

SEGUNDA PARTE

DISTINTOS TEST  
DE RAZONABILIDAD QUE IMPLICAN  
RESTRICCIÓN DE DERECHOS

## CAPÍTULO SEGUNDO

### TEST DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS

#### I. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y OBJETIVOS DEL TEST

Todos los derechos son susceptibles de regulación y de restricción. Desde el DIDH se han considerado dos tipos de límites legítimos a los derechos de las personas: la restricción y la suspensión (Medina y Nash, s.f.; Nash, 2009). Nos concentraremos sólo en el primero de ellos, específicamente en las restricciones que tienen características generales (que van más allá del caso concreto) y permanentes (Nash, 2009: 40) (analizaremos las restricciones particulares en la sección dedicada a la ponderación).

La norma general de la cual derivan estas condiciones de la restricción, explica Mónica Pinto (2004), es el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que a la letra dice:

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

Posteriormente, los distintos tratados de derechos humanos fueron integrando normas semejantes en su clausulado como se observa en el siguiente cuadro:

### Cuadro 3

#### *Ejemplos de normas sobre restricciones generales de derechos*

<i>Tratado</i>	<i>Artículo</i>
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Artículo 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Artículo 30. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Artículo 32.2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.
Convenio Europeo de Derechos Humanos	Artículo 18. Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos	Artículo 27.2. Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común

La pregunta es: ¿cuándo estamos frente a una regulación o restricción legítima? Para determinar cuándo estamos frente a una restricción legítima de derechos es que aparece un test al que llamaremos de restricción de derechos.

En buena medida, la idea de razonabilidad o proporcionalidad se desarrolló precisamente a partir de esta lógica o finalidad, determinar si una restricción de derechos era razonable o proporcional. En este sentido, en la sentencia C-720/07 la corte colombiana especifica que a falta de un mejor instrumento metodológico para evaluar las razones que se aportan para justificar una restricción a los derechos fundamentales, la mayoría de los tribunales constitucionales del hemisferio occidental ha adoptado la metodología que propone el principio de proporcionalidad.

Con esta lógica, y como vimos líneas arriba sobre la relación entre la razonabilidad y la política, el test de restricción tiene como principal objetivo controlar la constitucionalidad de las decisiones de los órganos políticos que pueden comprometer a los derechos humanos. La aplicación de este test de razonabilidad supone un análisis del examen acerca de la afectación a los derechos, a su contenido esencial (Sapag, 2008: 184). Además, con la aplicación del test se busca limitar la discrecionalidad judicial (CCC, C-720/07). ¿Cómo se limita esta discrecionalidad?

El juez se encuentra obligado a identificar y exponer públicamente, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta cuando se trata de evaluar si los medios dispuestos por las autoridades estatales suponen una intervención legítima en los derechos de los ciudadanos o si, por el contrario, representan una vulneración injustificada de los mismos. Otra de las herramientas esenciales para lograr disminuir la discrecionalidad judicial es el respeto por el precedente judicial, salvo que existan razones suficientes que puedan justificar públicamente el cambio en la decisión (CCC, C-720/07: s/p)

El objetivo del test es incrementar los niveles de racionalidad y previsibilidad de las decisiones en los casos difíciles, es decir, cuando hay dudas sobre las razones que sostienen la constitucionalidad de una norma. Para disolver estas dudas es que se ha formulado este test de restricción de derechos a partir de siete elementos.

## II. CRITERIOS QUE INTEGRAN AL TEST

Un primer elemento esencialmente formal de este test es que la restricción debe establecerse en una ley. La Corte IDH ha denominado a esto como *principio de legalidad* (Medina y Nash, s.f.: 11; Nash, 2009: 41; Pinto, 2004: 167; Dulitzky, 2004: 105; Moncayo, 2007: 67-70).

El objetivo de esta condición es evitar imposiciones arbitrarias en la restricción tanto por medio de formulaciones generales como a través de un acto que involucre al órgano más representativo en un régimen democrático: el congreso. Pese a lo anterior, la restricción debe ser lo suficientemente clara y precisa para que el ciudadano pueda regular su conducta, como se determinó en el caso “Sunday Times” por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pinto, 2004: 167). Además, no basta que el acto legislativo cumpla con los elementos formales para constituirse como ley, se debe tratar de una expresión legítima de la voluntad de una nación, es decir, como menciona Moncayo: “Ha de ser la obra de un poder legislativo que traduzca la opinión mayoritaria de la nación y que la promulgue según el procedimiento requerido por el derecho interno” (2007: 68).

