diagnóstico, análisis de brechas e indicadores aplicada desde el derecho.

Es importante que los métodos de la PP apoyen al jurista o al diseñador de la PP en la definición del fin y los medios idóneos para lograrlos, el cual recomendamos sea abordado por un grupo multidisciplinario de personas³¹. En ese sentido, la determinación

²⁸ Torres Estrada, Pedro y Santiago Quintos, Oscar (coord.) La inteligencia en el nuevo sistema de justicia penal, INACIPE, 2015, pp. 7 y ss.

²⁹ Bardach, Eugene, Ocho pasos para el diseño de la política pública, CiDE, 1998, p. 17, 25 y ss.

³⁰ Clericó, Laura, El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, Eudeba, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, 1ª edición: marzo de 2009. Pp. 47.

³¹ Torres Estrada, Pedro (coordinador), Políticas Públicas para la Justicia, INACIPE, 2014, pp. IX y ss.

del fin parece ser el primer paso en el sentido de la selección de la medida. Cuando se determina más de un fin, la adecuación técnica del medio debe ser comprobada en relación con todos los fines, es decir, la medida tiene que cumplir en una proporción razonable con todos los fines que la norma plantea, de ahí lo complicado cuando se presenta esta situación y lo útil del test que proponemos.

Por ejemplo, si el fin de una medida es la protección de los toros bravos y de las ganaderías que los crían y se pretende que la medida sea la prohibición de las corridas de toros, tal vez esta no sea la más idónea ya que con la prohibición de las corridas de toros se estaría desmontando toda la industria ganadera que hace que los toros de esa raza puedan existir y hayan proliferado en el tiempo³². Por lo tanto esa medida no asegura el fin ya que incluso es contraproducente para la perpetuación y cuidado de la raza del toro bravo.

En este contexto, pero en la parte normativa que le da habilitación a la PP, si la norma legislativa no establece claramente los medios, incluso podría darse que el fin no estuviera bien definido por el legislador al igual que los medios, y es en ese sentido donde los diseñadores de la PP tienen que entrar y estructurar la relación fin-medios para el caso concreto bajo un examen donde pueda ser determinada la finalidad y el medio para lograrla. En este sentido, el fin perseguido debe ser concretado lo más puntual posible.

Una vez que tengamos ya el fin y el medio, puede darse la posibilidad de un fin alternativo, cuando el medio no se esté cumpliendo con el fin (considero que desde un inicio debemos tener en la priorización de medios la identificación de uno alternativo en caso de contingencia), en este punto hay que valorar lo siguiente: cuando el medio alternativo no fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces el medio establecido queda como necesario; cuando el medio alternativo fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces hay que probar el medio alternativo para determinar si es el menos gravoso en sentido estricto.

La igual adecuación de un medio alternativo debe en principio ser examinada en todos los sentidos en los que ha sido probada su adecuación del medio establecido, si se produce una reducción o ampliación de los mismos, esta afectación debe ser justificable. La

³² En los países donde no hay corridas de toros este tipo de raza de bovinos no existe en número, puesto que su finalidad son las corridas de toros.

reducción o ampliación de fines determinados requiere ser justificada³³. Si bien es cierto que la norma habilita a cumplir con un estándar mínimo de derechos, la administración puede ampliar su mejor cumplimiento, elemento básico que debe seguir la administración pública.

Por ejemplo, si la ley obliga a la administración a dar a los alumnos de primaria una formación básica de 6 horas con contenidos ya preestablecidos, la administración puede ampliar la prestación del derecho a la educación dando otro tipo de formación complementaria, como puede ser en un idioma que no esté como obligatorio por la ley o los planes que emanan de la misma, es decir se puede desde la administración dar amplitud al cumplimiento de un derecho³⁴.

Otro criterio que no podemos perder de vista es que cuanto más débil sea el fomento del fin por el medio acatado, tanto más difícil podrá ser justificar la limitación del derecho fundamental afectado a través de la importancia de la realización del fin estatal, de los otros derechos y bienes jurídicos colisionantes.

Por ejemplo, si el fin de una ley o PP es el de combatir la corrupción (fin) con la propuesta de que cualquier persona que reciba recursos públicos tenga que presentar sus declaraciones de intereses, patrimonial y fiscal (medio), cuya afectación impacta en el derecho a la intimidad, si valoramos la posibilidad de que un becario o un campesino beneficiarios de un subsidio se vean obligados a presentar esta declaración, la medida resultaría desproporcional ya que en poco va a ayudar a combatir la delincuencia pública de gran calado, por lo cual será insignificante el fomento del fin de la medida y en cambio la afectación de un derecho fundamental sí es importante³⁵.

