

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA  
ECONÓMICAS, A.C.



EL DESARREGLO DE LAS METODOLOGÍAS DE  
ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL

TESINA

PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

RODRIGO GONZÁLEZ ZUPPA

DIRECTOR DE LA TESINA:

MTRO. JAVIER MARTÍN REYES

CIUDAD DE MÉXICO

2020

*A mi familia.*

## Índice

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1. Los métodos mencionados por la Segunda Sala .....</b>	<b>6</b>
1.1. La interpretación conforme .....	6
1.2. Los niveles de escrutinio judicial .....	10
1.3. El test de proporcionalidad.....	15
<b>Capítulo 2. La aplicación de los métodos.....</b>	<b>22</b>
2.1. Derecho de los pasajeros con discapacidad que requieran transportar instrumentos inherentes a su condición: La aplicación de la interpretación conforme .....	23
2.2. Cálculo de compensaciones, indemnizaciones u otras referencias considerando el monto total del boleto.....	28
2.2.1.- Aplicación de los niveles de escrutinio .....	29
2.2.2.- Aplicación del test de proporcionalidad .....	31
<b>Capítulo 3. Discusión del criterio de la Segunda Sala .....</b>	<b>36</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>44</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>46</b>

## Resumen

En el criterio jurisprudencial 2ª./J. 10/2019 (10ª.), la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmó que “el test de proporcionalidad [,] al igual que la interpretación conforme y el escrutinio judicial, constituye tan sólo una herramienta interpretativa y argumentativa más que el juzgador puede emplear para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental.”<sup>1</sup> Este criterio es problemático por los efectos que genera. En este texto, argumento que la resolución afecta la certeza jurídica y la congruencia en los precedentes del aparato jurisdiccional,<sup>2</sup> pues los métodos de adjudicación mencionados por la sala operan en momentos diferentes y pueden generar resultados diferentes e incluso contradictorios en casos iguales

---

<sup>1</sup> Sentencia mediante la que se resuelve el amparo en revisión 388/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2018-10/AR%20388-2018\\_1.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR%20388-2018_1.pdf) (consultado por última vez el 17 de abril del 2020). En adelante, amparo 388/2018.

<sup>2</sup> Por congruencia en los precedentes del aparato jurisdiccional me refiero al cumplimiento de la naturaleza jerárquica de la jurisprudencia. Para mí, existe congruencia en los precedentes del aparato jurisdiccional cuando los tribunales inferiores adoptan obligatoriamente los criterios emitidos por los tribunales superiores en aquellos casos que planteen los mismos problemas jurídicos a resolver.

## Introducción

Cuando la pericia en Derecho no caracteriza a los juzgadores la libertad judicial<sup>3</sup> es algo que se debe combatir. En el derecho mexicano la certeza jurídica ha disminuido, pues la congruencia en los precedentes del aparato jurisdiccional corre el riesgo de disminuir. En este texto, argumento que el criterio jurisprudencial 2ª./J. 10/2019 (10ª) de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contribuyó a este problema.

El criterio habla sobre los métodos de adjudicación constitucional de los tribunales jurisdiccionales. En dicho criterio, la Sala afirmó que “el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, estando facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento (...).”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Por libertad judicial, me refiero a la facultad que tienen las autoridades jurisdiccionales de elegir los medios necesarios para resolver los asuntos jurídicos. En este caso, las autoridades pueden escoger entre cualquier método de adjudicación constitucional para resolver aquellos casos que requieran de su uso. De esta manera, la facultad que tienen los jueces para escoger entre estos métodos determina su libertad judicial.

<sup>4</sup> Test de proporcionalidad. Al igual que la interpretación conforme y el escrutinio judicial, constituye tan sólo una herramienta interpretativa y

De acuerdo con lo anterior, ¿es posible afirmar, como lo hace la Segunda Sala, que estos métodos son intercambiables? Mi argumento es que afirmar esto es erróneo y en el desarrollo de este texto explicaré por qué. En concreto, el uso de los métodos de interpretación constitucional no puede ser indistinto, pues el *momento* en el que deben ser utilizados y los *resultados* que cada uno puede producir son diferentes. Por ende, la resolución de la Segunda Sala permite que los jueces tomen decisiones arbitrarias en los casos que requieran de interpretación constitucional. Esto implica la generación de otros riesgos, como el uso estratégico de los métodos o la existencia de potenciales tratos desiguales para los ciudadanos en la misma situación.

Para demostrarlo, explicaré con más detalle el caso. Luego, explicaré los tres métodos de adjudicación mencionados por la Segunda Sala y el funcionamiento de cada uno. Estos son, la interpretación conforme, los niveles de escrutinio judicial y el test de proporcionalidad. Después, en un capítulo siguiente, explicaré por qué, dada su naturaleza, estos métodos no pueden operar de la misma manera ni al mismo tiempo. Finalmente,

---

argumentativa más que el juzgador puede emplear para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, febrero de 2019, Tesis 2a./J. 10/2019, Página 838 (Mex.) En adelante, Tesis 2ª./J. 10/2019.

realizaré un breve análisis sobre el criterio de la segunda sala y las posibles alternativas para reducir sus efectos problemáticos.

La resolución mencionada anteriormente fue consecuencia de una reiteración de cinco criterios similares derivados del mismo caso: el amparo en revisión 388/2018.<sup>5</sup> En este caso, la aerolínea LAN Perú SA presentó un juicio de amparo indirecto en contra de algunos artículos de la Ley de Aviación Civil y de la Ley Federal de Protección al Consumidor del 2017.<sup>6</sup> Su argumento era que las obligaciones impuestas en dichos artículos reprobaban el test de proporcionalidad y en consecuencia resultaban inconstitucionales. El juicio fue sobreseído y el amparo negado, por lo que la quejosa interpuso un recurso de revisión. El Tribunal Colegiado que recibió el caso levantó el sobreseimiento de los artículos y reservó la jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por tratarse de normas sobre las cuales no había criterio jurisprudencial previo. Al final, la Segunda Sala admitió el recurso y resolvió negar el amparo, pero lo interesante de este caso es la manera en la que la corte entiende a los distintos métodos de adjudicación constitucional en su sentencia.

---

<sup>5</sup> Amparo 388/2018.

<sup>6</sup> Los artículos fueron: 2 FIV Bis, 42 Bis, 47 Bis, 47 Bis 1, 47 Bis 2 y 87 de la Ley de Aviación Civil y 65 Ter y 65 Ter 1 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, Ibidem.

En este sentido, vale la pena hablar sobre la postura de la Segunda Sala frente al argumento de la aerolínea. La quejosa alegaba que los jueces debían utilizar el test de proporcionalidad a las normas en cuestión, pues el principio pro persona establecido por el artículo 1 constitucional, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la doctrina internacional de los derechos humanos permitía entender que “toda norma que forme parte de un sistema jurídico debía aprobar un escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad conformado por distintos pasos o requerimientos, a saber: finalidad constitucionalmente legítima, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.”<sup>7</sup> Frente a este argumento, la Corte dijo que el test de proporcionalidad había sido tratado por la jurisprudencia no como “texto constitucional ni (...) derecho fundamental, sino (...) como método de argumentación judicial para verificar si alguna limitación o restricción es violatoria de algún derecho humano.”<sup>8</sup> Así, como la corte sólo había reconocido al test como un método de argumentación judicial, entonces no había necesidad para tratarlo de otra manera. En palabras de la corte, los tribunales “no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz

---

<sup>7</sup> Ibidem, 5-6.

