



EL TEST DE PROPORCIONALIDAD vs. ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO CIVIL

¿herramienta de interpretación y ejercicio exclusivo de juzgadores?

Carlos Alberto Burgoa Toledo*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Camerino, Italia. Profesor de la FCA de la UNAM, Miembro del SIN de CONACyT, socio de Burgoa Toledo y Asociados, S.C., <contacto@burgoa-toledo.mx>.

UNIVERSOS JURÍDICOS. Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar. Año 6, No. 10, mayo -octubre 2018, ISSN 2007-9125

Cómo citar este artículo en formato APA

Burgoa, C. (2018). El test de proporcionalidad vs. artículo 20 del Código Civil. *Universos Jurídicos*. 25-54

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 05 noviembre de 2018

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



SUMARIO: I. Introducción II. La ponderación y el test de proporcionalidad a. Ejercicio de argumentación y no de interpretación b. Ejercicio de los tres poderes de la unión y no exclusivo del judicial III. ¿Test de proporcionalidad o artículo 20 del Código Civil Federal? IV. Comentarios finales V. Fuentes de consulta

RESUMEN

El test de proporcionalidad es una forma de resolver la colisión de principios y de la cual se ha hecho uso común en nuestro país; sin embargo, los detalles que conllevan a su realización, así como su esencia misma ha sido poco conocida pese a la recurrencia de su práctica, por lo que resulta oportuno realizar algunas reflexiones sobre el mismo, y su diferencia con el artículo 20 del Código Civil Federal, a fin de sentar las bases sobre la manera adecuada de llevarla a cabo para producir mejores respuestas jurisdiccionales en beneficio de todos los solicitantes de administración de justicia.

Palabras clave

claves: valores, proporcionalidad, razonabilidad, principios, ponderación, interpretación, argumentación, derechos constitucionales, derechos humanos, Código Civil.

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



Abstract

The proportionality test is a way to resolve conflicting principles which has become a common tool in our country; notwithstanding, the details of its core, as well as its content has been briefly explored and therefore briefly known despite its recurrent practice, whereby it is important to make some reflections about it, along with the difference between proportionality test and article 20 of Federal Civil Code in order to set the basis for its proper execution with the aim of getting more accurate and better judicial responses on behalf every citizen who seek for justice.

Keywords

values, proportionality, reasonableness, principles, weighing, interpretation, argumentation, constitutional rights, human rights, Civil Code.

I. Introducción

A partir de la reforma constitucional del 10 de junio 2011, proliferó en todos los ámbitos del país -académico, práctico, investigación, capacitación, etc.- infinidad de actividades, tesis, diplomados, cursos, adecuación de planes de estudio, litigios y otro más, relacionados con los derechos humanos, como si en verdad hubiera sido una reforma sustancial al grado de que todas las líneas de un documento con tintes jurídicos tenían impregnada siempre la palabra “derechos humanos”. Se hacía mención al pacto de San José, poco socorrido con anterioridad, y se llegó al



extremo de considerar que hablar de derechos humanos era prácticamente una garantía de que las cosas saldrían a conveniencia de quien los evocaba. Los derechos humanos, así, parecían haber resurgido como salvaguarda de todo ciudadano, creando alta expectativa de un futuro mejor. Incluso se llegó a decir que los derechos humanos existen en áreas como la tributaria, siendo todo eso falso.

Sin embargo, el gusto duró poco y comenzaron los problemas de aplicación, comenzando por algunos juzgadores quienes negaban concesiones de amparo aludiendo que las personas morales no eran titulares de derechos humanos y por tanto, no merecían la protección tan amplia que pregona el artículo 1 constitucional, lo que dio pauta a mayores problemas, mostrando una falta de conocimiento respecto al alcance y protección de los derechos humanos (Barak, 2012),¹ al debido entendimiento de las normas que los protegen, su verdadero contenido e incluso posible limitantes, pues evidentemente pocos derechos son absolutos, ya que la mayoría tienden a ser relativos. Todo lo anterior, dejó claro que la reforma de 2011 no produjo un *novum*, pues los derechos humanos siempre han sido una constante en el país, a la par que la reforma constitucional no produjo un cambio de fondo, ya que no se crearon más derechos, ni dejan de nacer nuevos derechos. Esto es, no se reformó el <<qué>>, simplemente se establecieron deberes más precisos a las autoridades para respetarlos -en seguimiento a la presión política internacional surgida a colación del trillado caso Radilla -, por lo que la reforma constitucional fue meramente formal por cuanto a <<cómo>> deben obrar las autoridades respecto de los derechos humanos. Fue, en consecuencia, una reforma *vis-a-vis* el Estado, por lo que la falta de entendimiento pleno de los derechos humanos y de la diferencia entre derechos y garantías, así como la errada idea de que los derechos individuales son propios de una persona y los derechos

¹ “The scope of the constitutional rights marks the right’s boundaries and defines its content; the extent of its protection prescribes the legal limitations on the exercise of the right within its scope.”



sociales lo son de un grupo (pues los derechos individuales incardinan deónticamente un “no hacer” para el Estado, mientras los derechos sociales incardinan deónticamente un “hacer” para el Estado, es decir, el nombre “individuales” y “sociales” no lo determina el número de personas titulares del derecho sino la conducta que corresponde al Estado -los derechos de un grupo son derechos colectivos y no sociales-), (Hirschl, 2007)² dio lugar a que los derechos humanos, lejos de ser la solución a los problemas, se volvieran parte del problema, coincidiendo totalmente con Horacio Jaramillo Loya al decir que “cuando una solución para resolver un problema no lo logra en los primeros intentos, ya no es solución y se convierte en parte del problema” (Jaramillo, 2007, p. 113).