Hay que decir que cuando se diseña una PP se debe evitar la afectación a un derecho fundamental; esto es obligatorio en la medida que sea posible, en este sentido, hay que valorar cuáles van a ser los efectos negativos de cada uno de los medios que

³³ Alexy, Robert, Derecho y razón práctica, Fontamara, 3ª. Reimpresión, 2006, pp.38.

³⁴ Liborio Hierro, Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy en Derechos sociales y ponderación, Alexy Robert, Fontamara, 2ª. Edición, p. 163-219.

³⁵ Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Pp. 765 y ss.

uno identifica para lograr un fin y este debe argumentarse y justificarse por razones del bien común. Hay que aclarar que la limitación de un derecho fundamental solo la puede realizar el legislador, sin embargo, en el diseño de PP en la implementación de las mismas se puede dar prioridad a un derecho sobre el otro cuidando siempre que esta afectación se encuentre dentro del marco de discrecionalidad de los órganos ejecutivos.

En última instancia la razón de ser del gobierno y su administración es la de darle materialidad y eficacia a los derechos y principios establecidos en la constitución, jugando con otra variable como es el caso de los presupuestos públicos para darles materialidad, pero es a través de la proporcionalidad como se colisionan dos derechos de los ciudadanos; en estos casos las herramientas cuantitativas que se utilizan en la PP pueden ser muy importantes para demostrar racionalmente por qué optar por una medida en lugar de la otra³⁶, a la luz de los derechos y principios constitucionales.

Para efecto de este último comentario y como ejemplo del razonamiento, hay que recordar la sentencia de la corte mexicana sobre el asunto conocido como pabellón 13, donde un grupo de personas infectadas con VIH interpusieron un amparo indirecto³⁷, ya que el gobierno decidió no construir un pabellón para enfermos con este padecimiento, quienes al ser sometidos en otro pabellón donde no había los cuidados necesarios podían ser sujetos de enfermedades oportunistas que les podían quitar la vida.

Ante este reclamo la autoridad responsable argumentó que no tenía presupuesto³⁸, sin dar mayor argumento racional, por lo cual el amparo decidió que la autoridad tenía que expresar la racionalidad de su decisión y no bastaba con la sola aseveración de la falta de recursos como elemento único de argumentación o

³⁶ Etzioni, Emetai, La exploración combinada: un tercer enfoque de la toma de decisiones, La hechura de las políticas públicas, Miguel Angel Porrúa, 2014, pp.267 y 268.

³⁷ Cruz Álvarez, José Luis, Rivas Acuña, Israel, La influencia de las sentencias en las políticas públicas. Una aproximación a través del derecho humano a la salud: "Mininuma y Pabellón 13, Revista Isotimia, núm 9, Editorial Porrúa, 2016.

³⁸ Abramovich, Victor, Courtis Chistian, Los derechos sociales como derechos exigibles, prólogo de Luigi Ferrajoli, editorial Trotta, 2ª edición, 2004. Pp. 65 yss.

razonamiento, en este sentido la segunda sala de la Suprema Corte planteo lo siguiente:

Así, los órganos jurisdiccionales se encuentran posibilitados para revisar si, efectivamente, la violación a la plena realización de los derechos fundamentales de fuente constitucional o convencional, atiende a la falta de recursos estatales, o bien, cuando la naturaleza del caso se los permita, vigilar que dicha falta de asignación presupuestaria no derive de decisiones arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad estatal³⁹

Como ya vimos, no basta que la autoridad argumente la falta de recursos sino que tiene que dar en este paradigma democrático razones técnicas que convenzan de manera lógica por qué la administración toma de esa manera su decisión⁴⁰.

Es en esta parte donde el hacedor de PP deberá preguntarse con su experiencia, ¿qué método puedo utilizar para legitimar cuantitativamente o cualitativamente la PP que pienso aplicar⁴¹? Podrá ser desde el método de costo-

³⁹ Así, el cumplimiento de la sentencia de amparo implica la posibilidad de que las autoridades responsables consideren qué medida resulta más adecuada para poder brindar a los quejosos un tratamiento médico apropiado a su padecimiento, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario. En caso de que se acredite que ninguna de las opciones antes mencionadas resulte compatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por las autoridades responsables, deberán realizar las gestiones que estimen pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable –calificada por el juzgador–, sean atendidos en algún otro hospital o las clínicas del sector salud en el que puedan recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el ya referido derecho a obtener el nivel más alto posible de salud... (foja 62 de la sentencia). Recurso en Revisión **378/2014**.

⁴⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho, UNAM, 2013, pp. 201 y ss.