A partir de este primer criterio de legitimidad de la restricción queda claro un punto: las restricciones a los derechos humanos deben ser explícitas. Ninguna restricción se puede leer en términos implícitos o indirectos.

Un segundo elemento del test es lo que la CCC en su sentencia C-720/07 llama exigencia de justificación de la actividad estatal y que la Corte IDH ha denominado *la legitimidad del objetivo* de la restricción.

Es relevante que el objetivo de la restricción general sea explícito en el texto legislativo donde se establece, de lo contrario, no se puede saber cuál es oficialmente el objetivo de la restricción, tampoco se puede hacer un análisis sobre la necesidad y adecuación de la restricción, y no se puede determinar si la restricción es proporcional al objetivo buscado. Por ende, si una

restricción general no señala el objetivo perseguido en la propia ley, es ilegítima.

Desde el DIDH se considera que la legitimidad del objetivo de la restricción requiere que la causa que se invoque para justificar la restricción esté establecida en los tratados internacionales. Normalmente las causas aceptadas son: la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud, la moral pública y los derechos y/o libertades de otros<sup>10</sup> (Medina y Nash, s.f.: 11; Nash, 2009: 41; Pinto, 2004: 168; Dulitzky, 2004: 102-103). En este marco se abre también la posibilidad de restringir algunos derechos específicos, como sucede con el derecho a la propiedad a partir del objetivo de la “función social” de la misma (Nash, 2009: 41).

Los objetivos legítimos de la restricción son conceptos indeterminados, lo suficientemente abiertos para que sus alcances sean siempre sujetos tanto a un margen de apreciación<sup>11</sup> por parte del Estado, como a un proceso de discusión en la aplicación de la restricción correspondiente. Pese a lo anterior, tenemos algunas pistas sobre lo que significan algunos de estos conceptos (Pinto, 2004: 168-169; Dulitzky, 2004: 108-109):

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, en torno a la libertad de conciencia y religión, el artículo 12.3 de la Convención Americana establece: “La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”. En el mismo sentido, el artículo 13.2 que regula la libertad de pensamiento y expresión menciona: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Otro ejemplo es el artículo 16.2 que establece la libertad de asociación y donde se establecen estas restricciones: “2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

<sup>11</sup> Para abundar sobre el margen de apreciación es útil: Valiña, 2004.

- a) Se define al orden público como el conjunto de reglas fundamentales sobre las cuales se erige una sociedad. La Corte IDH lo conceptualiza como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.
- b) Sobre seguridad nacional, hay consenso que la restricción debe operar bajo problemáticas que envuelven al Estado en su totalidad y no a un gobierno específico. Además, se considera que existe efectivamente un problema de seguridad nacional únicamente en aquellos casos donde existe una amenaza efectiva o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado.
- c) La seguridad pública se refiere a peligros para la seguridad de las personas o de sus bienes.
- d) El bien común fue desarrollado por el sistema interamericano como las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.
- e) La salud pública hace referencia a amenazas serias a la salud de la población. Bajo esta lógica, la restricción buscará prevenirlas o enfrentarlas.
- f) Finalmente, el último objetivo legítimo que se suele recuperar son los derechos y/o libertades de otros, ya que la convergencia de derechos de diversos contenidos exige restricciones que permitan el ejercicio armónico y ordenado de todos ellos o, en términos de Moncayo: “Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial” (2007: 65). De hecho, la restricción de derechos frente a posibles conflictos de derechos es una obligación a cargo del Estado para *proteger* los derechos humanos de las personas (Serrano y Vázquez, 2013: 64-71).

Tanto en México como en Colombia, en el análisis del objetivo legítimo de la restricción dan prioridad a los objetivos cons-

titucionalmente establecidos. En particular, en México la SCJN señala que la restricción debe: perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, y estar justificada en razones constitucionales.

Por ejemplo, en su sentencia AR 172/2008, la SCJN analizó la regulación establecida en el artículo 271 de la Ley General de Salud, en específico en lo que hace a la obligación de que las cirugías estéticas y cosméticas se efectúen en establecimiento y unidades médicas con licencia sanitaria vigente, atendidas por profesionales de la salud con títulos universitarios y que estén debidamente autorizados por la Secretaría de Salud. Frente a ello, se argumentó que esta regulación suponía una restricción ilegítima al derecho al trabajo establecido en el artículo quinto constitucional.