<sup>8</sup> Ibidem, 8.

de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso.”<sup>9</sup>

Pero la Segunda Sala no detuvo aquí su razonamiento. Para ella, como el test de proporcionalidad sólo es un método de interpretación, y es facultad de los jueces decidir cómo interpretar la constitución (como consecuencia de su libertad de jurisdicción), entonces le corresponde a cada juzgador escoger el método más idóneo, sea cual sea, para hacerlo si es que decide interpretar.

Para justificar tal criterio en su sentencia, la Segunda Sala procede a afirmar que, además del test de proporcionalidad, la Corte ha utilizado otros métodos de interpretación como los niveles de escrutinio,<sup>10</sup> la interpretación sistémica, la gramática o la teleológica, por lo que todas las metodologías de interpretación son “igual de válidas para emprender el examen correspondiente.”<sup>11</sup> Sin embargo, considero deficiente dicha afirmación. Siguiendo el orden de mi texto que mencioné anteriormente, procederé a la explicación de los métodos.

---

<sup>9</sup> Ibidem, 12.

<sup>10</sup> Ibidem, 9.

<sup>11</sup> Ibidem, 11 y 34.

## **Capítulo 1. Los métodos mencionados por la Segunda Sala**

Para concentrarme en las diferencias que tienen estos métodos, primero haré una descripción sobre cada uno. El propósito de este texto no es resolver los debates doctrinales sobre la mejor manera de estructurarlos, sino comparar su funcionamiento esencial. Por lo tanto, bastará una explicación general para justificar mi argumento.

### **1.1. La interpretación conforme**

Uno de los riesgos de la revisión judicial es que las normas pueden contradecirse entre sí, o bien, admitir interpretaciones contradictorias dada su redacción. Esto complica la tarea de la revisión judicial, pues el significado que un juez le atribuya a una norma podría contravenir al significado de otra norma, lo cual representa un problema evidente en el ordenamiento jurídico. La interpretación conforme busca evitar esto. Este método previene una coalición entre normas al armonizar el significado de ambas. La operación de este método consiste en que, dentro de los significados que le pueden ser atribuidos a las normas, el juzgador opte por aquél que mejor se adapte al texto constitucional en cada una. En otras palabras, si el juez puede interpretar una norma en un sentido que no contravenga el significado de otra o el contenido de la

constitución, entonces deberá optar por darle esta interpretación a diferencia de cualquier otra que pueda resultar en una antinomia.

El uso adecuado de la interpretación conforme permite reconocer la supremacía de la constitución en su carácter normativo, promover la presunción de constitucionalidad de las leyes y evitar vacíos normativos con la anulación apresurada de alguna norma.<sup>12</sup> Para que su uso sea adecuado, la adaptación de las normas al texto constitucional debe ser realizada en virtud de los principios fundamentales que sostienen el ordenamiento jurídico particular.<sup>13</sup> Así, cuando un juez consigue armonizar el significado del texto de dos o más normas, sin generar contradicciones entre ellas, la interpretación conforme cumplió con su propósito.

Algunos doctrinarios consideran que la interpretación conforme puede tener un uso *extensivo*. Esto consiste en emplear la manipulación normativa para adecuar los alcances derivados de una norma a la constitución y a los hechos. Es decir, en lugar de sólo optar por la interpretación que armonice los significados de dos normas distintas para evitar contradicciones entre sí, los

---

<sup>12</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional* (Navarra: Aranzadi, 2006).

<sup>13</sup> Riccardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), 294-297.

jueces podrían optar por otorgarle una consecuencia jurídica particular -que ya está regulada en una norma- a un supuesto de hecho no regulado. Como lo ilustra Guastini:

“Se parte del presupuesto que el derecho es lagunoso: es decir, que el supuesto de hecho sobre el que se discute -digamos F1- carece de regulación y que sin embargo exige una regulación, es decir, *debe ser regulado*. Se asume, a continuación, que el supuesto de hecho no regulado es *sustancialmente* análogo, se asemeja bajo un aspecto *esencial*, a un supuesto de hecho distinto -digamos F2-, este último sí regulado por una norma que conecta al mismo una determinada consecuencia jurídica. Se concluye con la formulación de una norma implícita que conecta al supuesto de hecho F1 la misma consecuencia jurídica del supuesto de hecho F2.”<sup>14</sup>

Para Guastini, la “formulación de una norma implícita” puede ser, entonces, una consecuencia de la identificación de la *ratio* de la norma, o el principio sobre el que esta se funda.<sup>15</sup> Lo que esto quiere decir es que la identificación de las posibles interpretaciones de una norma (su *ratio*) puede utilizarse para aplicar su propia consecuencia jurídica a algún supuesto de hecho

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Ibidem.

que comparta elementos *sustanciales* con el supuesto jurídico determinado sin por ello contravenir al texto constitucional. Esto sería posible, aunque no esté contemplado en el texto de la norma, siempre y cuando la interpretación de la norma inicial no contravenga disposiciones constitucionales ni contradiga otro tipo de normas.

El uso extensivo de este método puede ser considerado benéfico o perjudicial para el mantenimiento del orden constitucional. Es decir, podría ser visto como una invasión de competencias legislativas por parte del poder judicial; por ejemplo, Casillas Sandoval considera que este uso de la interpretación conforme implica el ejercicio de una función legislativa en un sentido negativo, lo cual representa un margen de actuación más amplio para los juzgadores.<sup>16</sup> O bien, puede ser visto una facultad exclusivamente judicial para conocer la *ratio* de las normas que constituyen un sistema jurídico y determinar correctamente sus límites. Sin embargo, en este texto tengo el propósito de ilustrar su funcionamiento, por lo que no discutiré su idoneidad particular. Lo importante de ambos usos de la interpretación conforme es que ambos comparten el mismo efecto: la prevención de antinomias y vacíos legislativos.

---

<sup>16</sup> Miguel Oscar Casillas Sandoval, “Entre la euforia y el miedo: los límites de la interpretación conforme en la justicia constitucional” (tesis de licenciatura, CIDE, 2017), 20-37.

Este hecho ya permite realizar una primera distinción entre los métodos de adjudicación existentes. Por un lado, la interpretación conforme tiene lo que llamo una naturaleza preventiva, pues su propósito es el de evitar la existencia de antinomias en la medida de lo posible. Por otro lado, como explicaré más adelante, los niveles de escrutinio y el test de proporcionalidad son métodos que sólo pueden operar frente a una antinomia. Esto implica que la lectura armonizadora de la interpretación conforme no tuvo éxito o fue imposible considerarla y entonces es necesario emplear otros tipos de análisis que permitan verificar la constitucionalidad de la norma en cuestión.

## **1.2. Los niveles de escrutinio judicial**

La doctrina estadounidense ha establecido un conjunto de tres métodos de adjudicación constitucional, comúnmente llamados niveles de escrutinio. En cada uno de estos niveles existe un grado progresivo de rigor que permite determinar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una norma cuando ésta entra en conflicto con un derecho fundamental. La aplicación de cada nivel depende del criterio que decida seguir la corte estadounidense con base en su sistema de precedentes.

Para decidir el nivel de escrutinio que será utilizado, los juzgadores se basan principalmente en dos cosas: i) el tipo de

derecho afectado; o bien, ii) la distinción establecida por algún tipo de categoría.<sup>17</sup> Así, si un derecho se estima o no como fundamental, el nivel de escrutinio será más rígido, o menos rígido, respectivamente.

