

# ¿MADE IN MÉXICO? EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ADOPTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ¿LA MIGRACIÓN DE UN MECANISMO CONSTITUCIONAL?

Amaya ALVEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La historia del soldado Esteban Cabrera*. III. *El sistema tradicional de adjudicación en materia de colisión entre derechos fundamentales*. IV. *El principio de proporcionalidad en doctrina y en el derecho comparado*. a) *Estructura escalonada del principio de proporcionalidad*. b) *El uso del principio de proporcionalidad en España*. V. *Particularidades del sistema de adjudicación constitucional en México aplicables al caso del soldado Esteban Cabrera*. VI. *Análisis del principio de proporcionalidad y razonabilidad implementado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana*. VII. *Conclusiones relativas al fallo del caso y a la adopción del principio de proporcionalidad*.

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis de proporcionalidad es considerado en numerosos países como un principio general de derecho público aplicable al ámbito del derecho constitucional, derecho administrativo e incluso derecho internacional. Su objetivo es el control de la legitimidad constitucional de los límites a los derechos fundamentales. El elemento más relevante del análisis de proporcionalidad, es la necesidad de justificación de las medidas gubernamentales que restrinjan o limiten el ámbito de aplicación legal de derechos individuales garantizados en la constitución, en aras del interés público. El principio de proporcionalidad como mecanismo de ponderación o balance en la resolución de conflictos entre derechos, o entre valores y derechos constitucionales es utilizado desde la década de 1950 en diversas democracias liberales. Las razones esgrimidas para la adopción del principio de proporcionalidad son: primero. la mayor transparencia que otorga a

---

\* Profesora Asociada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Chile.

los requerimientos de justicia en la adjudicación constitucional; segundo, su capacidad para fomentar la participación deliberativa de los involucrados pero también de la población en general a través de categorías establecidas de justificación para medidas gubernamentales; y finalmente, su flexibilidad como herramienta para proteger derechos individuales de una limitación inapropiada por parte del gobierno lo que se traduce en una mayor eficacia del sistema constitucional.<sup>1</sup>

No obstante estas características positivas, la proporcionalidad como mecanismo de adjudicación constitucional ha sido escasamente utilizado en Latino América en donde se ha priorizado la categorización o principio de jerarquía. La categorización entre derechos constitucionales como mecanismo de resolución de conflictos se traduce en una jerarquización que da plena vigencia a un derecho y/o valor y desecha los restantes. La problemática asociada a este enfoque es la solución mecánica de casos constitucionales, con escasa argumentación por parte del tribunal que opta por un derecho o valor constitucional dejando los restantes derechos o valores en conflicto sin protección en el sistema jurídico.

El caso del soldado Esteban Cabrera es relevante, pues representa la adopción del test de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana,<sup>2</sup> para resolver una colisión entre valores constitucionales producida por la Ley del Instituto de Seguridad Social para la Fuerzas Armadas Mexicanas<sup>3</sup> y el principio de legalidad previsto en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El interés social esta representado por el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del ejército y la integridad de sus miembros que daría lugar a la posibilidad de que las autoridades exijan condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes de esta institución.<sup>4</sup> El interés individual esta representado por parte del soldado Esteban Cabrera, a quien no

---

<sup>1</sup> Cfr., JACKSON, Vicki C., "Being Proportional about Proportionality", 21 Const. Comment. 803-859, comentando el libro de David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004).

<sup>2</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana será referida subsecuentemente en este trabajo como SCJN

<sup>3</sup> Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 9 de Julio de 2003, será referida subsecuentemente en este trabajo como [Ley del ISSFAM], concretamente la norma sometida a control de constitucionalidad es el Art. 226, segunda categoría, fracción 45 que establece tablas con diversos accidentes o enfermedades cuya consecuencia es el retiro de quien la padece del servicio activo por considerársele inútil. En total la norma considera alrededor de 200 causales siendo una de ellas la detección del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH).

<sup>4</sup> Este principio estaría fundamentado en los artículos 4º, 13, 31, 32, 123, B, XIII, 129 de la Constitución Mexicana.

se le habrían garantizado adecuadamente los principios de igualdad<sup>5</sup> y no discriminación basados en razones de salud<sup>6</sup> al haber sido dado de baja tras haber sido diagnosticado como seropositivo al Virus de la Inmunodeficiencia Adquirida.<sup>7</sup>

En el caso concreto la violación de las garantías constitucionales habría sido producida por medio de ley del ISSFAM que contendría disposiciones que limitan derechos y garantías constitucionales de manera desproporcionada, arbitraria y/o injustificada. Se trata por tanto la revisión judicial de un acto del Poder Legislativo a través del mecanismo de la proporcionalidad. El mecanismo de la proporcionalidad es presentado como una ‘matriz analítica’ ya que significa el establecimiento de un sistema de delimitación racional, estructurada y revisable de la labor legislativa entregada en México al ‘Juicio de Amparo,’ que constituye un control judicial en dos instancias.<sup>8</sup> La SCJN conoce de la segunda instancia del ‘Juicio de Amparo’ en el caso de tratarse de una ley federal sometida a control de constitucionalidad.<sup>9</sup> Es interesante la figura del juicio de amparo Mexicano, pues establece formalmente la posibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.<sup>10</sup> Se trata por tanto de una ley que autoriza el control judicial de actos gravosos cometidos por la autoridad por medio de los cuales se violen derechos constitucionales

---

<sup>5</sup> La garantía de igualdad esta contenida en el Art. 1 inciso 1 de la Constitución Política en que se indica:

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...

<sup>6</sup> La garantía de no discriminación esta contenida en el Art. 1 inciso 3 de la Constitución Política en la que indica:

...Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el genero, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Este párrafo relativo a la no discriminación fue una reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 4 de diciembre de 2006.

<sup>7</sup> El Virus de la Inmunodeficiencia Humana será referido subsecuentemente en este trabajo como VIH

<sup>8</sup> En la tradición del derecho civil el examen de un caso tanto es sus aspectos de hecho como de derecho se realiza por regla general en dos grados jurisdiccionales. La primera instancia suele ser un tribunal unipersonal y la segunda instancia suele ser un tribunal colegiado que vuelve a estudiar los hechos y el derecho para luego confirmar, revocar o modificar la sentencia de primera instancia.

<sup>9</sup> Art. 84, I, letra a de la ley de Amparo

<sup>10</sup> Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936.

en contra de personas individualmente consideradas, cosa poco frecuente en Latino América.

La importancia de este fallo, además de la adopción de la proporcionalidad como mecanismo de adjudicación constitucional, es la apertura de importantes ámbitos de debate en materia de derecho público tales como: el rol de la evidencia científica en las decisiones judiciales; la influencia y obligatoriedad de los tratados internacionales ratificados por México; y la fuerza normativa de los derechos económico-sociales.