En su análisis, la SCJN determinó que la restricción reglamentada por el legislador debe ser admisible en la Constitución, en otras palabras, el legislador sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos humanos<sup>12</sup> en los casos y en las condiciones que la misma Constitución establece. El propio artículo 5o. constitucional especifica que puede haber restricciones y regulaciones cuando se trata de una actividad ilícita, cuando se afecten derechos de terceros, y cuando se afecten derechos de la sociedad en general.

Más allá de los objetivos legítimos señalados en la Constitución para permitir la restricción de la libertad del trabajo, el aspecto que me interesa resaltar es el llamado a la propia Constitución y no a los tratados internacionales el caso de México.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Tesis P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

<sup>13</sup> En el mismo sentido véase: “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. ... a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna”; Tesis 1a. LXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

Pese a lo anterior, lo cierto es que sobre este punto la SCJN ya ha validado la necesidad de recuperar también los estándares internacionales como se observa en la jurisprudencia *RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS*,<sup>14</sup> donde se señala que las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos.

Se entiende esta tendencia de dar prioridad al derecho local para interpretar el derecho, pero también es relevante dejar claro que si los objetivos legítimos establecidos en la Constitución para restringir un derecho no son compatibles con los establecidos en el marco internacional, la restricción no tendría legitimidad. Por lo que, en todo caso, es mejor hacer una interpretación conforme de los objetivos considerados legítimos tanto en las leyes locales como en los tratados internacionales para operar una restricción.

Un tercer elemento del test que está directamente relacionado con las justificaciones y que ha sido desarrollado tanto por el Tribunal Europeo como por el Interamericano de Derechos Humanos es que el *objetivo* no sólo sea legítimo, sino que además sea *necesario para una sociedad democrática* (Medina y Nash, s.f.: 12; Pinto, 2004: 168) entendida con una estrecha relación a la idea de bien común (Risso, 2009). La idea de “necesidad” que se establece en esta condición requiere algo más que su “utilidad”, “razonabilidad” o “deseabilidad”; supone una necesidad imperiosa que justifique dicha interferencia, como lo desarrolló la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Dudgeon* en 1981 (Pinto, 2004: 168), que recuperó la Corte IDH (1985) en la Opinión Consultiva 5/85 (Dulitzky, 2004: 106):

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el

---

<sup>14</sup> Tesis 1a. LXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... (Corte IDH, 1985: párrafo 66).

Este criterio ya ha sido recuperado por la SCJN, en su sentencia AR 172/2008 en donde estableció que los límites o restricciones deberán estar en consonancia con los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.<sup>15</sup>

El cuarto elemento del test es la existencia de *racionalidad medios-fines* que también se conoce como *adecuación o idoneidad*. En todos los casos se entiende como la existencia de una relación de causalidad clara entre la restricción como un medio para arribar al objetivo legítimo que se busca. La Corte IDH denomina a esto la necesidad y adecuación de la restricción; la SCJN —en la jurisprudencia GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA<sup>16</sup>— también identifica este tipo de elementos del test a partir de cuatro categorías: ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar

---

<sup>15</sup> Esta sentencia derivó en el siguiente criterio jurisprudencial: “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Tesis 1a. LXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

<sup>16</sup> Tesis P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

el fin perseguido, y la CCC identifica los criterios de idoneidad y necesidad.

Pese a que las cortes han trabajado conjuntamente los criterios de adecuación o idoneidad y el de necesidad, este es un error analítico ya que los objetivos de estos criterios son claramente distintos. En efecto, mientras la adecuación o idoneidad analiza la relación causal (medios fines) entre la restricción y el objetivo legítimo de la restricción; la necesidad busca otra cosa: analizar que la restricción de derechos es la única medida para conseguir ese objetivo, que no hay otros mecanismos alternativos. Por esta razón, es conveniente que estos dos conceptos se analicen en criterios distintos y autónomos del test.

La adecuación o idoneidad supone que la restricción debe guardar un nexo de causalidad claro y explícito con el objetivo legítimo que se desea cumplir. La restricción debe generar el fin buscado, pero no será proporcional o legítima si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización de la finalidad propuesta.