El nivel mínimo de revisión es el escrutinio ordinario. En este nivel, basta con que la norma en cuestión persiga un propósito legítimo del gobierno para que sea declarada constitucional. El escrutinio ordinario se aplica en presencia de normas que distinguen entre categorías que no son consideradas como sospechosas, como gravámenes, o regulaciones al comercio, y en presencia de situaciones relacionadas con el debido proceso en donde no intervienen derechos fundamentales.<sup>18</sup> Mientras exista un propósito que los tribunales puedan considerar como legítimo y dicho propósito esté racionalmente conectado con la aplicación de la norma, entonces se declarará constitucional. En el escrutinio ordinario, quien alegue la inconstitucionalidad de la norma tiene la carga de la

---

<sup>17</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies* (New York: Wolters Kluwer, 2015).

<sup>18</sup> John P. Cronan, *Subjecting the Fourth Amendment to Intermediate Scrutiny: The Reasonableness of Media Ride-Alongs* (Connecticut: Yale Law & Policy Review, 1999).

prueba, por lo que en este nivel la corte estadounidense suele ser más deferente con el gobierno.<sup>19</sup>

El nivel medio de revisión es el escrutinio intermedio. La relación substancial entre el contenido de la norma y el propósito perseguido por ella es el criterio que debe determinarse para que la norma sea constitucional. Además, el objetivo a conseguir por parte del gobierno debe ser más que una meta meramente legítima: debe ser *importante* para la corte, por lo que el emisor de la norma tiene la carga de la prueba.<sup>20</sup> La corte norteamericana ha aplicado este nivel de escrutinio a regulaciones que impongan restricciones temporales o básicas a la libertad de expresión.<sup>21</sup> También suele utilizarse frente a normas que puedan plantear una potencial discriminación de género, contra indocumentados, huérfanos, o bien, para cierto tipo de derechos.<sup>22</sup>

El nivel máximo de revisión judicial es el escrutinio estricto. Contrario a lo que se pudiera pensar sobre este nivel de

---

<sup>19</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies* (New York: Wolters Kluwer, 2015).

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Richard H. Fallon Jr, *The Nature of Constitutional Rights* (Massachusetts: Cambridge University Press, 2019).

<sup>22</sup> Por ejemplo, algunos tribunales en Estados Unidos han usado el nivel de escrutinio intermedio para analizar violaciones a la Segunda Enmienda de la Constitución estadounidense, que reconoce el derecho individual de portar armas mencionado en el caso *United States v. Booker* (citado en Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies* (New York: Wolters Kluwer, 2015), 1324).

escrutinio (pues pareciera que el escrutinio intermedio es el más ambiguo de los niveles), ha habido controversia en su aplicación. Su uso y razonamiento puede ser visto en tres sentidos diferentes:<sup>23</sup> La primera forma en la que ha sido utilizado este nivel es la llamada “prohibición material” de las distinciones normativas. Bajo esta visión, los derechos que tienen una mayor preferencia constitucional sólo pueden ser infringidos para prevenir catástrofes inminentes. Esto ha llevado al escrutinio estricto a ser considerado “estricto en teoría, pero fatal en realidad.”<sup>24</sup> Sin embargo, la segunda forma en la que el escrutinio estricto ha sido utilizado, demuestra lo contrario. Esta segunda visión es la del “balance”. La visión del balance consiste en comparar los intereses del gobierno con el derecho fundamental protegido, pero dando al derecho un mayor peso inicial. Esto sucede desde el razonamiento mismo del juzgador, por lo que le corresponde a dicha autoridad justificar la manera en la que se prioriza la importancia del derecho. Este balance implica, por lo tanto, la realización de una comparación desigual que debe ser demostrada. La tercera visión es todavía más laxa, e incluso ha sido criticada bajo el argumento de que es muy parecida al

---

<sup>23</sup> Richard H. Fallon Jr, *The Nature of Constitutional Rights* (Massachusetts: Cambridge University Press, 2019).

<sup>24</sup> Frase comúnmente conocida. De acuerdo con Adam Winkler, fue dicha por el jurista Gerald Gunther, en 1971: Adam Winkler, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts,” *Vanderbilt Law Review*, no. 59 (2006): 793, <https://ssrn.com/abstract=897360>.

escrutinio intermedio. Esta visión ha consistido en que, si los jueces no encuentran motivaciones prohibidas dentro de la norma -como la hostilidad o el favoritismo-, entonces las normas cuestionadas permanecen en el ordenamiento jurídico.<sup>25</sup>

En el último nivel de escrutinio, independientemente del estilo con el que se decida utilizar, el gobierno también tiene la carga de la prueba. No sólo debe probar que la norma en cuestión refleja una medida necesaria, también debe probar que esta medida es la menos restrictiva, para así poder afirmar que se cumple con un propósito gubernamental imperioso que pueda ser considerado constitucional. Por ello, a pesar de sus diferentes aplicaciones, la mayoría de declaratorias de inconstitucionalidad de la corte estadounidense suceden en el nivel de escrutinio estricto.<sup>26</sup> Tampoco sorprende que suela utilizarse cuando la corte evalúa cuestiones de discriminación basadas en la raza u origen nacional, discriminación contra minorías o interferencia de derechos fundamentales como el derecho al voto, la privacidad o la libertad de expresión.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Richard H. Fallon Jr, *The Nature of Constitutional Rights* (Massachusetts: Cambridge University Press, 2019).

<sup>26</sup> Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law, Principles and Policies* (New York: Wolters Kluwer, 2015).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

Sin duda, los retos que enfrenta este método de interpretación constitucional son varios. Sin embargo, las reglas de operación en cada nivel son claras y obligatorias. Además, gracias al sistema de precedentes que rige a los tribunales norteamericanos, es posible observar las prioridades de su Corte y la manera en la que ordenan los diferentes derechos de los individuos. Si una persona tiene un problema fiscal puede asumir que le será aplicado un escrutinio ordinario, si el problema implica discriminación por motivos de raza, lo más seguro es que sea aplicado un escrutinio estricto, etcétera. Esto no quiere decir que los tribunales norteamericanos sean completamente imparciales al momento de interpretar sus normas, pero sí quiere decir que su actividad es más transparente.

### **1.3. El test de proporcionalidad**

El test de proporcionalidad es el tercer método de adjudicación constitucional del que hablaré. Este método obliga a los juzgadores a analizar, durante una serie de etapas escalonadas, una norma que entra en conflicto con un derecho constitucional. Su propósito es, para el caso en el que la norma no pase el test, declarar qué es aquello que la vuelve inconstitucional. O bien, para el caso en el que la norma pase el test, demostrar su congruencia con la constitución. Aunque existe una amplia discusión sobre los tipos y las etapas de este método,

por los propósitos de este apartado, explicaré en cuatro etapas el test de proporcionalidad que plantea Aharon Barak en su libro *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*<sup>28</sup>. El desarrollo de la explicación que le doy a cada etapa es de su autoría, no me basé en otros textos para explicar este apartado.

Antes de explicar las etapas del test de proporcionalidad, es necesario apuntar una cuestión fundamental. Para poder operarlo, es necesario que la medida legislativa incida en algún derecho fundamental. Si esto no sucede, el test de proporcionalidad no puede utilizarse, pues su propósito es determinar si dicha medida incidental es válida o no lo es. Una vez que ya se ha identificado esta cuestión previa, entonces es posible utilizar el test de proporcionalidad.

La primera etapa del test es la del objetivo legítimo (OL). Para que pueda permitirse la limitación de un derecho constitucional por parte de una norma, es necesario que ésta persiga, en primer lugar, un objetivo legítimo. De lo contrario, deberá ser declarada inconstitucional. Esta etapa únicamente examina si existe o no una justificación para que la norma pueda limitar al derecho. Un indicador de que la norma tiene un OL es que persiga algún valor democrático, como la soberanía del

---

<sup>28</sup>Aharon Barak, *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2012).

individuo, la separación de poderes o el imperio de la ley. Es importante hacer énfasis en que en la etapa del OL sólo se busca analizar si vale la pena limitar el derecho, no se busca realizar ningún tipo de ponderación o análisis. Si la norma persigue un OL, entonces hay que proceder a la siguiente etapa.