## II. LA HISTORIA DEL SOLDADO ESTEBAN CABRERA<sup>11</sup>

Esteban Cabrera se desempeñaba como soldado en servicio activo del ejército dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional en México desde el año 1998. Tras sufrir una enfermedad dermatológica (ras cutáneo) el soldado Esteban Cabrera fue internado en el Hospital Central Militar en Septiembre de 2003 y sometido a diversos exámenes médicos. Entre estos exámenes le fue realizado, sin su consentimiento previo, exámenes de detección del VIH. El fundamento legal de la medida adoptada por el Hospital Militar General fue la Ley del ISSFAM. El soldado Esteban Cabrera fue considerado, al detectársele como portador del VIH, 'inutilizado' en actos fuera de servicio y por ello se le retiró del servicio activo. El hecho de haber servido en las Fuerzas Armadas mexicanas un período mayor a 5 años pero inferior a 20 años, significó percibir sólo una compensación económica.<sup>12</sup> Por el hecho de no gozar de un haber de retiro el militar Esteban Cabrera no tuvo cobertura de seguridad social en materia médica, hospitalaria ni tampoco farmacéutica para el tratamiento del VIH.

El soldado Esteban Cabrera consideró que los actos (ley del ISSFAM, acuerdos y resoluciones de la Secretaría de la Defensa Nacional) lo agravaban en el goce y ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales en materia de igualdad y no discriminación basado en razones de salud y por ello dirigió el juicio de amparo en contra de diversas autoridades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo mexicanos.<sup>13</sup> El soldado Cabrera también

---

<sup>11</sup> Análisis del caso de amparo en revisión 1659/2006 fallado por la SCJN el 27 de febrero de 2007. El fallo de la SCJN puede ser adoptado por la totalidad de sus miembros (Pleno) o divididos en secciones de acuerdo a la materia tratada (sala).

<sup>12</sup> Se entiende por compensación económica una prestación que se otorga en una sola oportunidad de acuerdo al artículo 21 de la ley del ISSFAM.

<sup>13</sup> El juicio de Amparo se dirigió en contra de la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, el Presidente de la República, el Secretario de la Defensa Nacional, el Director General de Justicia Militar, el Director General de transmisiones, el Director General de

consideró que se le había agraviado en su derecho a la protección de la salud, tema que la CJNM omitió fallar, otorgando el amparo con fundamento en el principio de igualdad y no discriminación arbitraria.

La SCJN debió resolver si la limitación infringidas por la ley del ISSFAM a la persona del soldado Esteban Cabrera podría considerarse justificada por el interés social contrapuesto vinculado a la eficacia de las Fuerzas Armadas Mexicanas. El fallo de la SCJN le reconoció a la ley del ISSFAM una finalidad constitucional legítima, no obstante la cual, la diferenciación legal se estima inadecuada por existir medios alternativos que limitarían los derechos de igualdad y no discriminación en menor medida y se considera asimismo que la ley carece de razonabilidad jurídica al equiparar el concepto de inutilidad al de enfermedad. Dado que se falla a favor del soldado Esteban Cabrera el efecto jurídico es retrotraer su situación al estado previo a la violación constitucional, esto es el haber sido dado de baja del ejército por el sólo hecho de ser portador del VIH. El efecto de lo anterior es que al considerar a Esteban Cabrera miembro activo del ejército con una remuneración y sistema de previsión social, la SCJN no se pronunció sobre la fuerza normativa del derecho a la protección de la salud que había también sido alegado en este caso.

### III. EL SISTEMA TRADICIONAL DE ADJUDICACIÓN EN MATERIA DE COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

En México, a diferencia de la mayor parte de los estados Latino Americanos, el Poder Judicial tiene facultades de control de los organos gubernamentales desde el origen de la Constitución en 1917. Interesante, por ejemplo, es una tesis judicial<sup>14</sup> del año 1934 que señala la existencia de un “régimen de

---

Sanidad Militar, el Director del Hospital Central Militar, el Comandante de la Decimo Novena Zona Militar, la Junta Directiva del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, el Director General del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas y el Director de Prestaciones del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas como autoridades responsables de los hechos agraviantes.

<sup>14</sup> Las tesis y jurisprudencias son una institución propia del ordenamiento jurídico mexicano contemplada en los artículos 192 y siguientes de la Ley de Amparo. La institución consiste en que la doctrina resultante de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se denomina tesis, las que sirve como guía de argumentación en casos posteriores. Si existen cinco sentencias interlocutorias que contengan la misma tesis ininterrumpidamente esto constituirá una jurisprudencia la que es obligatoria respecto de todos los tribunales inferiores, y en el caso de la SCJN la jurisprudencia del pleno es obligatoria para las salas del mismo tribunal. Se exige además que las tesis hayan sido aprobadas por 8 de 11 ministros en el caso

supremacía judicial adoptado por la Constitución, en que se consigue la protección de las garantías constitucionales por medio del juicio de amparo.” Existe, sin embargo, en la tradición del derecho civil en Latino América una diferencia entre la Constitución real y la Constitución escrita, que se manifiesta concretamente en nuestro caso en una deferencia o indulgencia hacia los poderes ejecutivo y legislativo sustentada en una especie de ‘presunción de constitucionalidad’<sup>15</sup> de sus actuaciones como defiende el voto de minoría en el fallo del juicio de amparo referente al soldado Esteban Cabrera.

La SCJN propone examinar el presente caso considerando la existencia de un conflicto entre intereses constitucionales. Las técnicas tradicionales para resolver las colisiones entre derechos fundamentales<sup>16</sup> y otros bienes o intereses constitucionales han sido: (A) El principio de jerarquía, que no parece adecuado por tratarse de normas del mismo rango. El fundamento para descartar esta técnica es que significaría dejar una norma constitucional sin aplicación. Lo mismo ocurre en el caso de la jerarquización por la cual se elige unilateralmente la preeminencia de uno de los dos intereses para regir el caso, teniendo como consecuencia la eliminación o inaplicación del otro. Otro fundamento para descartar esta solución, es que lo correcto es aplicar una interpretación sistemática del conjunto de valores y principios del ordenamiento constitucional; (B) el principio de especialidad no parece adecuado pues la limitación a los derechos constitucionales no es una norma especial que se aplique respecto de una general; (C) el principio de la competencia no operaría, pues tanto el derecho fundamental como sus límites corresponden al mismo ámbito de atribuciones o competencias.

Las críticas al mecanismo tradicional de adjudicación constitucional se dirigen por una parte, a la preeminencia de un principio, valor o derecho constitucional por sobre otro sin referencia substantiva acerca del contenido de los mismos, al ámbito de protección del respectivo derecho o valor en el sistema jurídico, o de las posibles limitaciones a esos derechos. Lo anterior

---

del Tribunal Pleno y por 4 ministros en los casos de jurisprudencia de las salas. El efecto jurídico es relevante, pues es homologable al sistema de precedentes existente en el derecho común anglosajón. Esta institución también opera respecto de los restantes tribunales de justicia con relación a los de inferior jerarquía. En este caso la tesis invocada es Tesis aislada, Segunda Sala (instancia), Quinta época, Semanario Judicial de la Federación, tomo XL, p. 3630.

<sup>15</sup> Las presunciones son utilizadas en la tradición del Derecho Civil con el objetivo de fomentar el valor de la seguridad jurídica dando por probado un determinado hecho sin estarlo en la realidad, por ello se le denomina ficción legal. La presunción es de derecho si no admite prueba en contrario y de hecho si es posible destruirla a través de medios probatorios.