En mi parecer, dado el cúmulo de existencia de derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales, considero más apropiado hablar de “derechos constitucionales”, que en realidad es lo que son al constar en el texto magno, para evitar el debate recurrente y vacuo que sólo genera ociosos ríos de tinta, y así arribar a conclusiones prácticas sin empantanarnos en la lingüística jurídica. Sin embargo, lejos de que la fiebre de los derechos humanos se detuviera en su constante evocación, la ambición del tema trascendió y la fiebre se volcó ahora en el test de proporcionalidad, usado cuando dos principios colisionan entre sí, lo que

² “A very well-known distinction has been drawn by political theorists between negative (or “first generation”) rights, positive (or “second generation”) rights, and collective (or “third generation”) rights in which negative rights are understood as freedom from interference; positive rights include freedom to act in a positive way (entailing the provision by some individual of a valued service), and collective rights refer to communal, rather than individual, entitlement to public goods. Negative rights consist of fundamental freedoms (freedom of speech, religious tolerance, freedom from arbitrary arrest, and so on). Positive rights traditionally include social rights, such as the universal right to services meeting basic human needs (for example, health care, basic housing, education, social security and welfare, and an adequate standard of living). The term “positive rights” is often used to describe these basic social rights because they require the state to act positively to promote the well-being of its citizens, rather than merely refraining from acting. Thus a positive right is a claim to something, while a negative right is a call for the prohibition of some action or the right not to be interfered with. Though positive rights require a more interventionist state, they remain essentially individualistic in their content inasmuch as it is the material welfare of each and every individual that ought to be secured by these provisions.”

se ha considerado indebidamente como herramienta de interpretación constante exclusivo de juzgadores, lo cual es totalmente errado, motivo por el cual se desarrollan las siguientes líneas.

II. La ponderación y el test de proporcionalidad

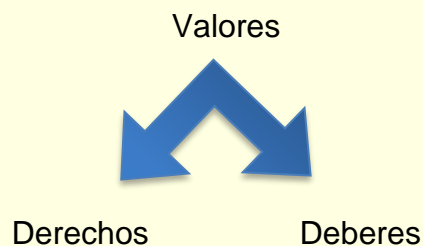
El test de proporcionalidad ha sido erradamente considerado de uso constante e indebidamente confundido con la ponderación. Por tanto, vale la pena diferenciar desde este momento que la proporcionalidad no es lo mismo que la ponderación, al ser temas diversos.

Para explicarlo de forma clara y debida, tomaré como parangón la diferencia entre valores y normas de derechos. Los valores, son tan universal que no son exclusivos de normas jurídicas, pues es tan empírico que lo reconoce un médico al tener en sus manos la vida de un paciente, un financiero frente al patrimonio de sus asesorados o un abogado frente a la libertad de sus clientes. Cualquiera que sea la intención de ellos, y la necesidad de quienes los contrata, los valores son universalmente conocidos (aunque no siempre respetados ni aceptados), por todas las personas. La vida, la salud, el patrimonio, y muchos otros más, tienen un valor no por cuanto a que se cuantifiquen en dinero, sino por cuanto a la importancia moral que representa en sociedad. De tal forma que el valor puede ser retomado por una norma dependiendo de si lo que busca es incardinar un derecho o un deber en los destinatarios que han de observarla o cumplirla.

Para el caso jurídico, si la norma versará sobre derechos, el valor tomará tal tinte en su texto final. Pero, si la norma versará sobre deberes, el valor tomará tal tinte en su texto final. De tal forma que el valor no está condicionado ni predeterminado por la norma. Más bien, ésta retoma el valor para el sentido que quiera dar. Por



ejemplo, si pensamos en la igualdad, sin duda es un valor que se proscribe por discriminación o indiferencia, y en la vida jurídica, es un derecho si pensamos en el artículo 4 constitucional. A la par, la igualdad es un deber si pensamos en la obligación tributaria a que alude la fracción IV del artículo 31 magno, en donde se prevé a la equidad principio de tributación justa, dejando todo esto en claro que el valor es algo más grande que la norma, ya que ésta se encierra, por así decirlo, en sus cuatro ámbitos de validez (personal, material, espacial y temporal), lo que no sucede con el valor, pues no se acota o encapsulado en dichos ámbitos y por tanto, su alcance es superior al de la norma escrita, tal como lo dice Jorge Bucay: “Justamente, cuando la ley intenta transformarse en una moral es cuando distorsiona su función social, cuando encapsula al individuo, cuando masifica y anula a los habitantes de un país. Sin embargo, la sociedad en que vivimos cree con firmeza en esta moral enlatada.” (Bucay, 2005, p. 168). Por lo que al ser el valor más grande que la norma, podemos aseverar que es el género y la norma es la especie que retoma parte del valor. El valor no conoce de límites, las normas jurídicas sí, en la lógica de que los individuos viven en sociedad y ceden parte de sus derechos para la conformación del Estado y convivencia sana con los demás individuos de la sociedad a la cual pertenecen, demostrando así que el valor puede derivar, para efectos jurídicos, en normas de derechos o normas de deberes, dependiendo del fin que se busque.



(Burgoa Toledo, 2018, p. 12)



Así como el valor es algo allende a las normas escritas, así también la ponderación es algo allende a la proporcionalidad. La proporcionalidad constitucional, como test para dirimir la colisión de principios, se tasa en cuatro pasos reconocidos por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN): propósito legítimo, conexión racional (idoneidad), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, acorde a los siguientes criterios:

- PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II ; Pág. 902. 1a. CCLXV/2016 (10a.).
- SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II; Pág. 911. 1a. CCLXVIII/2016 (10a.).
- TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II; Pág. 914. 1a. CCLXX/2016 (10a.).
- CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 36, Noviembre de 2016; Tomo II; Pág. 894. 1a. CCLXXII/2016 (10a.).



Lo que puede resumirse de la siguiente manera:

Pasos del *test de proporcionalidad*

- Propósito legítimo
 - fin *legítimo*
 - implicito
 - explícito
 - nivel de *urgencia*
- Idoneidad —————> medios –costo–
(que ayude a *avanzar* a otro derecho/interés)
- Necesidad —————> medida
- Proporcionalidad estricto sentido —————> beneficio

(Burgoa Toledo, 2018, p. 39)



Sin embargo, la ponderación es simplemente sopesar los valores de dos o más elementos, sin estar tasada por pasos, pues es algo tan cotidiano que excede los espacios normativos. Cuando una persona acude a un restaurante y duda sobre qué elegir para comer, está ponderando el precio, número de calorías a consumir, etc., lo mismo que sucede con quien elige una prenda en un centro comercial en donde pondera precios, conveniencia, posibles combinaciones de colores, etc. Por eso, mientras la ponderación es el género, la proporcionalidad es la especie.