Por ejemplo, en la sentencia C-720/2007 donde la CCC analizó la privación temporal de la libertad de corte administrativo por máximo 24 horas sobre las personas que en estado de ebriedad o exaltación se negaran a ser conducidas a su casa, la corte llega a la conclusión de que esta medida no es idónea para evitar que la persona ebria o exaltada deje de ser un peligro para sí mismo o para terceros. En su sentencia argumentó que si bien la privación de la libertad logra conjurar algunos riesgos eventuales, apareja efectos que son contraproducentes para sus propios derechos. Por esta razón, la retención transitoria no parece la medida más adecuada para proteger todos los derechos fundamentales de una persona transitoriamente incapaz o altamente exaltada que requiere de una medida de protección urgente y que no ha cometido falta alguna. Sólo sería idónea —sigue la CCC— la medida de protección que efectivamente permita a la persona protegida comunicarse con sus allegados o con quien pueda asistirla, defenderse de una eventual arbitrariedad o de actos policia-

les que lo obliguen a declarar contra sí mismo o contra terceras personas, o de agresiones de terceras personas que comparten su encierro. Adicionalmente, una verdadera medida de protección, supone la atención de autoridades civiles técnica o profesionalmente capacitadas para brindar el cuidado médico o psicológico requerido.

Un quinto criterio del test es *la necesidad* de la restricción para arribar al objetivo legítimo. Bajo este criterio, se debe verificar que no haya alternativa para conseguir el fin que se busca con la restricción. En este sentido, el Estado debe demostrar que no se puede alcanzar el objetivo de la restricción con otros medios distintos a los empleados (Nash, 2009: 41). En este sentido, la SCJN<sup>17</sup> determinó que no basta que la restricción sea útil para la obtención de los objetivos, sino que debe ser necesaria para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios. La idea central del criterio de “necesidad” es contener la tendencia a emplear los medios más gravosos para los derechos de las personas, en el intento de alcanzar los objetivos de la actividad estatal.

Desde el sistema interamericano, los criterios de adecuación y necesidad para el objetivo legítimo que se busca provienen de la Opinión Consultiva 5/85 (Medina y Nash, s.f.: 12) así como de la 6/86 sobre “La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Moncayo, 2007: 66-67). En la medida que los objetivos mencionados como legítimos en líneas anteriores son todos conceptos indeterminados, el análisis de la adecuación y la necesidad se tornan ineludibles, ya que siempre habrá espacio para la existencia de una construcción argumentativa por parte del Estado a la luz del margen de apreciación.

---

<sup>17</sup> RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Tesis 1a. LXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

Un sexto elemento es que la restricción sea proporcional, a esto se le ha conocido como el *criterio de proporcionalidad en estricto sentido*, debido a que el nombre genérico que se dio inicialmente a este test por Alexy (1993, 1994 y 2008) fue precisamente “test de proporcionalidad” para analizar la colisión de principios. Este criterio se ha desarrollado de dos formas diferentes, la más conocida o clásica a partir del tribunal alemán y estructurada por Alexy, y en términos mucho más generales, sin intención de realizar una “aritmética de la proporcionalidad”, por la jurisprudencia anglosajona. Comencemos por esta última.

Para Nash (2009: 41), la proporcionalidad en estricto sentido supone que la restricción no sólo logre el objetivo buscado, sino que lo consiga afectando en la menor medida posible el goce o ejercicio del derecho restringido, de tal forma que si hay una alternativa menos gravosa, debe aplicarse dicha alternativa. Si bien este criterio se parece mucho al de necesidad, se trata de un criterio distinto. Mientras en el criterio de necesidad se debe verificar que la restricción del derecho sea necesaria para el objetivo legítimo buscado, que no haya otra alternativa. Una vez que esto ha quedado claro, no hay otra alternativa, el principio de proporcionalidad en sentido estricto supondría mirar si el derecho restringido puede ser menos afectado de lo que, en principio, se está proponiendo. De esta forma, la proporcionalidad en sentido estricto, en esta propuesta, es un problema que gira en torno al grado de la restricción.

Este también es el sentido que la corte inglesa le ha otorgado al principio de proporcionalidad en estricto sentido (Covarrubias, 2012). Al respecto, Ignacio Covarrubias explica que “dicho requisito se cumple en la medida que el acto restrictivo adoptado por la autoridad no tenga un resultado que sea excesivo ni desproporcionado en los derechos afectados, entendiéndose por esto que no los prive de su contenido medular ni tampoco los desconozca” (Covarrubias, 2012: 452). Covarrubias prefiere utilizar esta tendencia en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, ya que genera una mayor defensa en especial a los con-

tenidos esenciales de los derechos, como lo observa en sentencias de la corte alemana donde ésta determina no restringir derechos cuando la intervención sobrepasa una cierta intensidad y viola el núcleo del derecho fundamental, o cuando ha declarado la dignidad no sometida a ponderación, como sucedió en el análisis de la Ley de Seguridad Aérea donde determinó que pese a lo sucedido el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, el asesinato de pasajeros inocentes en un avión (supuesto mal menor) no puede ser permitido con el objetivo de evitar otras eventuales víctimas de mayor número (un mal mayor) (Covarrubias, 2012: 470).