<sup>16</sup> Se habla de colisión de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de una garantía constitucional alegada por un individuo es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto o por la sociedad en su conjunto respecto de esa garantía constitucional.

hace referencia a que en muchos países de Latino América, incluido México, los jueces resuelven los juicios de constitucionalidad como ‘jueces de legalidad’. Esto quiere decir que los jueces aplican la constitución como si fuera una norma legal secundaria, esto es, como si fuera el código civil. La principal consecuencia negativa es que no se posesiona al juez como garante del orden constitucional, además si se opina como yo lo hago, que la vía de legitimación de los jueces es el razonamiento legal contenido en las sentencias, el método tradicional fortalece las objeciones democráticas hacia la revisión judicial de los actos gubernativos.<sup>17</sup>

El voto de minoría del caso del soldado Esteban Cabrera fue formulado por 3 ministros de la SCJN y claramente de su lectura se desprende que se trata de la visión más tradicional y conservadora en materia de adjudicación constitucional. Llama la atención que se deseche el uso del principio de proporcionalidad sin hacer alusión a él expresamente, se opta simplemente por volver a la técnica de la jerarquización haciendo primar lo que se considera es la finalidad legítima de la ley: la eficacia de las fuerzas armadas. Se hace un largo análisis de la justificación para establecer como requisito de permanencia en el ejército un estado de salud, pero se desconoce la existencia de una colisión entre derechos constitucionales. Se desprende claramente del voto de minoría la vieja tradición formalista del derecho civil, en que los jueces son meros aplicadores mecánicos del derecho. Por ello, por ejemplo, se desecha la opinión de los médicos por considerarse que no cumple con la nomenclatura de hecho notorio<sup>18</sup> y se le trata en cambio como un dictamen pericial desechándolo finalmente como antecedente por no haberse rendido como prueba pericial en la oportunidad correspondiente. Tal como ya lo señalamos, este aspecto constituyó uno de los grandes debates públicos asociados al caso y de él se desprenden las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el rol que le cabe en la toma de decisiones de la SCJN a información de tipo técnico-científica?, ¿Cuál es la oportunidad para incorporarla? ¿Se trata de un medio probatorio que debe ser aportado por las partes o sirve simplemente para ilustrar mejor al juez en la resolución del caso?

Dado por una parte, la concepción de vanguardia adoptada por el fallo de mayoría incorporando el principio de proporcionalidad como matriz analítica, y la concepción de la propia Constitución mexicana y la Ley de Amparo, sorprende del voto de minoría sostener la existencia de una ‘presunción de constitucionalidad respecto de las normas generales emitidas por los órga-

---

<sup>17</sup> Para una interesante propuesta sobre el rol de los jueces ver NEDELSKY, Jennifer Judgment, diversity, and relational autonomy en R. BEINER and J. NEDELSKY, *Judgment, Imagination and Politics* (Rowman & Littlefield Publishers, INC, 2001), pp. 103-120.

<sup>18</sup> Voto de minoría en el amparo en revisión 1659/2006, p. 8.

nos legislativos dotados de facultades para ello, como los actos concretos de autoridad.<sup>19</sup> El mayor efecto de la utilización de presunciones legales como ficciones jurídicas destinadas a otorgar mayor seguridad jurídica es poner el peso de la prueba en quien desee romper esa supuesta ‘presunción de constitucional’, con ello quien sufre la limitación en su derecho fundamental no sólo debiera sufrir el peso de litigar en contra del estado, sino que además se vería obligado a romper la presunción probando el hecho contrario.

Respecto de la ley del ISSFAM impugnada y declarada inconstitucional por la mayoría de la SCJN, el voto minoritario la considera adecuada, sin establecer un análisis de la limitación que ella implica en la garantía de igualdad y no discriminación por motivos de salud en la persona del soldado Esteban Cabrera. Simplemente la situación individual es ignorada por los ministros, haciendo prevalecer de modo absoluto lo que en su opinión es el interés general y la finalidad legítima de la ley examinada: la eficacia del ejército mexicano.

El debate público ocasionado con motivo de este fallo fue tremendamente crítico del voto minoritario. Por una parte, llevó a académicos como Miguel Carbonell a decir que se había fallado sobre la base de prejuicios personales<sup>20</sup> o al cientista político Ricardo Raphael a opinar que los ministros minoritarios: “no sólo eran ignorantes supinos en materia de VIH...sino que además eran bastiones de una moralidad en desuso.”<sup>21</sup> La consecuencia fue una llamada a modernizar la SCJN tomando el peso a la importancia de sus decisiones para la sociedad mexicana.

#### IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DOCTRINA Y EN EL DERECHO COMPARADO

Las democracias liberales creadas con posterioridad a la II Guerra Mundial reconocen en las garantías individuales consagradas en la constitución un límite a las decisiones mayoritarias, por ello los derechos constitucionales no pueden ser alterados en su núcleo esencial- ni aún por medio de los representantes políticos democráticamente electos.<sup>22</sup> El principio de proporcionalidad, como mecanismo de adjudicación constitucional, tiene cabida

---

<sup>19</sup> Voto de minoría en el amparo en revisión 1659/2006, p. 25.

<sup>20</sup> CARBONELL, M, “Sobre virus, bacteria y jueces” 354 Revista *Nexos*, versión digital [http://www.nexos.com.mx/articulos.php?id\\_article=1363&id\\_rubrique=551](http://www.nexos.com.mx/articulos.php?id_article=1363&id_rubrique=551)

<sup>21</sup> Opinión editorial del cientista político Ricardo Raphael publicada en el diario El Universal con fecha 2 de marzo de 2007, versión on-line <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/36919.html>

<sup>22</sup> Fallo SCJN en caso de Amparo en revisión 1659/2006, pp. 74-75

en la concepción de los derechos humanos sujetos a limitaciones en favor de intereses generales de la sociedad. Estas cláusulas de limitación pueden estar consagradas en términos generales, como por ejemplo en Canadá, en que la sección primera de la Carta de Derechos y Garantías Fundamentales señala que: *los derechos y garantías garantizadas sólo podrán ser limitadas de acuerdo a parámetros racionales establecidos por ley siempre y cuando éstos sean justificables en una sociedad libre y democrática.*<sup>23</sup>

Para entender adecuadamente las limitaciones a los derechos individuales autores, tales como Aharon Barak, proponen distinguir primero entre el derecho y su ámbito de aplicación. El resultado de esta operación será conocer quien será titular del derecho, bajo que circunstancias opera la protección constitucional, quienes quedan obligados por el derecho, que actos están prohibidos y cuales permitidos en relación al derecho o cual será el órgano encargado de su resguardo. Una segunda distinción va dirigida a la posibilidad de limitar ese ámbito de aplicación ya predefinido mediante normativa infra-constitucional. Esta posible limitación estará regida por medio de cláusulas de limitación generales, particulares o jurisprudenciales y los mecanismos desarrollados por los tribunales de justicia. El presente trabajo se focaliza en el principio de proporcionalidad como mecanismo de control de una limitación en el ámbito de aplicación de un derecho constitucional. Barak es de la opinión que las cláusulas de limitación no debieran afectar el ámbito de aplicación del derecho, sino que más bien, la extensión de su protección en el sistema legal y la posibilidad de ejercer ese derecho en el ordenamiento jurídico.<sup>24</sup>

#### *a) Estructura escalonada del principio de proporcionalidad*

El análisis doctrinario más extendido en la literatura hispana se presenta en una distinción inicial respecto de la finalidad del acto estatal y luego en tres fases: el sub-principio de idoneidad, el sub-principio de necesidad y el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderabilidad.<sup>25</sup> Los fines de la medida deben ser de tal entidad que justifiquen la limitación de un derecho constitucional consagrado y protegido en el orde-

---

<sup>23</sup> Sec 1, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11 *traducción de la autora.*

<sup>24</sup> BARAK, A., *Proportionality in Constitutional law. The Israeli experience* (2007), 57, *University of Toronto Law Journal*, pp. 369 -382.