⁴¹ En este sentido puede revisarse el libro de la hechura de las políticas con introducción y edición de Luis F. Aguilar Villanueva, MAPorrúa, 3ª edición y 3ª reimpresión, 2014.

beneficio, estudios prospectivos sobre qué pasaría si no actuamos ahora, recomendaciones y señalamientos de organismos internacionales o nacionales solo por mencionar algunos elementos de convicción para el tomador de decisiones⁴².

Aquí vemos claramente cómo la creatividad del estudioso de la PP puede ayudar al estudioso del derecho a darle argumentos a la decisión y observamos lo necesario de una mayor vinculación entre estas dos disciplinas donde los métodos de la PP ayuden a realizar el test de proporcionalidad con datos y elementos sólidos para poder decidir por qué se va afectar a un grupo de personas en beneficio de otras.

Al día de hoy la litis en los juicios versa sobre normas e interpretaciones realizadas por los tribunales, pero ahora el punto es el de dar mayores datos tanto cuantitativos como cualitativos de por qué se tiene que actuar así. Además, el que un juez conozca estos elementos aportados por las partes ayuda al juez a juzgar con base en la ley, apoyado en otras herramientas con las que él muchas veces no cuenta. Este hecho diferenciador es donde los analistas de los métodos de la PP deben intervenir cada vez con mayor intensidad, situación que en México apenas empieza a ser explorada y utilizada por los juzgadores.

Al final la administración siempre va a tener la constante tensión de dar cumplimiento a los derechos fundamentales establecidos en la constitución así como los derechos fijados en los instrumentos internacionales ratificados por México, pero a su vez debe asegurar el orden público y los intereses generales. Aunado a esto, tendrá una limitante presupuestaria que deberá de optimizar, en ese dilema es donde el test de proporcionalidad puede ayudarle a decidir qué hacer. Al final se va a convertir en un método de análisis para la toma de decisiones que desde el derecho le puede ayudar al servidor público.

En síntesis, el principio constitucional que funde una intervención en los derechos fundamentales⁴³ debe referirse a un derecho de la sociedad. Es decir, la

⁴² En este sentido puede ser útil por los métodos ahí planteados en el primer capítulo, el libro denominado Políticas Públicas para la justicia, INACIPE, 2014.

⁴³ Alexy comenta que el estado constitucional democrático se caracteriza por seis principios fundamentales que son: la dignidad humana, la libertad, la igualdad, los principios relativos a la

intervención que se realice de manera directa a un derecho de las personas tendrá que venir justificado en la misma proporción del derecho beneficiado de la colectividad. En este punto vamos a encontrar que dentro de las opciones políticas que vota el electorado encontraremos algunas que son más cercanas a la postura de mayor libertad para la persona y reducción del ámbito comunitario y, por el contrario, otras donde se beneficia más los intereses de la comunidad sobre los del individuo⁴⁴.

Esto se puede mover dentro de cierto marco de referencia que da el derecho, ya que podrán existir situaciones donde las decisiones vayan más allá de los parámetros y principios normativos y es ahí donde los tribunales entran a delimitar los alcances de los idearios políticos de los partidos y su materialización. Frente a los derechos fundamentales de la persona, existen otros elementos que se deben custodiar como la seguridad y la certeza jurídica, ya que esta es una necesidad del interés público. Incluso cuando un hacedor de la PP esté ponderando qué acción ha de tomar, tiene que voltear a ver los principios que lo orientan pero también a la literalidad de la norma, que es la manifestación más clara del principio de seguridad jurídica y legalidad, a este criterio habrá que ponerle especial atención⁴⁵.

Lo anterior se manifiesta cuando, por ejemplo, la autoridad del medio ambiente clausura o limita la construcción de hoteles, lo que podría afectar la inversión y la generación de empleos en zonas costeras, para beneficiar la protección de áreas ecológicas y proteger el derecho a un medio ambiente adecuado que beneficia más a la comunidad y a la tutela de este derecho a las siguientes generaciones.

estructura y los fines del Estado democrático y social en Alexy, Robert, Los derechos fundamentales en el Estado constitucional, Neoconstitucionalismos, edición de Miguel Carbonell, editorial Trotta, 2003. Pp. 31.

⁴⁴ Cruz, M. Luis, La constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos, editorial Comares, 2005, pp. 9-29.

⁴⁵En este sentido resulta interesante el ejemplo que pone el profesor García de Enterría cuando menciona “que cuando dice que la administración construye una carretera, por ejemplo, lo hace no para ejecutar la ley de carreteras, sino en virtud de las razones materiales que hacen a dicha carretera conveniente u oportuna en el caso concreto; el objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la ley, sino servir los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad” García de Enterría, Eduardo, Curso de Derecho administrativo, Tomo I, palestra-Temis, 2006, pp. 473.