Valores ————— *es a* —————> principios

c o m o

Ponderación ————— *es a* —————> proporcionalidad

Incluso, la misma diáda opera respecto a la razonabilidad, en donde ésta es algo allende de la proporcionalidad, con la diferencia de que mientras la ponderación es la *forma* de la proporcionalidad, la *razonabilidad* es el fondo de la proporcionalidad.



En donde la razonabilidad, nuevamente, no conoce pasos ni límites ni fases, simplemente es algo tan empírico que todo mundo lleva a cabo, tal como sucede cuando un médico debe elegir entre la vida de una madre y la vida de su hijo por nacer en caso de complicación, al igual que un miembro del equipo de bomberos debe elegir entre acceder a un edificio en llamas por la puerta central o por la parte trasera, entre muchos otros ejemplos más de la vida cotidiana que dan cuenta de un ejercicio de ponderación y razonabilidad, sin estar sujetos a los pasos de propósito legítimo, conexión racional, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en la lógica de que ni el médico ni el miembro de bomberos tienen el tiempo para sentarse a pensarlo con tanto detalle como lo haría, por ejemplo un juzgador.

Finalmente, es de señalar que los principios que coluden no sólo contienen derechos sino igualmente pueden contener interés públicos, de tal forma que lo sucedido en la zona metropolitana del país en 2016, al iniciar la aplicación del programa “hoy no circula” en su segunda fase, que limitó aún más la libre disposición de bienes, por no permitir la circulación de automóviles cualquiera que



fuera su placa y engomado, tenía como prioridad cuidar el medio ambiente, caso en el cual, sí se encontraban dos principios que incardinaban derechos (derecho a la libre disposición de bienes vs. el derecho al medio ambiente); sin embargo, cuando igualmente los Tribunales Colegiados determinan que es constitucional la cancelación de sellos para emitir comprobantes fiscales digitales por internet (CFDI's), lo que a su vez produce afectación en los contribuyentes dado que si no pueden emitir facturas no pueden realizar el cobro de sus servicios o enajenación de bienes, arroja una confronta de principios en donde el primero es interés público -pago de contribuciones-, y el segundo un derecho -derechos patrimoniales-, de lo que se sigue que principios, como ya lo he dicho, no sólo implica derechos sino igualmente intereses públicos. (Morrone, 2017, p. 15).³

a. Ejercicio de argumentación y no de interpretación

Una vez librada esta confusión que inexplicablemente se muestra como ciencia siniestra o secreto oscuro, encontramos que la proporcionalidad es un ejercicio tan común como el que realiza cualquier persona o profesionista en su área de especialidad, con la diferencia de que el test de proporcionalidad se desarrolla con cuatro pasos, subtests o facetas para esbozar una respuesta justa, de tal forma que no caiga en subjetivismos sino siempre apegado a Derecho.

³ “Ciascun valore costituzionale, in particolare, presenta normalmente una struttura *polisemica*, in quanto esprime la sintesi di una *pluralità di interessi*. Il concetto di interesse indica sia *situazioni giuridiche attive*, normalmente coincidenti con i diritti soggettivi fondamentali, diversamente imputabili sul piano soggettivo (ben potendo essere di natura individuale, collettiva o pubblica), sia taluni beni collettivi ovvero talune *esigenze obiettive* (innanzitutto i doveri di solidarietà, ma anche interessi connessi a concetti come “buon costume”, “sicurezza pubblica”, “utilità sociale”, “buon andamento della pubblica amministrazione”, ecc.) che il sistema costituzionale tutela. Si tratta, in buona sostanza, di interessi *costituzionalmente rilevanti*, in quanto –è questo un punto essenziale portatori di una frazione di contenuto assiologico riconducibile, come parte nel tutto, ad un determinato valore costituzionale.”



Estos cuatro pasos o subtest no están en ley, son creación jurisprudencial por asunción de la práctica alemana realizada por primera ocasión en 1958; no obstante, han sido adoptadas a nivel internacional y México no ha sido la excepción, por lo que para entenderlas se requiere acudir a la teoría más allá de la ley.

El test de proporcionalidad es un ejercicio que poco se conoce porque, aunque se habla mucho del tema, se yerra también mucho sobre el mismo, al grado de afirmarse, como lo ha hecho la Segunda Sala de la SCJN al hablar de su aplicación en materia tributaria, que es un procedimiento interpretativo y que no requiere a la “necesidad” como subtest:

Época: Décima Época

Registro: 2016133

Instancia: Segunda Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 02 de febrero de 2018 10:04 h

Materia(s): (Constitucional)

Tesis: 2a./J. 11/2018 (10a.)

TEST DE PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES FISCALES. LA INTENSIDAD DE SU CONTROL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN, REQUIEREN DE UN MÍNIMO DE JUSTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE LO CONFORMAN.

El test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, apoyado en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios relativos a que la distinción legislativa: a) persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) resulte adecuada o racional, de



manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin; y, c) sea proporcional. Ahora, en materia tributaria la intensidad del escrutinio constitucional es flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con libertad configurativa del sistema tributario sustantivo y adjetivo, de modo que para no vulnerar su libertad política, en campos como el mencionado, las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se limita a verificar que la intervención legislativa persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; la elección del medio para cumplir esa finalidad no conlleva exigir al legislador que dentro de los medios disponibles justifique cuál de todos ellos cumple en todos los grados (cuantitativo, cualitativo y de probabilidad) o niveles de intensidad (eficacia, rapidez, plenitud y seguridad), sino únicamente determinar si el medio elegido es idóneo, exigiéndose un mínimo de idoneidad y que exista correspondencia proporcional mínima entre el medio elegido y el fin buscado que justifique la intervención legislativa diferenciada entre los sujetos comparables. SEGUNDA SALA

Amparo en revisión 441/2015. Smart & Final del Noroeste, S.A. de C.V. y otra. 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 845/2015. Tiendas Aurrerá, S. de R.L. de C.V. 5 de octubre de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 876/2015. Desarrollo Comercial Abarrotero, S.A. de C.V. y otras. 25 de enero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Amparo en revisión 631/2017. José Armando del Toro Larios. 15 de noviembre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Javier Laynez Potisek, José Fernando



Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; unanimidad de votos en relación con el criterio contenido en esta tesis; votó en contra de consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidente: Alberto Pérez Dayán. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo en revisión 514/2017. Peñafiel Bebidas, S.A. de C.V. y otra. 29 de noviembre de 2017. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y Eduardo Medina Mora I. Disidente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Tesis de jurisprudencia 11/2018 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veinticuatro de enero de dos mil dieciocho.