En cambio, la CCC, siguiendo a Alexy, ha adoptado otra tendencia. Para Alexy (1993 y 2008), el test de proporcionalidad está integrado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros, como observamos arriba, suponen un análisis de las posibilidades fácticas del mandato de optimización, es decir, de la norma establecida en forma de principio. En cambio, el subprincipio estricto de proporcionalidad analiza las posibilidades jurídicas del derecho en cuestión. Con esta lógica, para la corte colombiana, “la exigencia de estricta proporcionalidad, reclama que la protección de derechos y otros bienes jurídicos que se busca asegurar con la intervención estatal resulte superior al sacrificio de los derechos que se ven afectados con la medida” (CCC, C-720/2007: s/p). O, en palabras de la SCJN:

La medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS, Tesis 1a. LXVI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

Este sexto criterio también es recuperado en la jurisprudencia GARANTÍAS INDIVIDUALES.<sup>19</sup> EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, donde se establece que la restricción debe ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado.

Lo que se observa en las condiciones de necesidad y proporcionalidad no es otra cosa que la aplicación del principio pro persona a la restricción de derechos: "...acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de proteger derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos..." (Pinto, 2004: 163). Esto supone una interpretación estricta y restrictiva precisamente de las normas que aplican las restricciones a los derechos humanos. Esta proporcionalidad debe observarse no sólo en las leyes donde se establezcan las restricciones, sino también por las autoridades administrativas y judiciales que las apliquen (Dulitzky, 2004: 106).

En su sentencia C-720/2007, la CCC analizó la privación de la libertad por máximo 24 horas de aquellas personas que encontrados en estado de ebriedad o exaltación, se niegan a ser conducidos a su domicilio y representan un peligro para sí mismos y para terceros. Llegados al punto del test donde tocaba analizar el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, la corte elaboró una metodología que resulta útil para operacionalizar este sexto criterio.

La estricta proporcionalidad, sigue la CCC, supone evaluar si los derechos e intereses que se protegen con la medida estudiada tienen mayor peso (o valor constitucional) que aquellos que se

---

<sup>19</sup> Tesis P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

sacrifican al ponerla en práctica. Este análisis de proporcionalidad supone una ponderación con la siguiente regla: entre mayor afectación a un derecho, mayor tiene que ser la satisfacción del derecho que se busca proteger (definición que proviene de Robert Alexy [2008: 15] y que se conoce como “ley de la ponderación”). Lo cierto es que esta ponderación que parece a todas luces cuantitativa (entre mayor afectación de A, debe lograrse más de B), no supone un proceso meramente matemático. Lejos de tratar de crear indicadores o índices para medir afectación y ejercicio de derechos, la CCC propone —todavía siguiendo a Alexy (2008)—<sup>20</sup> los siguientes pasos:

- a) Definir el valor que, en abstracto, la Constitución le asigna a los distintos derechos comprometidos. No todos los bienes o derechos tienen la misma importancia. Por ejemplo, una cosa es el derecho de un acreedor a ser llamado a un concurso de acreedores y otra el derecho a la vida o a la integridad personal. Para determinar el peso abstracto, la CCC presenta tres posibles indicadores:
  - 1) Si el reconocimiento del derecho es constitucional o legislativo.
  - 2) Si estamos frente a un derecho fundamental, o uno que no lo es.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Para Alexy, la ley de ponderación, o la aplicación del principio estricto de ponderación, supone tres pasos: 1) definir el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios; 2) definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, y 3) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

<sup>21</sup> Para la corte colombiana los conceptos derechos humanos y derechos fundamentales no son sinónimos. Los derechos humanos son el género, los derechos fundamentales son la especie. El problema con esta concepción de derechos es que supone que puede haber jerarquías entre ellos, cosa que es abiertamente contraria a los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos (Serrano y Vázquez, 2013).

- 3) Si tiene un mayor o menor grado de resistencia constitucional, entendida esta última como mayor resistencia a la ponderación y mayores garantías en la propia Constitución para asegurar su protección.