Lo mismo podría suceder con las zonas con carácter histórico en algunas ciudades del país donde se beneficia la protección de los inmuebles y pasado histórico en detrimento de la construcción de grandes edificios y la modernización de la infraestructura urbana, aquí es un ejemplo que tendrá que argumentar la administración racionalmente para decidir a cuál de estas opciones le va a dar especial peso, claro dentro del marco normativo y la discrecionalidad que le asigna la ley. En este sentido de la decisión a tomar, no podemos perder de vista el fin que queremos lograr y verificar si el medio es el idóneo.

Para ir cerrando esta idea y este epígrafe habremos de decir que el subprincipio de idoneidad consiste en que la acción o política pública tenga un fin legítimo y deba ser la medida más idónea para realizarla. En concreto, este principio se refiere a que, abstractamente considerada, esta contribuya de cualquier forma a la realización del fin inmediato que persigue.

Es decir, la medida tendrá como base la realización de un determinado derecho fundamental o principio constitucional. Por ejemplo, la construcción de un cuartel de policía lo que busca es que se le dé vida al principio constitucional de orden público y garantizar la seguridad y la integridad física y patrimonial para los ciudadanos. Sin embargo, los vecinos de este cuartel pueden sentirse afectados ya que su construcción puede traer consigo ataques al mismo por parte de la delincuencia organizada y por lo tanto sus vidas corren peligro y sus activos pueden bajar de valor y plusvalía.

No obstante, la construcción de este cuartel es idónea porque los riesgos de que sufra un ataque disminuyen al existir datos que dan certeza de que esta medida puede disuadir la presencia de grupos criminales en esa zona, por lo que esta acción hace que sea la idónea para mantener la seguridad, aunque puede afectar indirectamente a un grupo de personas, sin embargo, no hay otra medida con la cual se pueda cumplir de manera idónea con la seguridad pública y la integridad personal así como el patrimonio de los residentes de esa zona⁴⁶.

⁴⁶ Por ejemplo esta medida tendrá que defenderse ante la población y en un eventual conflicto frente al juez con datos empíricos de cuál ha sido el comportamiento en otras zonas, además de las medidas de

En este supuesto habría que ver si las condiciones son de alta inseguridad y no queda más que contener la violencia y la incidencia en la zona y ya no puede controlarse con programas de prevención del delito, evidentemente la idoneidad de la medida será la ya comentada. En pocas palabras, habrá que valorar una serie de elementos y justificarle con datos y argumentos racionales a la población y posiblemente a los tribunales por qué esa medida es la más idónea, utilizando como guía para su hilo argumentativo el elemento de la idoneidad de la medida.

Este principio entiende que la PP que limite un derecho fundamental tiene que ser estrictamente indispensable y necesaria para satisfacer el fin, porque es la menos invasiva de las opciones o no existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las que se pueden llevar a cabo afectan en el derecho limitado en una medida mayor que el beneficio.

Por ejemplo, una PP en donde se beneficie la ampliación de carriles a contraflujo en horas pico en sentido al centro de la ciudad donde la movilidad resulta mayor. Sin embargo, va a existir un sector de automovilistas que se van a ver beneficiados y otros afectados. No obstante, la necesidad de esta acción se justifica ya que además el fin que se buscaba se logró en su idoneidad porque se demostró que en ese momento no se podía construir otra vía alterna o la misma está en proceso de construcción.

Para cerrar con otro ejemplo, y siguiendo uno que ya hemos utilizado, nos referimos a la ley conocida como 3 de 3. Como ya comentamos, la iniciativa original establecía que los servidores públicos deberían presentar su declaración patrimonial, de intereses y fiscal con la finalidad de obtener transparencia y con esto evitar la corrupción de los servidores públicos.

Sin embargo, de último momento el órgano legislativo agregó que no solo los servidores públicos debían presentar estas declaraciones sino también los particulares que recibieran recursos del gobierno, esto es, personas físicas o morales que

seguridad que ofrece este cuartel a la población y por qué se presume que van a disminuir los delitos o posibles ataques y los protocolos de actuación en un supuesto de este tipo.

recibieran o ejercieran recursos públicos o contrataren con cualquier ente público de la federación, entidades federativas o municipios.