Esta tesis se publicó el viernes 02 de febrero de 2018 a las 10:04 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del martes 06 de febrero de 2018, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Lo cual es totalmente errado, pues si estamos conscientes de los brocardos que rigen para resolver controversias entre dos normas, encontramos al de *jerarquía* (la ley superior deroga a la inferior), al de *cronología* (la ley posterior deroga a la anterior), y al de *especialidad* (la ley especial deroga a la general), como lo ha reconocido el siguiente criterio, en el cual se incluyen otros más que indebidamente se han inventado para ese fin:

Tesis: I.4o.C.220 C

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Novena Época

Tribunales Colegiados de Circuito

Tomo XXXI, Febrero de 2010

Pag. 2788

Tesis Aislada(Civil)

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN. La antinomia es la situación en que dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, que concurren en el ámbito temporal, espacial, personal y material de validez, atribuyen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, y esto impide su aplicación simultánea. Antes de declarar la existencia de una colisión normativa, el juzgador debe recurrir a la interpretación jurídica, con el propósito de evitarla o disolverla, pero si no se ve factibilidad de solucionar la cuestión de ese modo, los métodos o criterios tradicionales de solución de antinomias mediante la permanencia de una de ellas y la desaplicación de la otra, son tres: 1. criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), ante la colisión de normas provenientes de fuentes ordenadas de manera vertical o dispuestas en grados diversos en la jerarquía de las fuentes, la norma jerárquicamente inferior tiene la calidad de subordinada y, por tanto, debe ceder en los casos en que se oponga a la ley subordinante; 2. Criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas, es decir, dispuestas sobre el mismo plano, la norma creada con anterioridad en el tiempo debe considerarse abrogada tácitamente, y por tanto, ceder ante la nueva; y, 3. Criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), ante dos normas incompatibles, una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda, el criterio se sustenta en que la ley especial substrahe una parte de la materia regida por la de mayor amplitud, para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). En la época contemporánea, la doctrina, la ley y la jurisprudencia han incrementado la lista con otros tres criterios. 4. Criterio de competencia, aplicable bajo las circunstancias siguientes: a) que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso; b) que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes), y c) que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por otras normas jerárquicamente superiores, atribuyendo -y de esa forma, reservando- a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia. Este criterio guarda alguna semejanza con el criterio jerárquico, pero la relación de jerarquía no se establece entre las normas en conflicto, sino de ambas como subordinadas de una tercera; 5. Criterio de prevalencia, este mecanismo requiere necesariamente de una regla legal, donde se disponga que ante conflictos producidos entre normas válidas pertenecientes a subsistemas normativos distintos, debe prevalecer



alguna de ellas en detrimento de la otra, independientemente de la jerarquía o especialidad de cada una; y, 6. Criterio de procedimiento, se inclina por la subsistencia de la norma, cuyo procedimiento legislativo de que surgió, se encuentra más apegado a los cánones y formalidades exigidas para su creación. Para determinar la aplicabilidad de cada uno de los criterios mencionados, resulta indispensable que no estén proscritos por el sistema de derecho positivo rector de la materia en el lugar, ni pugnen con alguno de sus principios esenciales. Si todavía ninguno de estos criterios soluciona el conflicto normativo, se debe recurrir a otros, siempre y cuando se apeguen a la objetividad y a la razón. En esta dirección, se encuentran los siguientes: 7. Inclinarsé por la norma más favorable a la libertad de los sujetos involucrados en el asunto, por ejemplo, en el supuesto en que la contienda surge entre una norma imperativa o prohibitiva y otra permisiva, deberá prevalecer esta última. Este criterio se limita en el caso de una norma jurídica bilateral que impone obligaciones correlativas de derechos, entre dos sujetos, porque para uno una norma le puede ser más favorable, y la otra norma favorecerá más la libertad de la contraparte. Para este último supuesto, existe un diverso criterio: 8. En éste se debe decidir a cuál de los dos sujetos es más justo proteger o cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer; 9. Criterio en el cual se elige la norma que tutele mejor los intereses protegidos, de modo que se aplicará la que maximice la tutela de los intereses en juego, lo que se hace mediante un ejercicio de ponderación, el cual implica la existencia de valores o principios en colisión, y por tanto, requiere que las normas en conflicto tutelen o favorezcan al cumplimiento de valores o principios distintos; y, 10. Criterio basado en la distinción entre principios y reglas, para que prevalezca la norma que cumpla mejor con alguno o varios principios comunes a las reglas que estén en conflicto. Esta posición se explica sobre la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de un fin, como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, mientras que las reglas son expresiones generales con menor grado de abstracción, con las que se busca la realización de los

principios y valores que las informan; de manera que ante la discrepancia entre reglas tuteladas de los mismos valores, debe subsistir la que mejor salvaguarde a éste, por ejemplo si la colisión existe entre normas de carácter procesal, deberá resolverse a favor de la que tutele mejor los elementos del debido proceso legal. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



Amparo directo 293/2009. Jacobo Romano Romano. 4 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: Rubén Darío Fuentes Reyes.

Es claro que en estos criterios (verdaderamente criterios y no principios, como indebidamente se les llega a llamar), la interpretación es importante e incluso la simple lectura, pues muchas veces, de la lectura se advierte que en lugar de estar frente a antinomias, se trata de simples excepciones, ya sea *excepciones por contradicción* o *excepciones por especificidad*, tanto *descriptivas* como *prescriptivas*, como lo he expuesto ya en otras publicaciones (Burgoa Toledo, 2017, p. 288):