La segunda etapa es la conexión racional (CR), también llamada adecuación o idoneidad.<sup>29</sup> La lógica de esta medida es que, si la norma limitante sigue un OL, entonces esta debe utilizar medios que estén racionalmente conectados con el propósito que busca satisfacer. Si la realización del medio no contribuye a la obtención del propósito, o -peor aún- lo contraviene, entonces el uso del medio es desproporcional. Esto es así, pues, si la norma estableciera medios distintos a los requeridos, el objetivo legítimo no se obtendría. Por lo tanto, si la norma carece de una conexión racional con sus medios, entonces debe ser declarada inconstitucional. Lo que importa en esta etapa es que los medios establecidos puedan cumplir el fin de la norma, no que sean los más adecuados o los únicos capaces de realizarlo. La carga de la prueba en esta etapa recae en quien afirme que hay una CR entre el fin y los medios.

---

<sup>29</sup> Para fines del presente texto, estos tres conceptos se considerarán como sinónimos.

La tercera etapa es la de necesidad (N). Esta etapa está basada en la presunción de que el uso de la norma limitante es necesario cuando determina la mejor manera de cumplir con el propósito adecuado. La norma analizada no debería limitar el derecho más de lo necesario para conseguir el propósito. Si puede existir otra norma que limite menos o no limite el derecho entonces el legislador debió preferirla. En esta etapa existen dos elementos: i) la existencia de hipotéticos medios alternativos que puedan conseguir el propósito adecuado de la norma limitante, lo cual puede incluirse en el requerimiento de que la medida alternativa sea igualmente idónea<sup>30</sup> y ii) que dichos medios limiten el derecho constitucional menos que los medios utilizados por la norma limitante inicial. Si estos dos

---

<sup>30</sup> Barak no menciona explícitamente que esta segunda medida en la etapa de necesidad también debe ser igualmente efectiva o idónea para conseguir el objetivo que ya fue determinado como legítimo. Sin embargo, creo que no deberíamos descartar dicha visión, pues la Primera Sala de la Suprema Corte lo ha reconocido así al determinar que los medios alternativos deben ser “igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen. (...) Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno”: Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo II. 4 de noviembre de 2019, Tesis 1a. CCLXX/2016 (Mex.). Por lo tanto, incluiré este elemento dentro de mi explicación de la etapa de necesidad en el test.

requerimientos existen, entonces la norma no es necesaria y por ende es inconstitucional. Si no hay una norma alternativa que sea menos lesiva para los derechos fundamentales, o hay otra norma, pero es más lesiva, entonces es posible afirmar que la norma limitante sí es necesaria y hay que proceder a la siguiente etapa.

La cuarta etapa del test es la proporcionalidad en sentido estricto (PSE) o ponderación. Esta etapa analiza la relación entre los beneficios que pueden ser obtenidos por el cumplimiento del objetivo legítimo y el daño causado al derecho constitucional para obtener el propósito de la norma. La llamada fórmula del peso (o del balance) utilizada en esta etapa está determinada por el análisis de la relación entre el beneficio y el daño. Para Barak, esta etapa no determina si una norma tiene o no más valor que el derecho, más bien, busca que la validez legal de los principios en conflicto se mantenga intacta. Su funcionamiento es el siguiente. Por un lado, se considera al objetivo legítimo, a la probabilidad de que éste se consiga y al beneficio obtenido al conseguir ese propósito de acuerdo con su urgencia. Por otro lado, se considera el daño que será causado al derecho constitucional y la probabilidad de que ese daño ocurra realmente. Si para el juzgador los beneficios superan a los perjuicios, entonces la norma es constitucional, de lo contrario, es inconstitucional.

Para clarificar la medida de la ponderación, es posible tomar en cuenta un par de cuestiones. Por ejemplo, un derecho

que constituye una precondition para la existencia de otro derecho puede ser considerado más importante que aquél, la limitación de derechos accesorios a otro derecho “pesa” menos que la limitación de ese mismo derecho, una limitación temporal pesa menos que una permanente, entre otras.

El test de proporcionalidad también tiene subtemas relevantes para discutir. La etapa en la que la urgencia de la norma deba ser discutida, o los principios que permitan consolidar la PSE son sólo dos ejemplos. Sin embargo, este método tiene la ventaja de la precisión. A diferencia de los demás métodos, en el test de proporcionalidad la declaración de una norma como inconstitucional da una pauta a los legisladores sobre las cuestiones que deberían resolverse en una medida legislativa posterior para poder adecuarse al texto constitucional. No es lo mismo que una norma sea innecesaria a que sea desproporcionada, a pesar de que ambas hayan sido declaradas inconstitucionales por los juzgadores. Esto permite al aparato legislativo tener una noción más precisa respecto de la estrategia legislativa que los tribunales admiten.

A pesar de que cada método tiene sus ventajas y desventajas, lo importante para este texto es que cada método es diferente. La interpretación conforme, independientemente de su uso, tiene el propósito de prevenir una antinomia. Para el caso en el que la antinomia sea inevitable, entonces es posible hablar de

los siguientes dos métodos. Los niveles de escrutinio tienen sus propias reglas de operación para tratar dichos conflictos normativos. Este método permite ubicar el conflicto dentro de tres tratamientos diferentes, los cuales, a pesar de sus aplicaciones diferentes, pueden dar una pauta respecto del resultado esperado. Por su parte, el test de proporcionalidad introduce dentro de un mismo método cada conflicto normativo. Para el caso en el que la norma pase el test, la resolución establece directamente un precedente conciso respecto de lo que la autoridad judicial considera como norma constitucional. Para el caso en el que la norma no pase el test, también se da una señal directa al órgano legislativo respecto de los elementos a solucionar en la expedición de normas futuras que sí permitan garantizar sus propósitos legítimos.

## **Capítulo 2. La aplicación de los métodos**

De acuerdo con la sentencia de la Segunda Sala, los métodos explicados anteriormente son intercambiables para cualquier caso que requiera de la utilización de alguno. Sin embargo, yo argumento que un caso en particular que requiera la utilización de un método de adjudicación no implica que cualquiera de ellos pueda utilizarse indistintamente para resolverlo. En este apartado explico que esto es así porque la operación práctica de los métodos es imposible de armonizar.

Como argumenté anteriormente, el criterio de la Segunda Sala ignora que: i) alguna de estas metodologías opera en momentos distintos del proceso de adjudicación y ii) aunque algunos métodos operan en el mismo momento, pueden llevar a resultados diferentes e incluso contradictorios. Para ilustrar lo anterior, analizaré dos de los planteamientos que debía resolver la Sala. Para observar la naturaleza preventiva de la interpretación conforme, analizaré la constitucionalidad del Artículo 47 Bis Fracción I en relación con el 47 Bis 1 de la Ley de Aviación Civil con base en este mismo método. Esto implicará que el éxito de la interpretación conforme previene la necesidad de usar los otros dos métodos. Después, analizaré la constitucionalidad del Artículo 2, Fracción IV Bis de dicha Ley

para demostrar que ambos métodos pueden derivar en resultados distintos.