Esta medida no consideramos que fuera la idónea ya que fue muy genérica dentro de la ley y no creó parámetros de referencia. Por ejemplo, de montos o clasificación de personas que estuvieran obligadas a presentar dicha información, con la propuesta aprobada se podía llegar al absurdo que todo becario que recibiera recursos públicos tendría que haber realizado tal obligación, lo que sería una carga muy importante de información que desviaría la medida de su finalidad original, que era la de perseguir la corrupción, pero sobre todo, la de controlar la corrupción de alto nivel y la corrupción política y de personas beneficiadas en la asignación de obras, materiales y servicios públicos. Este es un buen ejemplo de cómo la medida no fue la idónea y fue irracional y desproporcionada al fin que se quería lograr, que era controlar la corrupción y principalmente la de altos montos.

Subprincipio de necesidad

Este principio consiste en identificar si la acción de gobierno o PP es necesaria y no hay otra que sea menos invasiva⁴⁷, es decir que por la que se está optando sea eminentemente necesaria. Por ejemplo, si en el supuesto de la construcción del cuartel no hayan existido otras propuestas como puede ser mayores patrullajes o puntos móviles de protección. En esta parte el estratega de la PP tendrá que considerar cuál de estas medidas es la más necesaria para lograr el fin que se pretende. Hay que estar atento también que la medida tenga una vinculación directa con el fin, de lo contrario carecerá de sentido material y constitucional⁴⁸.

En este contexto, y siguiendo el hilo conductor de los anteriores ejemplos, es interesante valorar el veto que realizó el ejecutivo a la Ley General de Responsabilidad Administrativa en la ya mencionada ley 3 de 3, donde uno de los principales argumentos del ejecutivo federal es que no se cumple con el subprincipio de

⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Pp. 740 y ss.

⁴⁸ Clericó, Laura, El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, Eudeba, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, 1ª edición: marzo de 2009. P. 94.

necesidad, ya que la medida resulta desmedida y desproporcional porque existen en la ley otros mecanismos de verificación de posibles conflictos de intereses menos invasivos, como puede ser el protocolo de actuación en las contrataciones públicas (artículo 44 de la misma ley), en la cual los particulares que contratan con el gobierno manifiestan sus vínculos o relaciones de negocios o conflictos de interés.

Además la declaración de intereses no es la única medida para evitar la corrupción, existen en la ley otros medios para su combate, como el ya mencionado, o como el que prevé la misma ley de conductas específicas en las que pudieren caer los particulares como es el caso de las faltas administrativas en las que pueden caer los particulares como el soborno, la participación ilícita en procedimientos administrativos, colusión o uso indebido de recursos públicos.

Si bien esto fue planteado en una ley, el diseño normativo tuvo que pasar por un elemento importante de suministrar información para su implementación y traducción en PP. Imagínense ustedes lo complicado que hubiera sido implementar esta ley en caso de que hubiera quedado como se aprobó⁴⁹. Sobre todo en la obligación que todo particular que recibiera recursos públicos hubiera tenido que dar su información. Se observa que los legisladores muy difícilmente se asesoraron con especialistas que pudieran haberles avizorado de lo complicado de la implementación de la medida y sobre todo el riesgo de que se quedara materialmente sin efecto por la complejidad del manejo de la información y por el gran número de sujetos que hubieran sido obligados a cumplir con la ley.

Por todo lo anterior, podemos observar que la medida resulta innecesaria ya que en la misma ley se establecen medidas menos lesivas que cumplen con el mismo fin de combatir la corrupción, sin vulnerar otros derechos tan elementales de la persona como la vida privada y sin perder de vista el fin de la medida⁵⁰.

El subprincipio de proporcionalidad

⁴⁹ Las observaciones planteadas por el ejecutivo fueron votadas a favor primero en la Cámara de Senadores el día 4 de julio y dos días después fueron también respaldadas por la Cámara de Diputados (2016).

⁵⁰ Veto presidencial presentado el 23 de junio de 2016.

Como ya hemos podido observar, la revisión de los subprincipios es muy importante, ya que si alguno de ellos es vulnerado a la luz de estas directrices nos puede dar una señal para considerar que la acción o PP tiene visos de inconstitucionalidad o ilegitimidad. En este sentido, tenemos que identificar elementos que son razones para actuar y cosas que tienen poca importancia para actuar, aunque las razones de poca importancia también son cuestiones a considerar, en este sentido hay razones para actuar o para abstenerse y es en esta parte donde los tomadores de decisión tendrán que ponderar entre las opciones que documenten⁵¹.

Es a partir de estas razones donde se establece el ejercicio de proporcionalidad. Como ya lo hemos dicho, la ponderación va a permitirnos realizar un ejercicio racional sobre a qué derecho o principio constitucional le vamos a dar mayor peso en una situación concreta. Por ejemplo, cuando el medio puede tener una adecuada técnica, pero que sin embargo tiene una afectación mayor al derecho fundamental o principios constitucionales que pretende defender, de modo que esta medida será desproporcionada.