<sup>25</sup> La obra más reciente sobre la materia y que recoge la doctrina constitucional alemana y española publicada relativa al principio de proporcionalidad es Bernal Pulido, C., *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 883 pp.

namiento jurídico. Es bueno por ello preguntarse *¿Cuáles serán los requisitos exigidos a estas medidas?* En ciertos ordenamientos, como es el caso del Canadiense, la propia norma constitucional establece algunos parámetros. Es también un tema a debatir, si la importancia relativa del derecho afectara la posibilidad de limitarlo. Así por ejemplo, no se presenta en términos de igualdad una limitación a la garantía de la dignidad humana que una limitación al derecho de propiedad. Por ello algunos estados distinguen cláusulas de limitación de acuerdo a cada garantía por separado. El carácter escalonado del examen de proporcionalidad es quizás una de las características más relevantes de este mecanismo constitucional, adoptado desde el modelo alemán. No se trata de un examen en que resulte indiferente el orden en que son aplicados los sub-principios, sino que muy por el contrario, la técnica consiste justamente en que sólo se pasa a la siguiente sub-etapa una vez aprobada la anterior. El fundamento de esta técnica es sustantivo al exigirse el cumplimiento de requisitos que van de lo general, adecuación del medio utilizado a una finalidad constitucional legítima, a un examen particular de la medida adoptada y como afecta a nivel individual los derechos constitucionales versus el interés público que se logra proteger.

El *sub-principio de idoneidad* examina si el acto estatal persigue un fin constitucionalmente legítimo y solo en caso que así se considere se examina si la medida constituye un medio adecuado para el logro de esa finalidad. La primera parte de este su-principio, por tanto, la constituye el examen de la finalidad del acto estatal que ya tratamos brevemente en el apartado anterior. Este examen doble persigue constatar la existencia de una conexión racional entre la finalidad y los medios utilizados para lograrla. Existen en teoría la duda de si la conexión racional varía de acuerdo a la esencia del derecho involucrado. Existe también algún debate en teoría respecto de la prueba a rendir respecto de esa conexión racional.<sup>26</sup>

El *sub-principio de necesidad* analiza si el acto estatal legítimo es el más adecuado a la finalidad perseguida o si éste podría reemplazarse por otra medida que cumpla la misma finalidad, pero que limite en menor medida los derechos constitucionales afectados. Dicho de otro modo no ha de existir otra medida alternativa a la enjuiciada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad pretendida y además, sea menos restrictiva de los derechos constitucionales afectados. Este segundo examen persigue constatar que la medida es necesaria y que se estima que no existe otra medida posible que logre cumplir la finalidad establecida en el acto estatal.

---

<sup>26</sup> CHOUDRY, S., "So what is the real legacy of *Oakes*? Two decades of proportionality analysis under the Canadian *Charter's* Section 1" (2006) 34 N 2, *Supreme Court Law Review*, pp. 501-525.

Evidentemente construir una regla general es difícil y más bien se tratará de una construcción jurisprudencial casuística. Sin embargo, en el caso de la proporcionalidad aplicada al legislador, es necesario respetar su libertad de configuración respecto de este requisito la que se denomina en doctrina “margen de apreciación.”

El *sub- principio de ponderabilidad o proporcionalidad stricto-sensu* se focaliza en realizar una ponderación desde el derecho constitucional, de las ventajas e inconvenientes de la aprobación del acto estatal limitativo de los derechos constitucionales de las personas afectadas y el bien que se lograría respecto del bien común o interés público que justificaría la restricción. Se trata ahora no de comparar, sino que de sopesar por un lado el interés de la sociedad y por otra parte la afectación de los derechos del individuo, pero a su vez que ocurriría si la medida no fuese autorizada. Se trata por tanto de un examen de la medida en sí y los efectos que su aplicación conlleva. Aharon Barak haciendo alusión a un fallo de la Corte Suprema Israelí explica este sub-test como un examen entre beneficios y daños causados por esa medida que restringe un derecho constitucional determinado.<sup>27</sup> Existe una propensión a denominar este tercer examen como uno de ‘razonabilidad’ y por ello existe tendencia a confundir en esta etapa los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de proporcionalidad se presenta como un estudio escalonado, por ello si se estima que el acto estatal no supera el primer escalón, el examen de idoneidad, la Corte puede declarar inmediatamente la medida inconstitucional y no requiere continuar el examen. Lo mismo si concluye que un fin es legítimo y que el medio es adecuado, pero luego en el segundo escalón estima que existe una medida alternativa que limita en menor medida los derechos constitucionales, o sea si estima que la medida no es necesaria. Finalmente, pudiendo estimarse necesaria, al balancear el interés general y la limitación particular, pudiera ser que se concluya que prevalece el interés de la persona a quien se le han limitado sus derechos constitucionales y por ello la medida se estima inconstitucional. Evidentemente, ayuda al examen doctrinario que el juez constitucional distinga con claridad cada una de las etapas y señale cual ha incumplido específicamente el acto estatal para ser considerado inconstitucional.

---

<sup>27</sup> HCJ 2056/04 The Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, 58 PD (5) 817, 850 (paragrafo 59)

*b) El uso del principio de proporcionalidad en España*

El Tribunal Constitucional español adopta la técnica jurisprudencial de proporcionalidad desde el modelo original, esto es, el Tribunal Constitucional alemán. El fundamento constitucional en el cual se sustenta el principio de proporcionalidad en España, es la dignidad humana y por ello se trata de un principio fundamentado en el estado de derecho<sup>28</sup> y en el valor justicia<sup>29</sup> como objetivos permanentes del orden político y social español. Consecuentemente las secciones de la constitución española invocadas en materia de proporcionalidad son: S.1 referente al estado de derecho; S 9.3 referente a la implementación del principio de legalidad; y finalmente S 10.1 referente a la dignidad de la persona humana como elemento fundacional del orden político y social.

Ha existido algún debate en España respecto del uso de la proporcionalidad, como principio de solución de conflictos entre normas constitucionales, al no estar incorporado expresamente en el texto de la Constitución. Existe una tradición jurídica difícil de soslayar en cuanto a la ley escrita, aquello que no está expresamente indicado en la norma sólo puede ser incorporado lenta y dificultosamente a través de mecanismos de interpretación o hermenéutica. A la pregunta cuándo una restricción o limitación a un derecho constitucional se considerará adecuada en el ordenamiento jurídico español, la respuesta es a través del examen escalonado en que se examinará si el acto estatal (1) persigue una finalidad constitucional; (2) si existe una adecuación de los medios para lograr esa finalidad; (3) si no existe un medio menos intrusivo que logre la misma finalidad; (4) si el grado de afectación del derecho fundamental es de una intensidad justificada. Parte de la doctrina y jurisprudencia española distingue entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad.<sup>30</sup> El contenido del principio de proporcionalidad se considera más delimitado exigiendo un fin constitucional lícito y luego sometiendo el acto estatal a los sub-principios de idoneidad, necesidad y ponderabilidad. Para otros, la proporcionalidad no es sino un particular caso de razonabilidad, simplemente más estructurado. El modelo en tres etapas sucesivas sólo fue adoptado en la sentencia del Tribunal Cons-

---

<sup>28</sup> Los fallos STC 85/1992 y STC 111/1993 basan el principio de proporcionalidad en el Art.1º de la Constitución que consagra un estado social y democrático basado en el estado de derecho.