## **2.1. Derecho de los pasajeros con discapacidad que requieran transportar instrumentos inherentes a su condición: La aplicación de la interpretación conforme**

La fracción primera del artículo 47 Bis y el artículo 47 Bis 1 señalan literalmente lo siguiente:<sup>31</sup>

“Artículo 47 Bis: El concesionario o permisionario está obligado a proporcionar un servicio de calidad y eficiente a todos sus pasajeros. Para garantizar lo anterior, deberá respetar y cumplir con cuando menos los siguientes derechos del pasajero:

I. Los pasajeros con alguna discapacidad tienen derecho a ser transportados por los concesionarios o permisionarios. Los concesionarios o permisionarios deberán establecer mecanismos para garantizar el transporte de personas con discapacidad, conforme a las medidas de seguridad operacional. *Los pasajeros con discapacidad que requieran transportar instrumentos inherentes a su condición, podrán hacerlo de acuerdo a lo establecido por el artículo 47*

---

<sup>31</sup> Ley de Aviación Civil [LAV], Diario Oficial de la Federación [DOF] 12-5-1995 (Mex.)

*Bis 1 de la presente Ley.* No se podrán establecer condiciones o aplicar cargos adicionales para permitir el abordaje de personas con discapacidad.”

“Artículo 47 Bis 1: Los pasajeros con alguna discapacidad tendrán derecho a transportar sillas de ruedas, andadores, prótesis, muletas, bastones o *cualquier otro instrumento, siempre y cuando la persona que viaja haga uso de ésta de manera personal y se encuentre directamente asociado con la discapacidad que presenta.* En vuelos internacionales, dichos límites serán los fijados de conformidad con los Tratados.

*Los permisionarios o concesionarios deberán informar las medidas de seguridad operacional de forma clara y precisa como parte de los términos y condiciones del contrato.”*

Respecto de estos artículos, la quejosa argumentaba que el legislador, al establecer las obligaciones mencionadas “no tomó en cuenta que los instrumentos requeridos por las personas con discapacidad pueden ser incompatibles con las especificaciones técnicas y de seguridad de las aeronaves.”<sup>32</sup> En este sentido, es cierto que la norma no considera las especificaciones técnicas de las aeronaves. Sin embargo, sí

---

<sup>32</sup> Tesis 2ª./J. 10/2019.

señala explícitamente que la obligación de las aerolíneas de “establecer mecanismos para garantizar el transporte de personas con discapacidad [debe realizarse] conforme a las medidas de seguridad operacional”. Lo que la Sala efectivamente resolvió fue que, al considerar la sola lectura de las normas y la intención de los legisladores de proteger a las personas discapacitadas, los artículos no eran inconstitucionales, pues: “i) la norma prevé que el deber de los concesionarios de garantizar el transporte de personas con discapacidad debe ser conforme a las medidas de seguridad operacional, mismas que deben ser notificadas oportunamente a los pasajeros como parte de los términos y condiciones del contrato y ii) los legisladores hicieron especial énfasis en la necesidad de proteger los derechos de los pasajeros con discapacidad.”<sup>33</sup>

La Segunda Sala no realizó ninguna distinción entre lo que puede entenderse por especificaciones técnicas de las aeronaves y medidas de seguridad operacional. Si consideramos que ambas cosas son distintas, pues la seguridad operacional se refiere al servicio del transporte aéreo y es posible especular informadamente que las especificaciones técnicas de las aeronaves no se refieren al servicio, sino a la aeronave (por referirse, tal vez, a los lineamientos mecánicos de ellas

---

<sup>33</sup> Amparo 388/2018, 22-27.

mismas),<sup>34</sup> de la interpretación sistemática -o conforme- de las disposiciones relevantes es posible derivar al menos dos lecturas:

i) Los pasajeros con alguna discapacidad tendrán derecho a transportar sillas de ruedas, andadores, prótesis, muletas, bastones o cualquier otro instrumento, siempre y cuando i) hagan uso de los instrumentos de manera personal y estos se encuentren directamente asociados con la discapacidad que presentan y ii) el transporte de los instrumentos sea conforme con las medidas de seguridad operacional (independientemente de la relación que éstas tengan con las especificaciones técnicas de las aeronaves).

ii) Los pasajeros con alguna discapacidad tendrán derecho a transportar sillas de ruedas, andadores, prótesis, muletas, bastones o cualquier otro instrumento, siempre y cuando i) hagan uso de los instrumentos de manera personal y estos se encuentren directamente asociados con la discapacidad que presentan, ii) el transporte de estos instrumentos sea conforme con las

---

<sup>34</sup> La Ley de Aviación Civil no define a las especificaciones técnicas de las aeronaves (tampoco su reglamento), pero sí define a la seguridad operacional como “el estado en que el riesgo en la prestación del servicio de transporte aéreo, de lesiones a las personas o daños a los bienes, se reduce y se mantiene en un nivel óptimo, o por debajo del mismo, por medio de un proceso continuo de identificación de peligros y gestión de riesgos”: Ley de Aviación Civil [LAV], Diario Oficial de la Federación [DOF] 12-5-1995 (Mex.).

medidas de seguridad operacional y iii) las medidas de seguridad operacional no deben contravenir a las especificaciones técnicas de las aeronaves.

En este orden de ideas, es claro que –al realizar una interpretación conforme– la segunda lectura de las disposiciones es preferible. Esto es así, pues permite garantizar la transportación de los individuos con discapacidades y los instrumentos que necesitan. Además, deja a salvo el desarrollo económico de las aerolíneas, pues no las obliga a transportar instrumentos que podrían contravenir a las especificaciones técnicas de sus aeronaves. Esto sólo incentivaría que las medidas de seguridad operacional de las aerolíneas procuren no contravenir a las especificaciones técnicas de las aeronaves.

De esta manera es posible conciliar dos visiones del significado de la norma que en principio parecían contradictorias. Sin embargo, la complejidad de las disposiciones y la importancia de los derechos puede generar situaciones en las que su conflicto sea inevitable. Para estos casos están diseñados otros métodos.

## **2.2. Cálculo de compensaciones, indemnizaciones u otras referencias considerando el monto total del boleto**

El artículo 2, fracción IV Bis de la Ley de Aviación Civil plantea que, “Para el cálculo de compensaciones, indemnizaciones u otras referencias que se hagan al boleto en la presente Ley, se considerará el monto total incluyendo tarifas, *impuestos*, comisiones, y cualquier otro cargo cubierto por el pasajero.”<sup>35</sup> Al respecto, el argumento de la aerolínea era que incluir el monto por impuestos en el pago de indemnizaciones lesionaba sus derechos en un grado mayor que la protección otorgada al pasajero.<sup>36</sup> Sin embargo, la constitucionalidad de este artículo puede depender del procedimiento de interpretación con el que se analice. De ahí que, utilizaré los niveles de escrutinio y el test de proporcionalidad para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, con el fin de ilustrar la diferencia que ambos tienen en su propia aplicación. Respecto de esto, la Sala resolvió que el artículo era constitucional, pues el concepto de los impuestos está incluido en el precio efectivamente pagado por el consumidor final a cambio de la prestación de un servicio en los términos y condiciones de su contratación y, por lo tanto, al incumplir con el contrato, las

---

<sup>35</sup> Ley de Aviación Civil [LAV], Diario Oficial de la Federación [DOF] 12-5-1995 (Mex.)

<sup>36</sup> Amparo 388/2018, 53, 18.

aerolíneas deben incluir ese monto en la indemnización que otorguen como consecuencia de los daños generados.<sup>37</sup>

### **2.2.1.- Aplicación de los niveles de escrutinio**

El artículo en cuestión plantea la determinación monetaria de una indemnización como consecuencia del incumplimiento del contrato por parte de la aerolínea. De esta manera, la constitucionalidad de la norma depende de la forma en que el monto determinado en la reparación del daño viole o no los derechos de la aerolínea. La Segunda Sala no analiza si el desarrollo económico efectivamente puede constituir un derecho de las aerolíneas, o de qué manera opera ese derecho. Asumiendo que sea posible considerarlo como tal, dicho derecho sería meramente económico.