El actuar de la administración es una constante ponderación entre el ejercicio de la libertad de la persona y la valoración del interés público afectado⁵². En este contexto, la proporcionalidad y sus criterios están enmarcados en el primer artículo de la constitución que fija:

EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TODAS LAS PERSONAS GOZARÁN DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN ESTA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO SEA PARTE, ASÍ COMO DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN, CUYO EJERCICIO NO PODRÁ RESTRINGIRSE NI

⁵¹ El mismo Alexi hace esta reflexión sobre aquellos que critican la proporcionalidad como método para resolver conflictos al decir "Algunos autores opinan que no es más que un camuflaje a meras decisiones o intuiciones. Esta crítica sería correcta si no se tratara de un procedimiento racional de ponderación. El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Como tales, implica lo que en terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad" Alexi, Robert, Derecho y razón práctica, Fontamara, 3ª. Reimpresión, 2006, p. 36.

⁵²Grimm Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales, traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, editorial Trotta, 2006. Pp. 155.

SUSPENDERSE, SALVO EN LOS CASOS Y BAJO LAS CONDICIONES QUE ESTA CONSTITUCIÓN ESTABLECE

En esta parte de la constitución se puede ver de manera clara que los derechos sí pueden limitarse y esto se va a dar de manera práctica cuando dos derechos constitucionales se colisionen y que el test de ponderación tratará de resolver racionalmente y esta situación se da lo mismo en el diseño de una ley que en el diseño e implementación de una PP.

En este mismo tenor podemos observar en la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, la literalidad de la norma hace referencia a la desproporción como causal de nulidad de un acto de la administración, al respecto el capítulo IV en su artículo 44 fija:

Son causas de ilegalidad y por tanto de anulación de los actos impugnados, los siguientes:

*“VI.- Arbitrariedad, **desproporción**, desigualdad, desvío de poder, injusticia manifiesta o cualquier otra causa similar, tratándose de imposición de sanciones o la aplicación de facultades discrecionales”*

Como podemos observar, se eleva a la literalidad de la norma el elemento de la proporcionalidad de las acciones de la administración. En este sentido, considero que el test de proporcionalidad puede ser una guía para practicar la motivación de las acciones del gobierno, a la sazón, un hacedor de política pública podrá ir verificando los siguientes puntos para no caer en el supuesto que establece la norma.

Primero, que la acción ejecutiva de gobierno en la medida restrictiva de un derecho fundamental sea indispensable para satisfacer aquello que se intenta oponer porque;

- 1) Es la menos gravosa para el derecho afectado.
- 2) No existen opciones para satisfacer el fin perseguido.

- 3) Se deberá beneficiar aquella que menor daño haga a los derechos fundamentales o evite un gasto económico desorbitante.
- 4) Se deberá verificar que esta sea indispensable.

El fin de la proporcionalidad busca una justa relación entre dos bienes jurídicos cuya satisfacción es opuesta. Es en este dilema donde estos criterios deben ayudar al tomador de decisiones tanto de la administración como del órgano legislativo para ver la viabilidad de la ley o la PP, ya que habrá que optar en muchas ocasiones por cuál es la opción más viable.

En este sentido no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho, sino que debe conjugar su finalidad con la perspectiva por la visión de coexistencia. Entre más sensible sea el perjuicio que se cause al libre ejercicio de un derecho de la persona, más fuertes deberán ser los intereses de la comunidad, a cuyo servicio se haya destinado y es aquí donde habrá que argumentar y legitimar la decisión apoyado por todos los criterios que hemos venido analizando⁵³.

Además de lo anterior, ponemos como guía de la decisión del diseñador de la PP los siguientes criterios que pueden ayudar a ser congruente a la administración en sus propuestas de acciones y PP:

- 1) Importancia del derecho fundamental y el fin de la PP
- 2) Comparar la relevancia de ambos (poner una tabla donde se enfrenten los dos derechos con las afectaciones y cumplimientos de uno y otro)
- 3) Formular una regla de precedencia entre dichas disposiciones que diga cuál de estos derechos debe ceder frente a otro en caso concreto (la importancia de la planeación y priorización de los actos de gobierno de los cuales hablamos en la introducción) es decir, de las prioridades para ese gobierno⁵⁴.
- 4) Enunciado de preferencia (las condiciones por las cuales un principio supera al otro, este solo tiene que ser a título de guía, ya que como comentamos los

⁵³ Estos términos si no están bien motivados estarían utilizados desproporcionalmente, Sánchez Gil, Rubén, El principio de proporcionalidad, UNAM, 2007. P. 35