Lo cual es posible advertir sólo a través de la lectura de los textos, y en extremo, a través de la interpretación de los mismos, en donde su verdadera teleología demuestra que la estructura de la norma no es establecer sentidos contrarios irreconciliables (esto es, antinomias), sino sentidos contrarios o específicos reconciliables (esto es, excepciones). Momento en el cual, la interpretación es debida para entender tanto el significado lingüístico, como el sentido político de la norma (lo que se conoce como la *intención expresa* y la *intención real*). Sin embargo, aun cuando resulta claro que la norma superior deroga a la inferior, es evidente que no siempre éste es el orden con que se resuelven las antinomias, ya que en ocasiones se justifica la limitante de un derecho constitucional por una norma secundaria. Por ejemplo, si en una oficina gubernamental o privada, el titular o director establece a su persona que en viernes la hora de salida será a las tres para favorecer la convivencia en familia, es claro que si el gerente o encargado de área dice a sus subordinados que no respeten tal horario y que salgan todos a las once de la mañana, difícilmente los subordinados le obedecerán porque evidentemente, el riesgo de ser despedidos es alto dado que “la norma superior deroga a la inferior”. Pero si por el contrario, el encargado de área dice a sus subordinados que aunque la hora de salida en viernes sea a las tres de la tarde, deben permanecer más tiempo porque existe un término a solventar o un trabajo a entregar el lunes a primera hora, definitivamente el inferior jerárquico está dando una orden distinta a la del superior, y quizá sin consultarlo con aquél; no obstante, es obvio y razonable que el personal deba permanecer trabajando hasta concluir el trabajo ya que así se requiere, de tal forma que si alguna persona inconforme acudiera el siguiente lunes a primera hora con el titular o director general a inconformarse por haberse quedado más tarde de lo ordenado a trabajar, dudo que el titular o director general se pusiera a leer nuevamente su orden, ya que no es momento de interpretar lo que se dijo; más bien miraría fijamente a los ojos a quien le expone la queja y quizá igualmente lo haría con quien dio la orden para escuchar



argumentos y con base en ello, situaciones fácticas específicas, daría cuenta de si se justificó o no la salida más tarde de la ordenada. En este ejemplo burdo, el titular o director general no debe ya interpretar lo que dijo, sino argumentar si es correcta o no la decisión que tuvo el gerente de área o encargado, pues es claro que no se encuentre en duda lo que se haya dicho en el comunicado (el texto), sino la decisión de aquel que no acató el orden inicialmente señalado.

b. Ejercicio de los tres poderes de la unión y no exclusivo del judicial

En consecuencia, el primer error es fundamental cuando se dice que el test de proporcionalidad es una forma de interpretación. Nada de eso. Es una forma de argumentación que justifica si es debido que un derecho constitucional sea limitado por una norma secundaria. Quizá, después del ejercicio de proporcionalidad se establezca una forma de interpretación para casos similares (lo que llamamos jurisprudencia), pero ello no implica que se estén interpretando las normas que contienen los principios que coluden sino que al final de dicho test, el criterio adoptado de lugar a que los demás casos que compartan dichas características o propiedades se deban tratar igual más ello es “resultado” y no “procedimiento de interpretación” (Tushnet et al, 2017, p.304).⁴ Pero el error conceptual no termina

⁴ “I distinguish among three meanings. First, the term “balancing” sometimes is used to refer to the final stage of proportionality analysis, proportionality as such or *strictu sensu*. At that stage the decisionmaker considers the degree to which the challenged legislation intrudes on protected interests and the degree to which it advances public purposes and decides whether the latter justifies the former. Second, there is all-things-considered case-specific balancing. A person doing case-specific balancing takes all the circumstances into account and arrives at an all-things-considered judgment about whether the action at issue is constitutional or not. Case-specific balancing is a technique that can be used only for what US doctrine calls “as applied” analysis, and in particular is unavailable for *ex ante* review of legislation. In addition, case-specific balancing is in some tension with standard notions of rule of law, especially with respect to clarity and predictability. Finally, and I think most interesting, there is a categorical balancing. We can get some sense of categorical balancing by seeing how it emerges in response to the concern that case-specific balancing is in tension with rule-of-law ideals. Instead of making an all-things-considered judgment, a person doing categorical balancing first identifies some “salient” features of the fact patter. These features are categories into which selected facts fall.”



aquí, pues igualmente se dice indebidamente que es un ejercicio exclusivo del poder judicial cuando en verdad es un ejercicio que corresponde a toda autoridad del Estado, ya que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo también participan del test de proporcionalidad en la esfera de facultades que corresponde a cada uno. Solo cambia el grado de discrecionalidad.

Por ejemplo, retomando el programa “hoy no circula” de 2016 en la zona metropolitana del país, fue el poder ejecutivo, a través del Gobernador y Jefe de Gobierno, del Estado de México y Ciudad de México, respectivamente, quienes escuchando la opinión de la Comisión Ambiental de la Megalópolis (CAME), decidieron, en forma administrativa, emitir un decreto en donde, apegado a sus competencias, determinaron la medida de no circular un día a la semana en virtud de la atención y avance que exigía el derecho al medio ambiente. En este caso, el poder ejecutivo, dentro de su ámbito de competencia, decidió con amplia discrecionalidad cuál era la mejor manera de combatir los altos niveles de contaminación, y, de entre todas las posibles opciones viables (no circulación de automóviles, cesión de trabajos de empresas que trabajan con contaminantes, obligar la compra de un catalizador, etc.), determinó que la no circulación de automóviles era la opción menos gravosa, por así decirlo, para los titulares del derecho a sufrir, en aras del beneficio que tendría el derecho necesitado. Por tanto, en los juicios de amparo promovidos en contra de tal medida, el juzgador no tuvo tan amplia discrecionalidad, pues simplemente se limitó a decir si la medida era justificada o no (esto es, si era constitucional o no); más no ha señalar qué otra medida hubiera sido adecuada, simplemente se limitó a su pronunciamiento jurisdiccional.

Los mismo sucede con el poder legislativo, cuando se aprueba el texto de la fracción X del artículo 17-H del Código Fiscal de la Federación que prevé como



facultad de las autoridades fiscales para cancelar los sellos digitales (CSD) para que los contribuyentes puedan emitir facturas, en aras de buscar el cumplimiento de omisiones que éstos tengan, favoreciendo así el cumplimiento tributario, de lo que se tiene que el legislador tuvo plena discrecionalidad para elegir los CSD como motivo de presión, en tanto que al juzgador correspondió determinar si era proporcional tal medida, esto es, si había equilibrio entre la afectación al contribuyente titular del CSD respecto del beneficio al erario federal por corregir tales incumplimientos, por lo que en la realidad se decidió a favor de la cancelación.⁵

⁵ Época: Décima Época Registro: 2012994 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II Materia(s): Constitucional Tesis: 2a. CXIII/2016 (10a.) Página: 1552