Ahora bien, resulta indispensable determinar la manera en la que la medida incide en ese derecho. En este sentido, es posible afirmar que la norma incide en el derecho al aumentar sus costos de indemnización, pues el monto de los impuestos no es efectivamente recibido por las aerolíneas y aun así la norma establece que sea incluido en la indemnización, por lo que debería considerarse, mediante el uso de los niveles de escrutinio, si dicha incidencia puede ser considerada constitucional. Al ser un caso que no plantea derechos fundamentales ni cuestiones de

---

<sup>37</sup> Ibidem, 17-21.

discriminación -pues el análisis no es sobre si existe o no la obligación de indemnizar, sino cómo se debe determinar el monto de la indemnización- lo pertinente es aplicar el escrutinio ordinario.

El escrutinio ordinario plantea dos etapas que deberían ser aprobadas por la norma para ser considerada constitucional. La primera es la del objetivo legítimo. Como la norma tiene la finalidad de dar la mejor protección posible a los consumidores al aclarar los elementos que determinarán las indemnizaciones correspondientes en caso de que la aerolínea incumpla,<sup>38</sup> entonces es posible afirmar que sí cumple con el objetivo legítimo.

La segunda etapa es la conexión racional. La norma determina una consecuencia frente a los daños y perjuicios que la aerolínea podría realizar a cualquier cliente como consecuencia de su atraso o incumplimiento, lo cual también representa un incentivo para que las aerolíneas no causen ese tipo de prácticas. Además, de acuerdo con lo mencionado por la Segunda Sala, eso es lo que establecía el propósito del legislador al plantear la reforma.<sup>39</sup> Por lo tanto, es posible afirmar que sí existe una relación directa entre el monto de la indemnización y

---

<sup>38</sup> Ibidem, 64-70.

<sup>39</sup> Citado en el amparo 388/2018, 16-20.

la protección a los consumidores. Por lo tanto, con base en el escrutinio ordinario, es posible afirmar que la norma es constitucional.

### **2.2.2.- Aplicación del test de proporcionalidad**

Con el test de proporcionalidad es indispensable analizar cada una de las etapas, en la medida en la que la norma limitante permita su avance dentro del método. De lo contrario, la norma debería ser declarada inconstitucional. En este sentido, como la norma plantea la indemnización con el fin proteger a la clientela de las malas prácticas<sup>40</sup> que pudieran realizar las aerolíneas, entonces es posible afirmar que efectivamente cumple con un objetivo legítimo. En otras palabras, la protección de los individuos en el régimen contractual puede legitimar una limitación a los derechos económicos de las aerolíneas generada por la norma, pues los clientes son vulnerables frente a dichas organizaciones.

Ahora bien, para superar la etapa de conexión racional, la norma limitante tendría que plantear un medio que contribuya a su objetivo legítimo. Como es claro que las afectaciones generadas por los incumplimientos contractuales deberían ser

---

<sup>40</sup> Las malas prácticas de las aerolíneas y la vulnerabilidad de los clientes son mostradas en una investigación de la Comisión Federal de Competencia Económica que fue citada por la Segunda Sala en la misma sentencia: amparo 388/2018, 47.

subsanaadas completamente por la persona que los generó, el pago de daños y perjuicios permite establecer una conexión racional entre el incumplimiento de las aerolíneas y la protección de los clientes. Entonces, habría que proceder a la siguiente etapa del test.

Como fue explicado anteriormente, la norma no debería limitar el derecho más de lo necesario para conseguir su propósito. Por lo tanto, si existe una medida alternativa igualmente efectiva y menos restrictiva para el desarrollo económico de las aerolíneas, entonces esta debería ser escogida. En otras palabras, es posible afirmar que una disposición que considere el pago de la indemnización justa del cliente a raíz de lo efectivamente cobrado por la aerolínea (esto es, sin impuestos) debería ser preferible a la actual. En otras palabras, considerar el monto efectivamente cobrado por la aerolínea para el cálculo del daño y a esto sumarle la evaluación del perjuicio para cada caso concreto (pues el daño en sí mismo es un monto fijo pero el perjuicio es variable), puede ser considerado como una medida menos restrictiva para los derechos de las aerolíneas. Sin embargo, es complicado saber si esto es igualmente efectivo que incluir los impuestos pagados en la indemnización.

Este momento del análisis puede llegar a ser muy interesante, pues es ambiguo determinar si la consideración de los daños y perjuicios en cada caso es más o menos efectiva cuando incluye o no el cálculo de los impuestos para cumplir con la indemnización. Además, los juzgadores tendrían que evaluar, para este punto, cualquier medida alternativa posible que sea igualmente idónea y sea menos restrictiva con los derechos de las aerolíneas.<sup>41</sup> Por lo tanto, podrían ser consideradas medidas alternativas como i) la posibilidad de otorgar una indemnización en dinero que considere daños y perjuicios sin contemplar los impuestos monetariamente, pero incluyendo incluir algún tipo de compensación<sup>42</sup> con el valor del monto de los impuestos; ii) permitir a los clientes elegir entre una compensación general para servicios futuros equivalente a los daños sin contemplar el monto de los impuestos o indemnización monetaria; iii) no considerar los impuestos en el cálculo del daño pero establecer como un criterio necesario la evaluación casuística de los perjuicios

---

<sup>41</sup> Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo II. 4 de noviembre de 2019, Tesis 1a. CCLXX/2016 (Mex.).

<sup>42</sup> *Compensación* no es entendida en el sentido jurídico-obligacional, más bien, como una mejora en el servicio de la aerolínea como consecuencia del problema generado.

generados.<sup>43</sup> La lista puede continuar, y, mientras este catálogo de medidas alternativas se amplíe y pueda justificarse como una protección a los derechos de las aerolíneas, será más fácil declarar a la norma como inconstitucional.

El test de proporcionalidad no excluye la posibilidad de generar sentencias motivadas por cuestiones políticas o irracionales. Si, por ejemplo, la etapa de necesidad es entendida de una manera demasiado laxa, como en el ejemplo que puse, la constitucionalidad de la norma podría depender de cuántas medidas alternativas pueda crear la creatividad de los juzgadores. Con los niveles de escrutinio judicial sucede algo similar, pues una vez que cierto tipo de escrutinio es elegido para resolver el caso, es fácil predecir el resultado que se obtendrá, por lo que la discusión previa a la elección de la etapa es el punto más importante. En este caso, las autoridades jurisdiccionales tuvieron que haber discutido qué tipo de derechos afectados pudieran tener las aerolíneas en un primer momento. Como el tema fue económico, la discusión pudo terminar fácilmente.

Discutir las fortalezas y debilidades de uno u otro método sin duda podría generar toda una tesis independiente. Sin embargo, ese no es el propósito de mi texto. El propósito de mi

---

<sup>43</sup> Esto es así, pues una sola falla en el servicio puede afectar a cada individuo de maneras completamente distintas, con mayor o menor gravedad, lo que debería traducirse en un mayor o menor monto de indemnización.

texto únicamente es observar que la operación de los métodos hace que sea imposible verlos como intercambiables, pues su funcionamiento puede generar resultados distintos, lo cual comprobé con los ejemplos anteriores. En la medida en que los métodos permitan más arbitrariedades, mi argumento se fortalecería, pues aumentaría la probabilidad de generar decisiones diferentes e incluso contradictorias entre los métodos.