⁵⁴ En este sentido de la planeación de los gobiernos y su administración, puede verse a Aguilar Villanueva, Luis, Gobernanza y gestión pública, Fondo de Cultura Económica, 2006, 237 y ss.

principios y derechos solo se ponderan a casos concretos, aunque puede diseñarse una casuística que oriente a los tomadores de decisiones y que esta venga alimentada por los valores de la administración y sus prioridades políticas, por ejemplo darle mayor fuerza a la seguridad pública sobre el esparcimiento de las personas o derecho al ocio, es decir, horarios más restringidos de bares y espectáculos, venta de alcohol restringida por horarios en días festivos)

Mientras mayor sea la porción de situaciones fácticas amparadas por un derecho fundamental afectado por una medida legislativa o PP (por ejemplo derecho al agua, al transporte, medio ambiente adecuado), más intensa será la intervención en él; viceversa, de mayor intensidad será el beneficio que obtenga el interés opuesto si al restringir un derecho fundamental, se satisface un mayor número de situaciones a su respecto, en este sentido habría que realizar una evaluación racional de los beneficios que se obtendrían bajo esa acción de gobierno.

Por ejemplo, una sanción que pretende crear un precedente de dureza para evitar que las personas tiren basura en la vía pública, pero cuya gravedad no guarde una razonable proporcionalidad con la infracción⁵⁵, podrá ser impugnada por los ciudadanos ante los tribunales por lo desproporcional de la sanción, aunque en el fondo lo que busque sea asegurar el orden público y la imagen urbana y por esta vía tratar de prevenir la incidencia de esta falta administrativa.

El tema de la proporcionalidad en la sanción debe guardar debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. En este sentido deberá verificarse por los operadores del diseño de la sanción lo siguiente: la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados⁵⁶, la reincidencia

⁵⁵ En este sentido pueden verse los principios del derecho administrativo sancionador en Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Iñigo, Derecho administrativo sancionador, Aranzadi, 3ª. Edición. Pp. 129-284.

⁵⁶ En este tema la corte ha fijado lo siguiente a los legisladores: **PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD** CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. De la interpretación del citado precepto constitucional se advierte que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido; de manera que las penas más graves deben dirigirse a los tipos penales que protegen los bienes jurídicos más importantes. Así, el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al

por comisión, y la regla de la moderación parcial, es decir, que no sea más provechoso pagar la sanción y realizar el acto; para valorar esto se requiere de la participación de otras disciplinas⁵⁷.

En este mismo sentido, el conflicto de la ponderación debe darse en dos caminos, el empírico y el normativo. Atendiendo a la intensidad con la que se desarrolla y afecta tal derecho, cuando la intensidad de la intención del fin del administrador sea equivalente a la intervención del derecho fundamental, la intervención administrativa deberá ser considerada justificada siempre y cuando también esté justificada la utilidad pública. La ponderación va a estar determinada en la medida de la intensidad en que se benefician o perjudican los derechos al caso concreto. Un poder que solo tiene la voluntad y no la razón de quien lo detenta es un poder que puede impugnarse a través de los tribunales.

En la medida en que el poder público afecte innecesariamente un determinado bien jurídico, su ejercicio será arbitrario porque carecerá de motivo justificado al deberse a la sola voluntad del actor que la emite. Si bien esta parte lleva mucho de método para racionalizar esto, también hay que decir que el sentido común ayuda a identificar estas patologías sobre todo cuando estas tienen un viso evidente, notorio, o claramente irracional⁵⁸. Regreso al sentido común y a las reglas que rigen los actos en el derecho natural puede ser una buena guía⁵⁹.

establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República; de ahí que su actuación esté sujeta al escrutinio del órgano de control constitucional -la legislación penal no está constitucionalmente exenta-, pues la decisión que se emita al respecto habrá de depender del respeto irrestricto al indicado principio constitucional. Época: Décima Época Registro: 160280, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 3/2012 (9a.), Página: 503.

⁵⁷ Santamaria Pastor, Juan Alfonso, Principios de Derecho administrativo general II, tercera edición, Iustel, 2015. Pp. 424.

⁵⁸ Bodenheimer, Edgar, Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, quinta reimpresión, 2007, pp. 129 y ss.

⁵⁹ Contreras, Sebastián, La ley natural y su falta de determinación. Apuntes sobre la teoría clásica de la determinación del derecho natural, Boletín mexicano de derecho comparado, núm. 114, pp. 885 y ss.

Además, hay que decir que la motivación de las decisiones de la administración va a ser determinante en un posible conflicto judicial. En este sentido quisiera hablar de un elemento jurídico de la administración llamado motivación, en esta se establecen las razones y motivaciones que tuvo la administración para actuar de una determinada manera.