Por ejemplo, en el caso concreto la CCC consideró que retención temporal compromete seriamente un conjunto de derechos que tienen un alto nivel constitucional en abstracto.<sup>22</sup> Esto se observa porque la libertad personal tiene múltiples cautelas en la Constitución para su protección.<sup>23</sup>

- b) Definir la importancia de la afectación del derecho comprometido y de la satisfacción del derecho protegido. En la literatura sobre el test de proporcionalidad, a esto se le conoce como el peso e intensidad de la restricción en concreto (Clérico, 2008). Entre más intensa sea la afectación de un derecho fundamental, mejores razones materiales, ciertas y confiables, debe tener la autoridad para demostrar el beneficio que tal restricción persigue alcanzar.

Este aspecto es analizado por Alexy (1998) a partir de un caso ante la corte alemana de una colisión de derechos entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. En él, Alexy (1998) observa que una revista llamó “tullido” a un oficial de la reserva parapléjico. Si estableciéramos un parámetro con tres medidas (leve, intermedio y grave), la violación al honor —sigue Alexy— resultaría grave. Mientras que restringir el derecho a la libertad de expresión de una revista limitando que llame “tullidas” a las personas con discapacidad, resulta una restricción leve.

---

<sup>22</sup> Tanto el derecho a la libertad personal como el derecho a un recurso efectivo contra la eventual arbitrariedad y los derechos-garantía que en toda circunstancia deben ser asegurados a las personas objeto de retención policial.

<sup>23</sup> Reserva legal en su regulación; reserva judicial en su privación; principio de estricta legalidad; hábeas corpus; prohibición de pena sin juicio previo; debido proceso (derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros contenidos); prohibición de penas de destierro y prisión perpetua, entre otras.

Así, en el caso concreto, resulta normal que el derecho al honor perdure sobre la libertad de expresión.

El peso e intensidad de la restricción en concreto son catalogados a partir de una unidad de medida trinómica: alto, medio y bajo. De esta forma, podemos tener los siguientes resultados en donde tenemos tres escenarios en los cuales se mantiene la restricción, y tres en donde la restricción debe declararse ilegítima e imponerse la realización del derecho:

Cuadro 4  
*Resultados del peso concreto*

<i>Restricción del principio</i>	<i>Realización del principio</i>	<i>Conclusión de este criterio</i>
Alta	Alta	--
Alta	Media	Restricción
Alta	Baja	Restricción
Media	Alta	Realización
Media	Media	--
Media	Baja	Restricción
Baja	Alta	Realización
Baja	Media	Realización
Baja	Baja	--

- c) Definir el grado de seguridad de las premisas empíricas (certeza práctica o pragmática) que respaldan las razones a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida.

Aquí lo que se busca analizar es el nivel de confiabilidad de las premisas empíricas que sostienen la argumentación.

Con estas tres categorías que integran el criterio de proporcionalidad en sentido estricto (peso abstracto, restricción e intensidad en concreto y seguridad de las premisas empíricas) es

que se debe realizar una nueva ecuación que permita tomar una decisión a partir de una sumatoria simple:

Cuadro 5  
*Resultados de la fórmula del peso*

<i>Restricción del principio</i>			<i>Realización del principio</i>		
Peso abstracto	Restricción en concreto	Seguridad de las premisas empíricas	Peso abstracto	Realización en concreto	Seguridad de las premisas empíricas
Alto	Alto	Alto	Medio	Medio	Medio

Lo cierto es que no en todos los casos es fácil establecer cuándo estamos frente a una intervención baja, media o alta. Sobre este punto, Carlos Bernal (2006) arroja algo de luz. Él propone considerar aspectos como la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance y duración con la que la medida afecte y satisfaga, correlativamente, los principios en juego. Así, sigue el autor, “cuanto más eficiente, rápido, probable, potente y duradero sea el acto bajo examen para afectar y satisfacer, correlativamente, los principios relevantes, tanto mayor será la importancia de tales principios” (Bernal, 2006: 70). En el mismo sentido, Clérico (2008: 162-163) nos propone analizar: la intensidad de restricción concreta de los principios colisionantes; el carácter insoportable de la restricción al derecho para el afectado; la urgencia que requiere la satisfacción del derecho, y la duración de la restricción al derecho.

Probablemente este es el punto más débil de la categoría proporcionalidad en sentido estricto, ya que existen múltiples dudas sobre la posibilidad de comparar las “pérdidas y ganancias” de dos principios, en especial cuando estos parecen no ser conmensurables. Por ejemplo, siguiendo a Covarrubias (2012: 472-473), para que dos principios sean conmensurables se requiere: 1) que los objetivos estén bien definidos; 2) que los costos tengan la misma unidad de medida para ser comparados; 3) que los beneficios tengan la misma unidad de medida para ser comparados, y 4) que

ahí donde los costos y beneficios no tengan la misma unidad de medida, esos aspectos resulten irrelevantes para la comparación.