### **Capítulo 3. Discusión del criterio de la Segunda Sala**

Asumir que los métodos pueden utilizarse de manera indistinta para cualquier caso es deficiente en un análisis formal, pero también en un sentido práctico. En este capítulo desarrollaré las deficiencias que encuentro en este tipo de efectos y discutiré cómo podría ser posible mitigarlas.

En concreto, identifico un problema general –la debilitación del aparato jurisdiccional– que he dividido en tres temas fundamentales. El primero es el dominio de los métodos por parte de los jueces. El segundo tema, es el uso estratégico de esos métodos. El tercero es la justificación del uso de los métodos. Estas cuestiones se complican gracias a nuestro sistema laxo de precedentes judiciales. Esto reduce la certeza jurídica.

Para admitir la posibilidad de usar cualquier método de interpretación se requieren, por lo menos, dos cosas: i) conocer cómo funciona cada método y ii) justificar la utilización del método escogido. Un dominio de los métodos permitiría cumplir ambas cuestiones. Sin embargo, la deferencia del sistema de precedentes mexicano complica esta tarea.

En la jurisprudencia existen diferentes tipos de explicaciones de cada método. En algunos casos, esas explicaciones no tienen nada que ver entre sí. Por ejemplo, como

se ha observado, desde sus inicios, el uso del test de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte ha sido deficiente.<sup>44</sup> De acuerdo con esta crítica, en los tres casos las etapas mencionadas del test son diferentes y su explicación suele ser incorrecta y ambigua. Por ejemplo, en el primer caso, la corte junta en una sola etapa el fin legítimo y la idoneidad, la cual razona circularmente (la medida es idónea porque es idónea); las demás etapas no son desarrolladas de ninguna mejor manera. En el segundo caso, nuestros jueces confunden al test de proporcionalidad con la proporcionalidad de las penas en materia penal. En el tercer caso, agregan un juicio de igualdad previo injustificadamente y tampoco explican las etapas. De hecho, parece ser que sólo en la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.) la Suprema Corte ha explicado correctamente todas las etapas del test de proporcionalidad.<sup>45</sup>

Este tipo de deficiencias no sólo existe en los precedentes del test de proporcionalidad. De hecho, el test de proporcionalidad también ha sido utilizado erróneamente por la Suprema Corte al confundir su uso con el de los niveles de

---

<sup>44</sup> Javier Martín Reyes, “Jurisprudencia que crece torcida. La aparición del Test de proporcionalidad en las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,” en *Justicia y Derechos Humanos* (México: Triant Lo Blanch, 2020), 157-171.

<sup>45</sup> Sánchez Gil, Rubén. *Proporcionalidad y Juicio Constitucional en México*, 14 y 15.

escrutinio y la interpretación conforme.<sup>46</sup> Esto permite sugerir que la Corte utiliza estos métodos “más como una herramienta discursiva para consolidar su papel de tribunal constitucional que como un método para solucionar casos concretos.”<sup>47</sup>

Esta laxitud no sólo debilita al sistema jurisprudencial y empeora el entendimiento del test, también es perjudicial al momento de querer utilizar otros métodos, como los niveles de escrutinio, pues su efectividad depende de la congruencia de los precedentes. O bien, como la interpretación conforme, pues su utilización no debería depender de una ponderación, más bien, de que exista la posibilidad de conciliar una disposición normativa con derechos fundamentales. Una capacitación de los juzgadores podría solucionar esto. Sin embargo, para conseguirlo sería necesario implementar correctamente una política pública y

---

<sup>46</sup> Rodrigo Diez Gargari, “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte,” en *Cuestiones Constitucionales* (México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2012,) 65-103. En este texto, Diez Gargari analiza distintos precedentes en donde la Corte ha utilizado el principio de proporcionalidad y evalúa su rigor, su justificación y la transparencia de sus implicaciones. La Corte confundió el uso del test con la interpretación conforme en la acción de inconstitucionalidad 27/2005, al realizar una ponderación para saber si utilizar la interpretación conforme o declarar una ley como inconstitucional. También menciona el amparo en revisión 988/2004 y el amparo en revisión 1629/2004, en donde la Corte utiliza al test junto con los niveles de escrutinio, en ambas situaciones de forma errónea. Finalmente, menciona el amparo en revisión 307/2007, la acción de inconstitucionalidad 11/2005 y el amparo en revisión 2044/2008, donde muestra que el test se utiliza de manera deficiente y sus explicaciones son distintas cada vez.

<sup>47</sup> *Ibidem*, 94.

gastar dinero en el proceso (además de que, en principio, los juzgadores deberían estar capacitados en métodos de adjudicación, independientemente de su obligatoriedad).

En este sentido, si bien es conveniente capacitar a los juzgadores, esto no resolvería los demás problemas mencionados anteriormente, pues sólo les permitiría a los juzgadores conocer los métodos y la forma en la que han sido utilizados en la jurisprudencia. Sin embargo, el uso estratégico de esos métodos continuaría siendo un riesgo hasta que la Suprema Corte no defina con claridad cuáles métodos han de emplearse para cada tipo de cuestión.

Como los jueces pueden escoger los métodos, en algunos casos esto les permitirá escoger los resultados. El resultado dependerá del método si, por ejemplo, los niveles de escrutinio le dan a una limitación de derechos fundamentales un tratamiento distinto al del test, si un juzgador decide no resolver una antinomia que pudiera prevenir con la interpretación conforme, o si decide utilizar la interpretación conforme de manera extensiva para ajustar la situación a alguna otra norma existente en algunos casos y en otros no, indistintamente. Mientras más métodos sea posible utilizar libremente, más resultados diferentes será posible obtener.

Esto empeora gracias a la deferencia que mencioné sobre los precedentes. Si un juzgador sólo utilizara el test de proporcionalidad para resolver los asuntos que requieran de su interpretación constitucional, pero cada que utiliza el test lo hace con diferentes etapas y criterios, entonces la certeza jurídica de su operación permanecería ausente. De esta manera, si siempre utiliza métodos *similares* al test de proporcionalidad, entonces el test de proporcionalidad es lo único que no estaría utilizando. Esto sucederá siempre que los métodos no sean explicados correctamente por la jurisprudencia.

Si un caso tiene tantos resultados como métodos y tantos métodos como explicaciones de esos métodos, entonces los resultados diferentes dependerán del número de métodos que existan multiplicado por el número de explicaciones diferentes sobre esos métodos. Esto quiere decir que, incluso si los juzgadores dominaran cada uno de los métodos de interpretación que estén a su alcance, al conocer los posibles resultados será más fácil para ellos crear sentencias arbitrarias. Esto no es asumir que los juzgadores aumentarán sus niveles de arbitrariedad a raíz de la sentencia de la Segunda Sala, únicamente que la sentencia de la segunda sala facilita este tipo de conductas cuando no debería de hacerlo.

La sentencia de la que hablé permite que los jueces utilicen precedentes erróneos y se propague su uso incorrecto en

la jurisprudencia. Una buena solución a esto en la sentencia habría sido establecer un criterio sobre la manera en la que debería ser utilizado cada método. O bien, al menos brindar pautas de justificación para el uso de uno u otro método. Pero nada de esto sucedió.

Permitir que los tribunales tengan tal libertad de jurisdicción (entendida como la libertad de optar entre métodos que producen resultados incompatibles) sin brindarles ningún tipo de guía es irresponsable. Esto implica que los jueces puedan justificar el uso de cada método de cualquier manera. Para justificar correctamente el uso de los métodos, los juzgadores tendrían que hacer visible que la situación concreta de su caso amerita utilizar un determinado método (establecido o no en un precedente particular) y no otro, ni otro tipo de precedente.