<sup>29</sup> Los fallos STC 59/1995 y STC 173/1995 basan el principio de proporcionalidad en el valor justicia.

<sup>30</sup> Las sentencias STC 49/1999, 166/1999 y 126/2000 utilizan como criterio de adjudicación constitucional la razonabilidad. La sentencia STC 47/1988 parece diferenciar entre los principios de la razonabilidad y el de proporcionalidad.

titucional dictada en 1995 en materia de recurso de amparo en que se somete al análisis de proporcionalidad la colisión entre el derecho de reunión de una organización de trabajadores bancarios y el interés social representado por la protección de los derechos y bienes de terceros. En el considerando 10 el TC aplica el esquema trifásico a la medida gubernativa que prohibió la concentración.<sup>31</sup> Un año más tarde el uso de este mecanismo se consolidó en el fallo del TC de una cuestión de inconstitucionalidad en que se señaló que una particular disposición de la Ley Orgánica 8/1984 relativa a la prestación social sustitutoria del servicio militar fundamentada en el interés colectivo de la solidaridad social y la sanción en caso de no cumplimiento podría considerarse una limitación desproporcionada de los derechos de libertad ideológica y libertad personal consagrados en las secciones 16 y 17 de la constitución.<sup>32</sup> Autores tales como Joaquín Brage reclaman que la aplicación subsecuente del principio ha carecido de la sistemática necesaria, por lo que en ocasiones el tribunal sólo aplica algunas de las fases o un examen general de proporcionalidad si detallar las fases o etapas lo que ha dificultado su plena adopción desde el punto de vista metodológico.<sup>33</sup> El Tribunal Constitucional ha dejado claro que en el caso del control judicial de los actos legislativos, el objetivo de la evaluación es el modo en que esta normativa se encuadra en el sistema constitucional, esto es la evaluación de si la intervención legislativa ha respetado los límites externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento de una garantía individual.

Respecto del *sub-principio de idoneidad* la exigencia de una finalidad constitucionalmente legítima se ha restringido a una establecida en la propia constitución o que se desprenda de la necesidad de preservar otros derechos o bienes protegidos.<sup>34</sup> Debe tratarse además de una finalidad lo más concreta posible y los tribunales deben examinar las circunstancias individuales del caso.<sup>35</sup> Joaquín Brage propone realizar tres distinciones: la primera es la idoneidad formal en que todo acto estatal que limite un derecho constitucional debe establecerse por medio de un acto motivado en que se explicita la razón o fundamentación del mismo. La segunda es la idoneidad objetiva que implica que la medida estatal por sí misma logre la finalidad o facilite su obtención. Finalmente la tercera es la idoneidad subjetiva que exige que las personas afectadas por el acto estatal tengan una vinculación directa

---

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 66/1995.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 55/1996.

<sup>33</sup> BRAGUE, J. *Los Límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 154/2002.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 169/2001.

con la adopción de la medida o acto estatal, de modo tal que la limitación del derecho fundamental de esas personas sea un medio apto para lograr la finalidad de tal medida.<sup>36</sup>

Respecto del *sub-principio de necesidad*, el Tribunal Constitucional español ha sido extraordinariamente cauteloso al indicar que sólo podrá formular una tacha de desproporción desde la perspectiva de este criterio cuando las medidas alternativas sean palmariamente de intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada.<sup>37</sup> En otra sentencia el TC requiere un razonamiento lógico, datos empíricos no controvertidos y un análisis de similares medidas adoptadas por la autoridad.<sup>38</sup>

Respecto del *sub-principio de ponderabilidad* se presenta como un examen en concreto de la medida en sí y de los efectos que su aplicación conlleva.

Javier Barnes haciendo un análisis de las bondades del principio de proporcionalidad señala que éste: “representa una garantía constitucional a favor del individuo; un muro sustantivo, pues, a respetar por el legislador, un instrumento, en suma, en manos de los jueces, no un objeto de laboratorio; algo que se deja reconocer en cada caso, antes que definir o agotar dogmáticamente.”<sup>39</sup>

#### V. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL EN MÉXICO APLICABLES AL CASO DEL SOLDADO ESTEBAN CABRERA

La SCJN reconoce que el verdadero problema constituye la resolución de cómo y bajo que parámetros aplicar una limitación a la garantía de igualdad y no discriminación dada la condición de sujeción especial del ejército y de sus miembros. Se establece como principio contrapuesto al de igualdad y no discriminación el de la eficacia de las fuerzas armadas así como la protección de sus miembros y de terceras personas. Por aplicación del artículo 1º de la Constitución<sup>40</sup> no es dable pensar que los militares no

<sup>36</sup> BRAGE, J., *Los Límites a los derechos fundamentales*, p. 374-376.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 161/1997.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 55/1996, considerando 13 del extracto.

<sup>39</sup> BARNES, J., “El Principio de Proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, 1998, p. 49.

<sup>40</sup> Art. 1º de la Constitución señala que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...”

son también gobernados amparados por el catálogo completo de derechos y libertades constitucionales. La SCJN argumenta lo que a un espectador ajeno a la realidad Latino Americana podría parecerle obvio, que las Fuerzas Armadas no constituyen un ámbito externo o superior a la Constitución Federal y que por el contrario, todas las disposiciones constitucionales le son perfectamente aplicables. Respecto del interés individual del soldado Esteban Cabrera se considera al principio de no discriminación como una concreción de la garantía de igualdad, haciéndose alusión específicamente a la no discriminación fundada en la salud de las personas. La SCJN también reconoce que dado la específica alusión a la temática de salud, el ámbito en el cual el Poder legislativo puede actuar es restringido. El fallo de la SCJN señala textualmente:

*La Constitución no sólo ha reconocido como principio constitucional la garantía de igualdad, sino que ha previsto una regla precisa en el sentido de prohibir toda discriminación fundada, entre otras razones, en la salud de las personas, regla constitucional cuya estructura concreta y específica deja al legislador un margen estrecho de apreciación al momento de prever diferenciaciones en las leyes que corresponde emitir a estos efectos.<sup>41</sup>*

Se hace alusión a la importancia de reconocer sobre la base del principio democrático y de la separación entre los órganos del Estado una libertad de configuración en el actuar de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. En el caso particular en que la Constitución contempla específicas situaciones en que no es posible discriminar con el objeto de no violentar la garantía de igualdad, la libertad de configuración es limitada y por lo mismo la intensidad del control constitucional es mayor. Finalmente, la SCJN también resalta que uno de los conceptos centrales de la ley de Amparo es la dignidad del ser humano y su adecuada protección, considerado uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico Mexicano. La concreción de esta protección se da a través del *Principio Pro Homine*, que implica que se debe acudir a la interpretación extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