CERTIFICADOS EMITIDOS POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. EL ARTÍCULO 17-H, FRACCIÓN X, INCISO D), DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER QUE QUEDARÁN SIN EFECTOS AUN SIN QUE LAS AUTORIDADES FISCALES EJERZAN SUS FACULTADES DE COMPROBACIÓN, NO TRANSGREDE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD. El precepto citado, al establecer que los certificados emitidos por el Servicio referido quedarán sin efectos cuando las autoridades fiscales, aun sin ejercer sus facultades de comprobación, detecten la existencia de una o más infracciones de las previstas en los artículos 79, 81 y 83 del Código Fiscal de la Federación, no transgrede el test de proporcionalidad, en atención a que su finalidad es constitucionalmente válida y objetiva, en virtud de que con su implementación el legislador buscó combatir el fraude fiscal por parte de los contribuyentes, finalidad inmediata que encuentra asidero en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la finalidad mediata pretendida es que se cumpla con la obligación de contribuir a los gastos públicos por quienes estén llamados a satisfacerla. Asimismo, es un medio idóneo, apto y adecuado, toda vez que se implementó un sistema mediante el cual el contribuyente sabe a qué atenerse cuando la autoridad ejerce sus facultades de gestión tributaria, previendo además un procedimiento sumario para desvirtuar las irregularidades detectadas y que motivaron dejar sin efectos el certificado; además, la necesidad de la medida se satisface, porque atendiendo al fin inmediato que persigue, es un hecho notorio y evidente que las autoridades legislativas y ejecutivas del Estado Mexicano se encuentran obligadas a combatir el fraude fiscal. Finalmente, es proporcional porque atendiendo a las ventajas y desventajas que produce la medida legislativa implementada, se advierte dentro de las primeras que permite hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de contribuir a los gastos públicos al permitir a la autoridad fiscal ejercer sus facultades de gestión tributaria en aras de detectar las infracciones en las que incurran los contribuyentes que pretendan defraudar al fisco federal, con lo cual se genera una situación de igualdad real y no sólo formal, pues en esa medida todos contribuirán al gasto público.

Amparo en revisión 302/2016. IQ Electronics International, S.A. de C.V. y otra. 13 de julio de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votó con salvedad Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretario: Jorge Jiménez Jiménez.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de noviembre de 2016 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

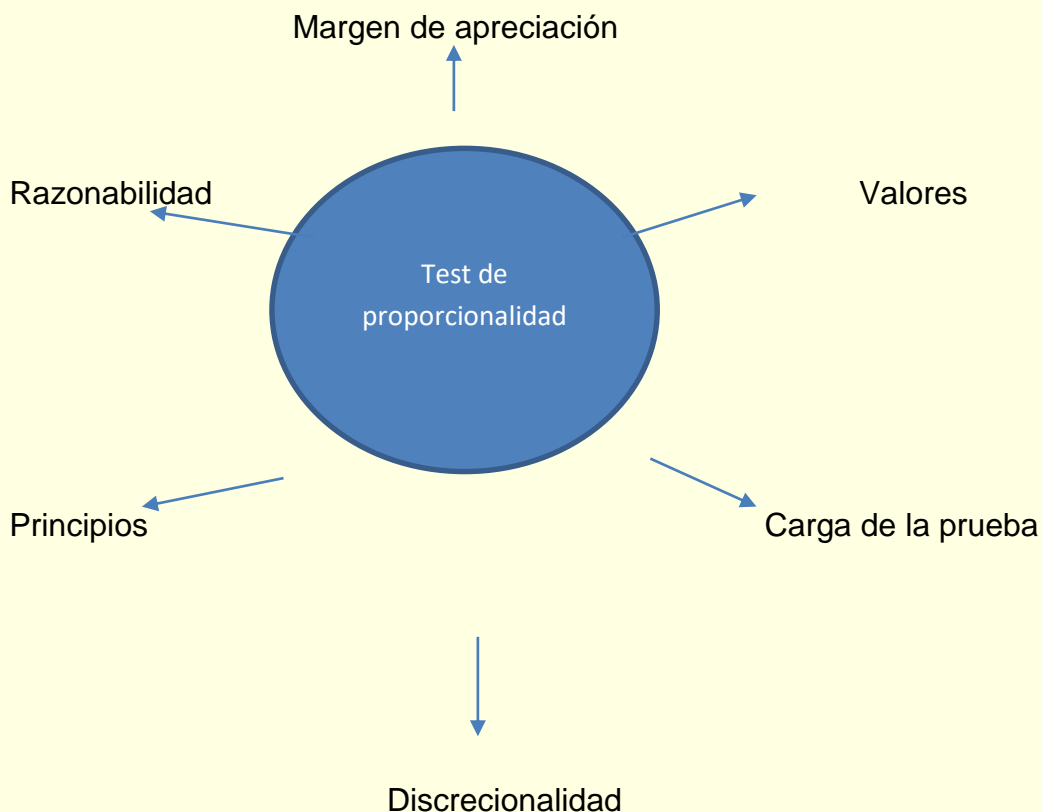
<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



En tal contexto, es claro que mientras el Poder Legislativo y Ejecutivo tienen discrecionalidad amplia, esto es, “inventiva” para elegir el derecho que ha de “sufrir” en aras de que el derecho de otro u otros, o un interés público se vea “beneficiado”, el Poder Judicial, por su parte, tiene discrecionalidad más acotada pues carece de tal “inventiva” y su facultad es meramente “decisoria”; sin embargo, lo importante a notar es que todos ellos deben seguir el test de proporcionalidad en donde el legislador y la administración pública dejan de pensar “administrativa” o “fiscalmente” para pensar “constitucionalmente”, tarea que ya es dada al juzgador (lo que implica constitucionalizar dichos poderes). Pensar que el test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo, es un error grave; pero pensar que es exclusivo del juzgador es un doble error grave por falta de estudio del tema.

Por tanto, hablar del test de proporcionalidad no es sólo comentar los cuatro subtest que se siguen en su aplicación, sino más importante aún son todos los temas que lo rodean y que no se tocan en estas líneas por la lógica del espacio que implica esta aportación, pero no obstante se señalan a continuación como referencia total:



Entre muchos otros puntos que son de alta importancia y corresponde estudiar por separado puesto que en la práctica se presentan, a la par de identificar con precisión que no es lo mismo la proporcionalidad interpretativa (inmanente a la interpretación propositiva) a la proporcionalidad constitucional (inmanente a la ponderación). La primera sí es un ejercicio de interpretación, la segunda no sino sólo un ejercicio de argumentación para corroborar si en verdad se justifica o no la limitante a un derecho constitucional por una norma secundaria.