Las tres categorías utilizadas por la corte alemana, y recuperadas por Alexy como adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, también son utilizadas por el tribunal español como la columna vertebral de su análisis de proporcionalidad, especialmente a partir de la segunda mitad de la década de los noventa (este tribunal comenzó a funcionar a partir de 1980, y su primera sentencia se dictó en 1981. Desde entonces la razonabilidad ya aparecía en sus sentencias, pero no mediante el uso tan preciso del test alemán), en las sentencias 66/1995 sobre la prohibición de concentración de los trabajadores de la banca, 55/1996 sobre el régimen penal del incumplimiento de la prestación sustitutoria del servicio militar para objetores de conciencia (proporcionalidad de la pena), 207/1996 sobre la intervención corporal en la persona del imputado, 161/1997 sobre el delito de negativa de someterse al test de alcoholemia, y 136/1999 sobre la revisión de la condena impuesta a la mesa de Herri Batasuna por el delito de colaboración con una banda armada (Roca y Ahumada, 2013).

Un séptimo criterio es que la restricción no se convierta en una *anulación del derecho*, que *se respeten los contenidos esenciales de los derechos*. La restricción nunca puede ser tal que prácticamente anule el derecho o, como lo establece Dulitzky (2004: 107): “Toda limitación permisible a los derechos jamás puede implicar la negación total del derecho”. Aquí nos encontramos frente a los límites de la restricción, los límites son el núcleo esencial o el contenido esencial de cada derecho. Puede haber restricciones, pero éstas no pueden traspasar los contenidos básicos de cada derecho, de hacerlo, el derecho perdería su sentido propio. Esta regla general proviene de la interpretación de las observaciones generales núms. 10 y 27 emitidas por el Comité de Derechos Humanos en donde se establece:

- a) OG-10, párrafo 4: Cuando un Estado parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la

libertad de expresión, estas no deberán poner en peligro ese derecho en sí mismo.

- b) OG-27, párrafo 2: Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación.
- c) OG-27, párrafo 13: Las restricciones no deben comprometer lo esencial del derecho.

En general, en la literatura sobre el test de razonabilidad o proporcionalidad se considera que el test no es una mera herramienta para analizar costos sobre beneficios, no tiene una lógica puramente instrumental (Sapag, 2008; Covarrubias, 2012; Vivas, 2012; Santiago, 2014; Roca y Ahumada, 2013). Los límites de la acción estatal se encuentran en los contenidos esenciales del derecho, por lo que ninguna acción debe ser contraria a ellos.

### III. RESUMEN DEL TEST Y SUS CRITERIOS

Recuperamos tres distintas propuestas del test de restricción provenientes de tres sistemas jurídicos: el interamericano, el colombiano y el mexicano.

Cuadro 6  
*Distintos test de restricción*

<i>Sistema interamericano</i>	<i>Corte Constitucional Colombiana<sup>24</sup></i>	<i>Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>25</sup></i>
1) El principio de legalidad 2) El objetivo legítimo 3) Objetivo para una sociedad democrática 4) La necesidad y adecuación de la restricción 5) El principio de proporcionalidad.	1) <i>Tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo</i> 2) <i>Constituya un medio idóneo para alcanzarlo</i> 3) <i>Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto</i> 4) <i>Exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada</i>	1) Perseguir una finalidad constitucionalmente legítima 2) Ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido 3) Ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado 4) Estar justificada en razones constitucionales.

A partir del análisis anterior, el test de restricción de derechos se puede integrar por los siguientes elementos:

<sup>24</sup> Sentencia C-720/07.

<sup>25</sup> Jurisprudencia “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”.

### Cuadro 7 *Criterios del test integrado*

- 1) Legalidad (restricción establecida en ley).
- 2) Legitimidad (local e internacional) del objetivo de la restricción.
- 3) Necesidad del objetivo para una sociedad democrática.
- 4) Racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
- 5) Necesidad (inexistencia de mecanismos alternativos).
- 6) Proporcionalidad en sentido estricto:
  - a) Peso abstracto
  - b) Intensidad de la restricción en concreto (peso concreto).
  - c) Seguridad de las premisas empíricas
- 7) Que la restricción no lleve a la anulación del derecho (no vulneración de contenidos esenciales).