Respecto del interés social representado en la eficacia de las Fuerzas Armadas, la SCJN se retrotrae a la voluntad del poder constituyente de 1917 para fundamentar en diversas normas de la Constitución el status excepcional de las fuerzas Armadas. La razón que se esgrime es la importancia de su labor para la sociedad mexicana. Se establece que entre los militares y el Estado existe una relación de naturaleza administrativa ya que se les

---

<sup>41</sup> Fallo de Amparo en revisión 1659/2006, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 68.

considera: garantes de las instituciones legalmente constituidas, defensores de la soberanía nacional y coadyuvantes en la resolución de problemas de la población civil, de ahí que su control requiera de una rígida disciplina jerárquica de carácter administrativo.<sup>42</sup>

Al tratarse del análisis de la proporcionalidad de una ley, el Tribunal Constitucional ha puesto especial cuidado al enjuiciar la labor del poder legislativo, por tratarse de la vía por la cual tradicionalmente se manifiesta la voluntad popular. Referente a la ley del ISFAM aprobada por el legislativo mexicano solo el año 2003, llama la atención que la fundamentación de la normativa no jugara ningún rol en la argumentación de la SCJN. El Ministro José Ramón Cossío Díaz formula en un voto concurrente publicado en la Revista Nexos n° 354<sup>43</sup> en el cual se refiere de manera crítica a la consideración de las normas relativas a las Fuerzas Armadas como un principio del ordenamiento jurídico mexicano. En opinión del Ministro Cossío de los preceptos constitucionales lo que emana es que el ejército es una institución constitucionalmente prevista y respecto de las cual se predetermina alguno de los parámetros que luego deberán establecerse por ley.<sup>44</sup> En el caso de Esteban Cabrera la medida adoptada afectaría los principios de igualdad y no discriminación por razones de salud basada en la existencia de normativa legal (ley del ISSFAM) que contendría medidas que implican tratamientos diferenciados desproporcionados, arbitrarios y/o injustificados. En este punto la opinión del Ministro Cossío es diversa pues considera que de lo dispuesto en el artículo 1º, tanto en materia de igualdad como de no discriminación, puede ser considerado verdaderamente un principio constitucional.

Los argumentos tanto del soldado Esteban Cabrera como los de la SCJN señalan que la discriminación normativa se relaciona con un tratamiento diferenciado y desigual en la ley del ISSFAM a distintas clases de personas, que bajo un criterio de razonabilidad deberían recibir un mismo tratamiento jurídico. Evidentemente este escrutinio esta entregado al juez constitucional quien en definitiva es quien debe resolver si la limitación a las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación contenidas en la Constitución en la persona del soldado Esteban Cabrera aprueba o no el test de proporcionalidad. Así lo ha señalado la propia SCJN:

---

<sup>42</sup> Tesis CXL/ 2006

<sup>43</sup> Revista Nexos N° 354, junio de 2007, disponible en la versión digital de la Revista Nexos [http://www.nexos.com.mx/articulos.php?id\\_article=1362&id\\_rubrique=550](http://www.nexos.com.mx/articulos.php?id_article=1362&id_rubrique=550) (sitio visitado con fecha 22/4/2008)

<sup>44</sup> Parámetros que establecen materias tales como: el fuero militar, la existencia de tribunales militares, la obligación de los mexicanos de alistarse en la Guardia Nacional, la obligación de ser mexicano por nacimiento para estar en el servicio activo, la regulación de la seguridad social de los miembros de las fuerzas armadas entre otras.

*La medida y alcance del derecho fundamental específico es el resultado del balance entre el interés público y social del derecho, así como de los derechos constitucionales de los demás gobernados que pudieren estar en colisión frontal, siendo el juez constitucional quien debe balancear todos estos aspectos, lo que será a su vez el reflejo de la cultura e idiosincrasia de la comunidad en el país.<sup>45</sup>*

#### VI. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD IMPLEMENTADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MEXICANA

El principio de proporcionalidad no se encuentra consagrado constitucionalmente de modo expreso en México. Sin embargo de acuerdo a la argumentación de la SCJN basado en el principio de legalidad existían criterios hermenéuticos que permitieron su descubrimiento jurisprudencial, como una técnica de adjudicación constitucional en el control de las limitaciones a los derechos fundamentales. La SCJN presenta el examen de proporcionalidad como un mecanismo de balance entre los medios y los fines que se pretende alcanzar a través de la legislación que limita la garantía constitucional debatida. Se señala asimismo que se le considera una vía para racionalizar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales. La SCJN muestra especial celo en demostrar que esta técnica no constituye una completa novedad en el ordenamiento jurídico mexicano pues en diversos fallos se han ido incorporando elementos del examen de proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo se indican casos recientes que en opinión de la SCJN han sido fallados en aplicación del principio de proporcionalidad.<sup>46</sup> Las preguntas que surgen son numerosas: ¿Cuál ha sido el sistema jurídico que ha servido de inspiración a la SCJN? ¿Se trata de la migración de un mecanismo constitucional? ¿Serviría de modelo el conocimiento del modo en que este mecanismo ha operado en otros sistemas jurídicos? A pesar del silencio de la SCJN, mi impresión es que el modelo adoptado ha sido España y por vía indirecta Alemania y por ello se ofrece una breve análisis al modo en que se ha utilizado el principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico español.

Basado en los antecedentes expuestos la SCJN define examinar la constitucionalidad de un acto legislativo, concretamente el artículo 226, Segunda

---

<sup>45</sup> Tesis I.I.A.100, Novena época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (instancia), Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, tomo XVIII, Noviembre de 2003, p. 995.

<sup>46</sup> Amparo en revisión 1133/2004 resuelto por el Pleno de la SCJN en el mes de enero de 2006, en los amparos en revisión: 1160/2006; 1342/2006; 1383/2006; 278/2006; y 1416/2006.

Categoría, fracción 45 de la Ley del ISSFAM en cuanto establece la causa legal de retiro forzado de la Fuerzas Armadas mexicanas por inutilidad basada en la seropositividad a los anticuerpos contra el VIH. El fallo del amparo en revisión establece como mecanismo de proporcionalidad el siguiente:

*De la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, entendida desde un punto de vista integral, se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto mas intenso sea el limite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.<sup>47</sup>*

Se hace referencia a una tesis jurisprudencial del año 2006 en que la SCJN establece criterios específicos para determinar si el legislador respeta el principio de igualdad constitucional:

*Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una distinción objetiva y constitucionalmente valida (...) En segundo lugar es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador (...) En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional...<sup>48</sup>*

Respecto del *sub-principio de idoneidad*, cuya primera parte requiere una finalidad constitucionalmente legítima, se estima que la ley del ISSFAM cumple con ese requisito. La finalidad constitucionalmente legítima, se traduce en garantizar la eficacia de las fuerzas armadas mexicanas, así como la protección de sus miembros y de terceras personas. En el caso del ordena-

<sup>47</sup> Sentencia SCJN en caso de Amparo 1659/2006, p. 82.