III. ¿Test de proporcionalidad o artículo 20 del Código Civil Federal?

Pero si de errores se trata, es aún más grave aquél que considera que el test de proporcionalidad es una tarea constante que el legislador puede utilizar en cualquier momento, pues como ya se ha dicho, éste surge sólo cuando se debe argumentar más no cuando debe interpretarse, lo que desde este momento debe dejar claro que su uso es acotado y no recurrente. De tal forma que si la controversia puede resolverse mediante simple interpretación, entonces no es necesario acudir al test de proporcionalidad. Por ejemplo, cuando la gente se cuestiona por qué el cumplimiento de la sentencia del juicio de nulidad debe ser en cuatro meses mientras que la sentencia de amparo debe ser en tan sólo tres días, ello no es un derecho que entre en conflicto con otro, no se trata de una colisión (*conflicting overlap*), simplemente se trata de un tratamiento distinto porque en un juicio contencioso administrativo esta -generalmente- de por medio la exigencia de deberes (por eso allí se combaten multas administrativas y cobro de créditos fiscales, entre otros), mientras que en el juicio de amparo está de por medio la exigencia al respeto de los derechos, por lo que es sólo una duda del tiempo (ámbito temporal), en el derecho al cumplimiento de la sentencia, que es un solo derecho, y por ello es que mediante simple interpretación es fácil entender que se trata de una excepción por especificidad, porque el cumplimiento en cualquier caso se dará, solo que en tiempo distinto, uno del otro, más no requiere ejercicio de ponderación porque no coluden dos principios, es sólo uno. Lo mismo sucede si se considera injusto que personas inscritas en el Régimen de Incorporación Fiscal (RIF), puedan realizar deducciones del Impuesto sobre la Renta pagadas en efectivo hasta cinco mil pesos, cuando todas las demás personas pueden realizar la deducción de erogaciones pagadas en efectivo sólo hasta dos mil pesos. Aunque se trata de dos personas distintas, nuevamente no choca un derecho con otro pues se trata de un caso de excepción por especificidad ya que son dos regímenes fiscales distintos,



y, por tanto, la existencia de requisitos no cesa, sólo se amplía o reduce respecto de los demás. Aquí, la interpretación en sí misma basta para dar respuesta a esta duda, con lo cual, la norma se complementa (*complementary overlap*), más no implica colisión de principios, dejando claro que el test de proporcionalidad no es recurrente.

Además, de ser cierto que el test de proporcionalidad puede usarse de forma recurrente, ¿qué sentido tendría el artículo 20 del Código Civil Federal (CCF)? Dicho numeral dice:

Artículo 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

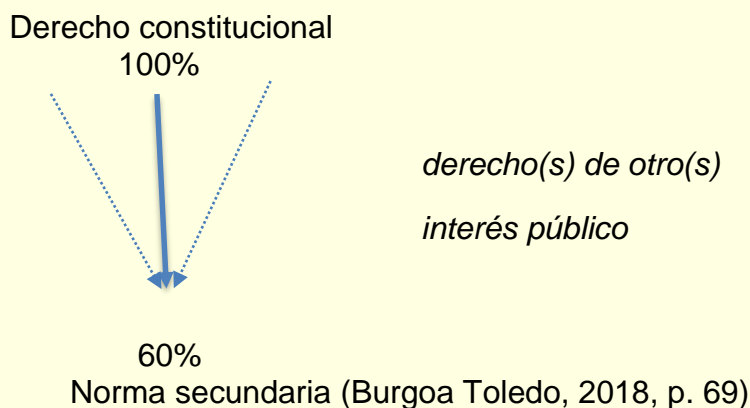
El cual no es propio del nivel federal pues igualmente se encuentra -en forma casi total- en todos los Códigos Civiles de cada entidad Federal, el cual, dicho sea de paso, resulta ser de mayor antigüedad en México que el test de Proporcionalidad, por lo que si se cuenta con dicho ordenamiento, la pregunta lógica sería ¿por qué recurrir el test de proporcionalidad si en México se cuenta ya con una forma de resolver la colisión de derechos?

La respuesta es sencilla, y en cierta forma obedece a una nueva interrogante: ¿cuál es la diferencia entre el artículo citado y el test de proporcionalidad? Poniendo atención minuciosa en el tema, tenemos que el test es válido, ante tres circunstancias:

- La existencia de un derecho constitucional;

- La limitación de ese derecho constitucional por una norma secundaria;
- La existencia del derecho de otro(s) o interés público por el cual se limita el derecho constitucional.

Lo que implica gráficamente el siguiente esquema:



En donde burdamente se muestran porcentajes para hacer ver, simplemente, que un derecho que pudiera valer un 100% en el texto constitucional (lo cual sería derecho absoluto), se reduce su alcance y, por tanto, su protección -garantía correlativa- para valer ahora menos de lo original, en virtud del derecho(s) de otro(s) o interés público. Un ejemplo de esta medida tomada por ley secundaria que limita un derecho constitucional y que ha sido tachada de constitucional es el envío obligatorio de la contabilidad por parte de los contribuyentes a la autoridad hacendaria en forma recurrente mensual, en donde, pese a que la Constitución Federal establece que nadie puede ser molestado, entre otros elementos, en sus papeles (que es propiamente la contabilidad), el contribuyente se ve molestado por virtud del artículo 28 fracción IV del Código Fiscal de la Federación, ya que el interés



público de recaudación para sufragar deberes estatales justifica tal limitante. De tal manera que la modalidad deóntica originaria del artículo 16 de la Constitución (prohibición) pasa a ser su contrario deóntico (permiso), con el artículo 28-IV del CFF. En este caso, el test de proporcionalidad fue necesario porque se daban los tres elementos aludidos (derecho constitucional, norma secundaria que lo limita y necesidad de avanzar de otro derecho o interés público). Por tanto, si no existe una norma secundaria que limite a un derecho constitucional por virtud de la atención que requiere del derecho de otro, es claro que no se requiere aplicar el test de proporcionalidad y simplemente corresponde hacer la ponderación a que se refiere el artículo 20 del CCF. En resumen, ante la existencia de norma secundaria que limita derechos constitucionales procede el test de proporcionalidad, y ante la simple colisión de principios en donde nadie ha decidido aún limitar un derecho constitucional, procede la ponderación del artículo 20 del CCF. El test de proporcionalidad es propio del *judicial review* y el artículo 20 del CCF no.