Tener que hacer esto sin ninguna pauta específica alentará el progreso jurisprudencial, pues estas justificaciones necesariamente aumentarán la carga de trabajo de los juzgadores y reducirán su eficiencia al momento de resolver. Si los juzgadores tienen una sobrecarga de trabajo, entonces es más complicado que resuelvan los casos de la mejor manera posible. Por lo menos, tendrán menos tiempo para ello. Sin embargo, omitir las justificaciones tampoco es viable.

La imparcialidad de los juzgadores deberá ser visible también en la conveniencia de cada método que decidan utilizar. Sin embargo, incluso si todos los jueces quisieran realizar este tipo de justificaciones correctamente, es difícil pensar que todos lo harán de la misma manera. Además, esto no impide que diferentes jueces utilicen diferentes métodos para casos similares, por lo que la incertidumbre respecto de su aplicación se mantiene. Ampliar la libertad jurisdiccional para la aplicación de estos métodos sin una dirección específica es como convertir manuales en herramientas, vuelve inexacto su propósito e inutiliza su ejercicio.

Ahora bien, dada la deferencia del sistema jurisprudencial y la ausencia de pautas para la justificación del uso de los métodos, sería difícil afirmar en qué casos el uso de un método diferiría del uso de otro método. Sin embargo, como lo demostré anteriormente, uno de los problemas de la sentencia es que permite que esto suceda e introduce un problema nuevo: ¿cuándo sería mejor utilizar uno u otro método? O bien, dicho de otra forma, ¿cómo debería justificarse el uso de los métodos?

Resolver este punto es posible, pero para desarrollarlo por completo sería necesario hacerlo en otro texto. Sin embargo, vale la pena realizar algunas consideraciones. En primer lugar, creo que sí es posible dar pautas para ordenar, por lo menos, los tres métodos de los que hablé. Para hacer esto, considero importante

establecer una sola explicación para cada método. Después, habría que distinguir los métodos por el momento en el que pueden operar. Esto es, si existen casos en los que sea posible evitar la existencia de antinomias, entonces los juzgadores deberían optar siempre por la interpretación conforme. Creo que, inicialmente, debería optarse por el uso no extensivo de la interpretación conforme para disminuir la posibilidad de generar criterios tecnicistas y evitar complicar el entendimiento de la jurisprudencia, pero esto también pertenece a otra discusión.

Ahora bien, para aquellos casos en los que no sea posible prevenir las antinomias, considero conveniente utilizar el test de proporcionalidad, pues brindaría pautas específicas para los legisladores en caso de que sea necesario declarar alguna norma como inconstitucional. Sin embargo, una vez estableciendo precedentes sólidos respecto de estas resoluciones, sería adecuado utilizar un método más orientado al orden jurisprudencial para replicarlos.

## **Conclusiones**

Este texto tuvo como propósito analizar la pertinencia del criterio jurisprudencial 2ª./J. 10/2019 (10ª). Mi argumento fue que esta sentencia presenta deficiencias importantes. Los métodos de interpretación no pueden funcionar de la misma manera, por lo que no deberían de ser utilizados indistintamente. Analicé el argumento de la Segunda Sala a raíz del problema mismo que resolvieron para demostrar dos cosas: i) algunos de estos métodos funcionan en momentos diferentes y ii) otros métodos pueden generar resultados contradictorios en casos idénticos.

Estoy convencido de que cada método debe habitar en un ambiente propicio para su desarrollo y que forzar su convivencia en el mismo medio es o imposible u hostil. Por eso, para tratar de conciliar la naturaleza de los métodos con la libertad de jurisdicción otorgada por la segunda sala a los tribunales, planteé una consideración para ordenar el uso de estos métodos. Sin embargo, vale la pena realizar un análisis más exhaustivo respecto de esto. Sería importante considerar si es mejor ordenar el uso de los métodos y brindar pautas para no obligarlos a relacionarse o pensar en la eliminación de la posibilidad de su uso. Para desarrollar mi argumento, pensé en una posible solución en caso de que la sentencia de la segunda sala

permanezca vigente. Sin embargo, aún hacen falta diferentes consideraciones importantes (como un nuevo criterio por parte de la Corte que establezca los momentos en los cuales sea posible admitir el uso de uno u otro método) para saber si es posible implementar o no los efectos de la sentencia.

Los jueces del país tienen que enfrentarse a una nueva decisión en cada caso que amerite el uso de los métodos. En este texto yo he brindado, al menos, una pauta para su distinción y uso. Sin embargo, considerando los precedentes ambiguos sobre estos métodos, creo que el riesgo del uso estratégico de los métodos es ahora más grande gracias a la sentencia mencionada.

Tal vez lo mejor sería establecer un nuevo precedente que unifique el uso de un solo método interpretativo. No hay duda de que la labor judicial se complica cuando hay diversos métodos (y explicaciones de esos métodos) de interpretación constitucional susceptibles de ser aplicados. Por lo menos evitaría tener que justificar el uso de uno y no de otro y reduciría la carga de trabajo de los tribunales. Si esto no es posible, y los tribunales pueden seguir utilizando el método que quieran, en cualquier caso, considero necesario unificar la explicación de cada uno y delimitar su utilización.

## **Bibliografía**

Barak, Aharon. *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2012.

Casillas Sandoval, Miguel Oscar. “Entre la euforia y el miedo: los límites de la interpretación conforme en la justicia constitucional”. Tesis de licenciatura. CIDE, 2017.

Chemmerinsky, Erwin. *Constitutional Law, Principles and Policies*. New York: Wolters Kluwer, 2015.

Cronan, John P. *Subjecting the Fourth Amendment to Intermediate Scrutiny: The Reasonableness of Media Ride-Alongs*. Connecticut: Yale Law & Policy Review, 1999.

Diez Gargari, R. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte.” En *Cuestiones Constitucionales*, 65-103. México: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 2012.

Fallon Jr, Richard H. *The Nature of Constitutional Rights*. Massachusetts: Cambridge University Press, 2019.

García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Navarra: Aranzadi, 2004.

Guastini, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Plaza de la Marina Española: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Ley de Aviación Civil [LAV]. Diario Oficial de la Federación [DOF], 12-5-1995 (Mex.).

Martín Reyes, Javier. “Jurisprudencia que crece torcida. La aparición del Test de proporcionalidad en las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.” En *Justicia y Derechos Humanos*. México: Triant Lo Blanch, 2020.

Sánchez Gil, Rubén. *Proporcionalidad y Juicio Constitucional en México*. Texto aún no publicado, lo obtuve directamente del autor por correo electrónico el 29 de enero de 2020.

Sentencia mediante la que se resuelve el Amparo en Revisión 388/2018. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN].

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/docum ento\\_dos/2018-10/AR%20388-2018\\_1.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/docum ento_dos/2018-10/AR%20388-2018_1.pdf).

Tercera etapa del test de proporcionalidad. Examen de la necesidad de la medida legislativa. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo II. 4 de noviembre de 2019. Tesis 1a. CCLXX/2016 (Mex.).

Test de proporcionalidad. Al igual que la Interpretación Conforme y el Escrutinio Judicial, constituye tan sólo una herramienta interpretativa y argumentativa más que el juzgador puede emplear para verificar la existencia de limitaciones, restricciones o violaciones a un derecho fundamental. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [SCJN], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tomo I. febrero de 2019. Tesis 2a./J. 10/2019. (Mex.).

Winkler, Adam. “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts.” *Vanderbilt Law Review*, no. 59 (2006): 14. <https://ssrn.com/abstract=897360>