<sup>48</sup> Tesis jurisprudencial 1ª./J55/2006, N° de registro 174,247, Materia constitucional, Novena época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, septiembre 2006, p. 75.

miento constitucional mexicano examinado en este trabajo, la Constitución no señala el parámetro para definir la pertinencia de la finalidad. La SCJN simplemente habla de “*una finalidad constitucional legítima.*” ¿Qué debe entenderse por la legitimidad de una finalidad? En la tesis jurisprudencial específicamente relacionada con el caso de igualdad la SCJN habla de una distinción legislativa basada en una finalidad ‘objetiva y constitucionalmente válida.’ Por ello creemos que conocer los objetivos de la ley del ISSFAM a la época de su dictación habría sido un aporte al presente debate. La segunda parte del principio de idoneidad examina si la medida constituye un medio adecuado para el logro de la finalidad y además la conexión racional entre los medios utilizados y los fines perseguidos.

La SCJN concluye que la diferenciación legal es inadecuada basado fundamentalmente en comprobaciones de la ciencia médica respecto de las personas seropositivas a los anticuerpos contra el VIH. Se hace alusión a la Norma Oficial Mexicana Nom-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana.<sup>49</sup> La SCJN alude a continuación a algunas normas internacionales como la Declaración de Derechos y Humanidad sobre el VIH y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida del año 1992<sup>50</sup>; así como la Declaración de compromiso de lucha contra el VIH/SIDA del año 2001.<sup>51</sup> La SCJN no hace alusión a las normas de derecho internacional ratificadas por el Estado mexicano y por lo mismo obligatorias de la misma manera que las normas de derecho interno. Por el contrario señala que las fuentes de derecho internacional invocadas:

*no constituyen un parámetro autónomo para calificar la validez de las actuaciones de derecho nacional, (pero)... si son capaces de informar el contenido adecuado del ordenamiento jurídico, a fin de justificar objetivamente las decisiones referentes a las garantías de igualdad y de no discriminación basadas en razones de salud.*<sup>52</sup>

Un aspecto que fue públicamente debatido en México fue el uso de información y por ende de elementos de juicio proporcionado por especialistas del área médica. Como lo relata Miguel Carbonell,<sup>53</sup> el Ministro José Ramón Cossío se dio cuenta que no se trataba de un tema de argumentación

---

<sup>49</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 17/1/1995.

<sup>50</sup> Anexos al documento E/CN.4/1992/82 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>51</sup> Documento A/S-26/L.2 de fecha 2/8/2001, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>52</sup> Sentencia SCJN en caso de amparo en revisión 1659/2006, p. 94.

<sup>53</sup> CARBONELL, M., “Sobre virus, bacterias y jueces”, 354, *Revista Nexos*, 2007, versión digital.

jurídica sino que más bien de fundamentación técnica científica y para ello recurrió por oficio a la Academia Mexicana de las Ciencias pidiendo que se nombrara a 2 expertos en el tema VIH-SIDA.<sup>54</sup> Se da un fundamento legal para solicitar estos informes técnicos,<sup>55</sup> aun cuando el argumento sustantivo contenido en el fallo de minoría rechaza esta posibilidad. El tema alcanzo notoriedad pública. Lo que se debatió dentro y fuera de la SCJN fue si los jueces constitucionales debían o no tener en cuenta estos informes médico-científicos y en caso de aceptar su contenido que rol le cabría en la sentencia. Las opciones eran dos: (1) considerar que los dictámenes científicos forman parte de los medios de prueba y que su contenido servirá para integrar el razonamiento relativo a los hechos de la causa, que es la postura adoptada en el voto de minoría y por los mismo sometidas a todas las normativa relativa a la oportunidad en el rendimiento de la prueba y a la carga probatoria (2) considerar que los dictámenes médicos más bien informan al juez y le ayudan en el proceso de adoptar la decisión, decisión adoptada por el voto mayoritario pues en definitiva el informe sirvió para ilustrar a la SCJN. El anterior debate se omitiría de existir en el ordenamiento jurídico mexicano algo similar a la figura del “amicus curiae” por medio de la cual instituciones con intereses coadyuvantes a los del tribunal que debe decidir una causa podrían proporcionar información relevante que el juez puede o no considerar para informar su decisión.<sup>56</sup> Lamentablemente el fallo no se pronuncia respecto de la conexión racional entre fines y medios de la normativa examinada. En un análisis trifásico estricto tras considerar que

---

<sup>54</sup> El dictamen médico-científico proporcionado por la Academia Mexicana de las Ciencias al caso fue concluyente en al menos 3 aspectos que el legislador pareciera no haber considerado al crear la normativa legal: (1) Existe una diferencia entre la infección por VIH y el momento en que se produce la sintomatología del SIDA, pudiendo transcurrir un número de años (7-10 años en promedio según el informe la persona seropositiva puede permanecer asintomático) en los cuales el militar puede estar perfectamente en condiciones de seguir prestando sus servicios, ya que la seropositividad no ocasiona inutilidad para ningún trabajo y/o organización sobre todo si el paciente cuenta con el tratamiento farmacéutico adecuado; (2) No pone en riesgo a los compañeros de la persona con seropositividad pues las vías de contagio científicamente determinadas son restringidas y ocurren indistintamente en cualquier ámbito laboral; (3) Finalmente, si el objetivo de la normativa fuese la protección de los restantes miembros del ejército y de la sociedad, se debieran establecer medidas preventivas (por ejemplo desarrollar campañas educativas) y mecanismos razonables destinados a evitar las vías de contagio, sin afectar las garantías constitucionales de los individuos.

<sup>55</sup> Art. 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la Ley de Amparo a través del Art. 2.

<sup>56</sup> Un ejemplo en esta materia es el caso de Argentina en donde la institución del *Amicus Curiae* ha sido reconocida y normada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de la Acordada 28/2004 adoptada con fecha 20 de Julio de 2004.

el principio de idoneidad no se cumple la SCJN pudo haber declarado la norma legal inmediatamente inconstitucional.

Respecto del *sub-principio de necesidad* la SCJN concluye que se trata de una diferenciación legal innecesaria para alcanzar la finalidad de la legislación, ya que existen medios alternativos a disposición del legislador, sin tener que desconocer las garantías de igualdad y no discriminación basada en razones de salud del soldado Esteban Cabrera. Entre las medidas alternativas propuestas, a modo de ejemplo, está el traslado a funciones diversas al interior de las Fuerzas Armadas, lo que la propia normativa contempla como una opción. Existe asimismo, una breve alusión a la característica de tratarse de una medida innecesaria, pues el efecto es la supresión de los derechos a la seguridad social que en activo corresponderían al militar afectado, y que también conlleva dicha medida. Efectivamente, no existen argumentos por parte de la SCJN en relación al derecho a la protección de la salud y como éste se vincula al acceso a un sistema de seguridad social que incluya no sólo tratamiento médico/hospitalario, sino que también tratamiento farmacéutico en el caso del VIH. Aquí nuevamente de haberse aplicado estrictamente el principio de proporcionalidad de manera escalonada debió haberse declarado la medida inconstitucional al no aprobar el principio de necesidad.