El test de proporcionalidad opera *ex ante* para el legislador o autoridad administrativa y *ex post* para el juzgador. El artículo 20 del CCF no opera para el legislador ni para la autoridad administrativa, pero si *ex post* para el juzgador, en el entendido de que el conflicto ya está presente.

Si en un caso ante un juzgador se alega el abuso de un hospital por realizar transfusión de sangre a un menor de creencias que no aceptan tal medida, es claro que entran en pugna dos principios: la libertad religiosa respecto de la salud del menor; no obstante, como no se trata de una norma secundaria sino sólo de una situación de facto, es claro que no se exige la realización de un test de proporcionalidad, pues basta con obrar acorde al artículo 20 del CCF para entender que la salud del menor es de mayor importancia, sin que llegue a eliminarse el derecho a la libertad de credo, pues el primer es un derecho que no busca lucro, y



lejos de eso, busca evitarse su perjuicio, ya que sin la vida no existe más que hablar, mientras que la libertad de credo no sufre jurídicamente menoscabo, pues aun así las personas contarán con vida al grado de realizar las exigencias que busquen. Aunque desde luego, si la decisión del juzgador es distinta a la aquí comentada, lo único importante a notar no es el resultado del pensamiento, sino el tipo de ejercicio que se realiza, en donde no se deben seguir los cuatro pasos o subtest a que se refiere el test de proporcionalidad, ya que basta buscar un simple equilibrio mediante simple ponderación, conforme a la normatividad mexicana que prevé el multireferido artículo 20 del CFF.

Como podemos advertir, el test de proporcionalidad sirve para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas secundarias, en tanto se justifique o no la limitante que impone a un derecho constitucional, lo que dará pauta a un criterio que será repetido en diversas ocasiones cuando se cuestione sobre la constitucionalidad de la norma, en el entendido de que la norma aplicará a un gran universo de personas (precisamente por ser general y abstracta), lo que no sucederá -por lo menos en México- con el artículo 20 del CCF, el cual aplicará sólo al caso concreto (“*case by case*”), aunque eventualmente podrá servir para otros casos si comparten características similares con aquel juzgado. Esta es la pequeña gran diferencia entre ambos casos, y del cual merece tener total conocimiento para evitar el uso constante del test de proporcionalidad cuando en realidad es un tema que se reserva a normas generales, motivo por el cual, en el argot internacional se le relaciona con el “*judicial review*”. Situación que no acaece con el caso por caso -o al menos no acaece así en México- dada a existencia del artículo 20 del CCF, por lo que existe un camino perfectamente marco para ese tipo de contiendas.



IV. Comentarios finales

Quizá en otros países no exista una norma equivalente al artículo 20 del CCF y, por tanto, sí se decida aplicarse el test de proporcionalidad para el conflicto sin normas generales; sin embargo, para el caso mexicano es muy clara la existencia de norma escrita y por tanto se debe obrar acorde al artículo 20 aludido cuando no existe conflicto entre normas. Así, en México, el test de proporcionalidad no aplica en todos los casos sino sólo cuando el conflicto es intertextual. Si el conflicto es contra fáctico o interfáctico la fórmula para decidir es el artículo 20 del CCF, lo que en cualquier forma lleva a que todo conflicto debe decidirse sin que se omita la respuesta pues así lo prevé el artículo 18 del mismo CCF:

Artículo 18.- El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Lo que conllevaría a un nuevo tema de estudio, en donde aún la interpretación, argumentación o resolución deben respetar el “marco” normativo al que corresponde sin poder expandirse de éste por discrecionalidad alguna. Es por ello que el test de proporcionalidad:

- No es un procedimiento interpretativo;
- No es recurrente;
- No es válido en casos en donde no exista norma secundaria que limite derechos constitucionales.

Desde luego, el test de proporcionalidad, así como los derechos humanos, son temas tan novedosos para nuestro país -respecto del total que implican- que el camino por andar es todavía largo, sin que se deba hablar aun de la “deferencia”



como práctica realizada en países como Inglaterra sino hasta madurar debidamente las ideas previas. No obstante, aun cuando el camino es largo, debe realizarse de la mejor manera posible, a fin de seguir garantizando el Estado Constitucional de Derecho que México ostenta.

V. Fuentes de consulta

Barak, Aharon. (2012). *Proportionality, constitutional rights and their limitations*, Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press.

Bucay, Jorge. (2005). *Cartas para Claudia*, México: Océano.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto. (2017). *Análisis e interpretación de las disposiciones fiscales*, México: Dofiscal Thomson Reuters.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto. (2018). *Argumentación para los agravios de defensa jurídica*, México: Dofiscal Thomson Reuters.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto. (2018). *El test de proporcionalidad, justificación en la limitación de los derechos constitucionales*, México: Dofiscal Thomson Reuters.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto. (2018). *Principios tributarios y económicos*, México: Dofiscal Thomson Reuters.

Hirschl, Ran. (2007). *Towards Juristocracy*, Nueva York, Estados Unidos: Massachusetts, Harvard University Press.

Jaramillo Loya, Horacio. (1996). *Los consejos del búho*, México: Diana.

UNIVERSIDAD VERACRUZANA.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://universosjuridicos.uv.mx/index.php/univerjuridicos/index>

Xalapa, Veracruz, México



Jackson, Vicki C. & Tushnet, Mark. (2017). *Proportionality, new frontiers, new challenges*, Nueva York, Estados Unidos: Cambridge University Press.

Morrone, Andrea, (2014). *Il bilanciamento nello stato costituzionale, Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Milán: G. Giappichelli Editore.

Morineau, M. (1998). *Una introducción al CommonLaw*. (3ª reimp). México DF: UNAM.

Ovalle Piedra, J. (2001). *La responsabilidad civil por productos en México, Canadá y Estados Unidos*. México, DF: UNAM.

Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México, DF: Distribuciones Fontamara, S.A.

Sagües, N. (2006). *La interpretación judicial de la Constitución*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.

Witker, J. *Los derechos económicos y sociales (DESC) en el contexto de la globalización*. biblio.juridicas. UNAM