Si la restricción no pasa estos siete criterios, dicha restricción no puede ser considerada legítima, debe ser expulsada del orden jurídico y su permanencia se convierte en una violación a los derechos humanos.

#### IV. OTROS ASPECTOS DEL TEST

La CCC, en su sentencia C-673/2001, desarrolló distintos niveles de intensidad en el escrutinio dependiendo de cuáles son los derechos restringidos. Sin embargo, debido a que los niveles de intensidad se usan mucho más en el test de igualdad, analizaremos este aspecto en el siguiente acápite. Simplemente comentar que el texto está dirigido a analizar los test en los que se involucran derechos humanos, por lo que en todo caso, el nivel de intensidad del escrutinio siempre sería estricto.

Por otro lado, hay dos lecturas con respecto a este test, en especial en lo que hace a la forma en que se plantea el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Una de ellas parte del presupuesto político que este test tiene detrás, como ya ha señalado la CCC (C-720/07), de la idea de que el Estado sólo pue-

de restringir los derechos fundamentales cuando tiene razones constitucionales suficientes y públicas para justificar su decisión. Este punto no es menor, deja claro que el Estado no es el titular de los derechos, sino la persona, motivo por el cual no puede simplemente restringirlos de forma discrecional y, mucho menos, arbitraria. Por el contrario, el Estado constitucional existe, esencialmente, para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los cuales son titulares, en igualdad de condiciones, todas las personas.

En cambio, para Covarrubias (2012) y para Von Bernstoff (2012), lo que se observa en este test, y en especial en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, conserva un tufo utilitarista que pone en un nivel secundario a los derechos humanos frente a los objetivos estatales. Para Covarrubias (2012: 456), esto tiene una explicación histórica en el contexto que nació el test: hacer frente al auge del Estado intervencionista contemporáneo. Lo cierto es que esta mirada se funda en la recuperación únicamente de las tres categorías propuestas por Alexy, en específico pasando por alto la necesidad de que la restricción no lleve en ningún caso a la anulación del derecho. En la medida que el test no se integre sólo por esos tres criterios, sino por los siete propuestos líneas arriba, se puede difuminar la amenaza utilitaria.

Finalmente, la aplicación del test de proporcionalidad, a profundidad, utilizando de forma adecuada todas sus categorías, requiere una curva de aprendizaje que lleva tiempo, como se puede ver en las sentencias de la corte española, que pasó de aplicaciones parciales en las sentencias 11/1981, 62/1982, 66/1985, 160/1987; a aplicaciones mucho más consolidadas en las sentencias 66/1995, 55/1996, 207/1996, 161/1997 y 136/1999 (Roca y Ahumada, 2013; García, 2011). Incluso nos podemos encontrar con experiencias de tribunales que claramente aún están transitando en este proceso, como es el caso de la corte chilena en sus sentencias 226/1995, 280/1998, 541/2006, 519/2007, 790/2007, 755/2008, 797/2008, 1141/2009, 1204/2009, 1215/2009, 1234/2009, 1295/2009 y 1340/2009 (García, 2011).

O ejemplos donde definitivamente la corte, chilena en este caso, no utiliza el test para analizar y optimizar la protección y garantía de los derechos humanos, más bien precisamente parece hacer lo contrario, como sucede cuando dicha corte señala que basta con que la medida pase el criterio de idoneidad para considerar que la medida es proporcionada y, por ende, constitucional; como si aplicara un test de intensidad muy leve, pero sin hacer un estudio previo sobre el tipo de intensidad que el caso requiere (García, 2011: 113), como veremos en el siguiente acápite. O, directamente, exige la explicitación razonable y traslada la carga de la prueba de la afectación directa a los pueblos, comunidades y personas indígenas, para poder solicitar una consulta relacionada con lo que pasa en sus territorios (Carrasco, 2013). El aspecto más grave de este criterio jurisprudencial es que no se exige un actuar “razonable” al Estado, ¡sino a las comunidades indígenas! Bajo la lógica de que la consulta indígena no siempre es necesaria, por lo que habría que especificar cuándo “razonablemente” se debe hacer una consulta previo a una decisión administrativa. Es por esta razón que algunos abogados chilenos dudan de la eficacia de esta herramienta en la protección de derechos humanos, como pasó a Covarrubias (2012), y dan relevancia a los elementos desproporcionados y especialmente utilitarios del test.

Lo importante es no perder de vista que el objetivo del test es proteger a los derechos humanos, que esta herramienta debe servir para proteger y garantizar derechos, no para anularlos.