En materia del *sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto* la SCJN determinó que la diferenciación legislativa carecía de razonabilidad jurídica ya que no existen bases para justificar la equiparación que ha hecho el legislador del concepto de inutilidad con el de enfermedad. En el caso concreto de la ley del ISSFAM la equiparación entre inutilidad y el hecho de ser seropositivo a los anticuerpos contra el VIH. Se considera por tanto, que la causal de la ley que declara esta inutilidad es inconstitucional, ya que la exigencia es estar incapacitado para continuar ejerciendo funciones dentro de las fuerzas armadas no ocurre de acuerdo a todos los antecedentes proporcionados y debatidos con antelación. Por ello, la SCJN concluye que resulta indispensable que para poder declarar la incapacidad o “inutilidad” de un miembro de las Fuerzas Armadas para desempeñar sus funciones, se le proporcione primero la oportunidad de someterse a los tratamientos médicos necesarios para recuperar sus aptitudes, o segundo se le reubique cuando exista la alternativa para ello, de acuerdo a sus individuales condiciones. Con relación a la garantía de no discriminación, la Corte hace especial hincapié en el modo en el que se presenta la declaración de inutilidad. Ante el mero diagnóstico médico, propicia el aislamiento social de los ciudadanos que padecen el VIH y no es un aporte a una cultura anti-discriminatoria.

La SCJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 226, Segunda Categoría, fracción 45 de la Ley del ISSFAM, por ser contrario a las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud. Se concede el amparo

para el efecto de que las autoridades involucradas: (a) dejen insubsistente el procedimiento de retiro de Esteban Cabrera y, en consecuencia (b) se le reincorpora a sus labores en el ejército, (c) se le pague lo adeudado y (d) se le proporcione asistencia médica y farmacéutica.

## VII. CONCLUSIONES RELATIVAS AL FALLO DEL CASO Y A LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Respecto de los aspectos de la argumentación jurídica utilizada por la SCJN me llama la atención el nivel abstracto en que se maneja la argumentación. El soldado Esteban Cabrera sólo es nombrado al inicio de la causa y luego simplemente referido por la SCJN como quejoso (aquel que interpone un recurso de queja). Por lo mismo, creo que es necesario considerar la nula atención prestada en el caso a la falta de consentimiento del soldado en efectuar las pruebas para detectar el VIH. Más aún si la norma mexicana<sup>57</sup> establece en el apartado 6.3.5 que la detección se regirá por los criterios de consentimiento informado y confidencialidad. Implicaría esta exigencia que al soldado Esteban Cabrera se le debió poner en conocimiento primero con el objetivo de asegurar la privacidad y confidencialidad de su expediente clínico.

Me llama la atención que en la argumentación de la SCJN relativa a los principios y valores constitucionales no exista alusión a la validez actual de los mismos. No existe alusión a la necesidad de actualizar estos valores o principios y al modo en que éstos pueden variar en el tiempo para lo cual es necesario contar con los mecanismos adecuados. De hecho la Corte hace alusión a los objetivos establecidos por el poder constituyente de 1917, a las garantías constitucionales establecidas en aquella época y a la forma de implementar limitaciones. También se indica la expresa consagración de un control judicial de las autoridades por parte de los jueces lo que constituye como ya lo señaláramos una excepción en el espectro Latinoamericano.<sup>58</sup> Sin embargo, no se hace referencia a la reciente (2006) incorporación de la normativa en materia de no discriminación y del modo en que esta reforma constitucional actualiza el contenido de la garantía de igualdad. Por esto mismo, queda la duda si el tratamiento dado a los valores, principios y normas en conflicto corresponde al acuerdo social actualizado de la sociedad mexicana en estas materias.

---

<sup>57</sup> Norma Oficial Mexicana Nom-010-SSA2-1993, para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana

<sup>58</sup> Fallo SCJN en recurso de amparo 1659/2006, pp. 75-76

Finalmente en lo que atañe al principio de proporcionalidad creo que las conclusiones del fallo del soldado Esteban Cabrera se dirigen en dos direcciones:

La primera conclusión es el aporte que representa para la adjudicación constitucional en México la adopción del mecanismo de proporcionalidad que añade pautas, directrices, y caminos de argumentación para el juez constitucional, ayudando con ello a legitimar su labor y a proporcionar vías en que la ciudadanía pueda evaluar su desempeño. La legitimidad de las instituciones judiciales esta fundada en su metodología. Por ello es primordial que las cortes detallen su actuar y las razones para adoptar una decisión y en este objetivo claramente el principio de proporcionalidad dada su estructura de matriz analítica es una ayuda. Creo que el fallo en el caso del soldado Esteban Cabrera presenta un mejor razonamiento judicial, que significó la adopción de información de índole técnico-científica como parte del proceso de toma de conocimiento por parte de los jueces, significó también reconocer la existencia de obligaciones internacionales contraídas por Mexico en materia de VIH/SIDA y fue asimismo una oportunidad para debatir acerca de dos principios del ordenamiento jurídico mexicano.

La segunda conclusión, es una perspectiva algo más crítica, es preguntarse si lo que se ha producido en el ordenamiento constitucional mexicano es la migración del denominado principio de proporcionalidad desde el derecho comparado. La SCJN no reconoce el origen de la migración, aunque el tipo de referencia doctrinaria nos lleva a pensar que ha sido tomado desde España y por vía indirecta Alemania.<sup>59</sup> Las principales razones esgrimidas en doctrina para rechazar las migraciones constitucionales son el activismo judicial y la posible erosión de la soberanía nacional.<sup>60</sup> Por ello la no adopción expresa de la proporcionalidad como migración de un mecanismo constitucional foráneo, nos deja con la incertidumbre acerca del ordenamiento jurídico que se tuvo en mente para establecerlo en México, o abre la opción de que la SCJN haya deseado crear un mecanismo proporcional mexicano. De haberse señalado el país originario en la migración, como en el caso español, ello conlleva el conocimiento de cómo esos mecanismos han operado en ese ordenamiento jurídico.

Si se considera, como yo lo hago, que la migración se produce desde España sería interesante enumerar algunas diferencias en el uso del meca-

---

<sup>59</sup> El Tribunal Constitucional español a diferencia de la SCJN en México hace expresa alusión a la adopción del mecanismo de proporcionalidad desde el ordenamiento jurídico alemán en la sentencia STC 7/2004.

<sup>60</sup> Cfr., CHOUDHRY, S. (ed.), *The migration of constitutional ideas* New York, Cambridge University Press, 2006. Copia electrónica en <http://ssrn.com/abstract=943526>

nismo de proporcionalidad: (1) A diferencia de lo que ocurre en el caso del soldado Esteban Cabrera en que la condición de razonabilidad se vincula al tercer sub-principio, en España se ha abierto un debate en doctrina para considerarlo un principio de adjudicación constitucional por separado<sup>61</sup>; (2) respecto del sub-principio de idoneidad no se exige en el caso mexicano una conexión racional entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, lo que en caso del soldado Esteban Cabrera habría servido en mi opinión para declarar la normativa legal inconstitucional en esta primera sub-etapa; (3) finalmente tampoco se adopta el mecanismo de proporcionalidad como una evaluación escalonada y progresiva. Será por tanto interesante esperar, para conocer la adecuación en el tiempo de éste mecanismo a la tradición jurídica mexicana.

---

<sup>61</sup> El Ministro JIMÉNEZ DE PARGA en un voto particular en la sentencia STC 55/1996 propone el juicio de razonabilidad como un ante-juicio en que lo evaluado es la “finalidad objetiva de la ley” y la ponderación de los valores contrapuestos.