En un estado constitucional de derecho, los actos de autoridad deben expresar sus razones; no habrá motivo para limitar un derecho fundamental si no se persigue un fin legítimo y en las motivaciones se dan los argumentos racionales para justificar esta limitación. Una medida que intervenga en los derechos fundamentales carece de motivo si reprueba los criterios de proporcionalidad y viola por lo tanto la garantía de motivación.

Sobre este punto el artículo 16 constitucional fija lo siguiente:

“NADIE PUEDE SER MOLESTADO EN SU PERSONA, FAMILIA, DOMICILIO, PAPELES O POSESIONES, SINO EN VIRTUD DE MANDAMIENTO ESCRITO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE, QUE FUNDE Y MOTIVE LA CAUSA LEGAL DEL PROCEDIMIENTO”

Para ejemplificar lo anterior, podemos decir que es en esta parte donde deben ir todos los resultados de los estudios y métodos de política pública que motiven por qué se va a realizar una acción. Por ejemplo, cuál sería el daño ecológico en los próximos meses si no se toma la medida propuesta por la administración. Es aquí donde también se puede utilizar el test de ponderación para que a la luz de los derechos y de los datos racionales aportados por los estudios y métodos de la política pública y de otras disciplinas se motive la decisión, la cual como ya hemos visto viene aparejada en la justificación legal que le habilita a actuar.

En conclusión, una medida que intervenga en los derechos fundamentales carecerá de motivos si reprueba los criterios del principio de proporcionalidad y violará

por lo tanto la garantía de motivación material establecida del artículo 16 de la Constitución mexicana cuando se trata de un acto de molestia⁶⁰.

En la motivación de las decisiones es donde la PP tiene que dar los argumentos necesarios de por qué se tomó una medida y no otra. Como ya hemos podido ver, la corte ha proscrito el ejercicio arbitrario y caprichoso de las facultades discrecionales cuando ejercen funciones materialmente administrativas. Y las mismas también les impacta en la parte legislativa cuando afectan en el núcleo de los derechos fundamentales o en la garantía institucional de las instituciones⁶¹.

En este contexto, es importante poder concretar el tema del interés público, interés social o bien común ya que es muy frecuente que en aras de estos conceptos se concreten actos con un alto grado de autoritarismo, es por esto que tendremos que valorar cómo la suprema corte ha estado estableciendo los límites para este tipo de conceptos, ya que las leyes en ocasiones no definen sus alcances y esto lo vendrán realizando los tribunales y sus sentencias.

En este sentido no basta argumentar que los actos realizados por la autoridad lo que buscan es el interés público sino que tendrá que dar datos cuantitativos y cualitativos de por qué esa medida va a beneficiar el interés público.

Es por esto que desde que se está planeando y diseñando la política pública se debe ir perfilando y teniendo los datos cualitativos de los argumentos de cómo se va a motivar y a defender esa acción o política ante la ciudadanía y ante un eventual juicio en los tribunales. Como ya lo analizamos, el principio de proporcionalidad consiste en que la intervención administrativa o legislativa esté motivada.

Por ejemplo, la igualdad no debe justificarse aunque se puede argumentar las razones de la medida, lo que se tiene que justificar y motivar con intensidad de manera

⁶⁰ Pérez Johnston, Raúl, Artículo 16. Actos de molestia, Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, Eduardo Ferrer Mac-gregor Poisot, José Luis Caballero Ochoa, Cristian Steiner (coordinadores, UNAM, SCJN, Konrand Adenauer Stiftung. Pp. 1533 y ss.

⁶¹ Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza universidad textos, 2003, pp. 164 y ss.

racional es la desigualdad, es decir, una intervención será justa cuando sea razonable y tenga los argumentos que así lo demuestren⁶².

Esperamos que este trabajo ayude a los encargados de diseñar e implementar PP a entender el cambio de paradigma que debe darse en nuestro país y con esto obligarse, pero sobre todo, acostumbrarse a que cada acción o PP debe razonarla y argumentarla antes de tomar la decisión y evitar con esto la suspensión o eliminación de su acto por los tribunales.

Si se avanza en este sentido, se le estará dando vida a un precepto básico de la democracia deliberativa, donde su principal característica sea la razonabilidad de las motivaciones de cada una de las decisiones que toma y que le afectan al ciudadano.

⁶² En este sentido es importante revisar algunos de los principios como el de lealtad, transparencia, proximidad a la ciudadanía, el principio de buena fe, entre otros. Asimismo un administrador público debe estar atento a no cometer desviación del poder. En este sentido puede verse a González Pérez, Jesús, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, 5ª edición, Civitas, 93-116.